

## CAPÍTULO VII

### **LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: LA GUERRA ABIERTA EN ESPAÑA CON MOTIVO DE LAS CLÁUSULAS SUELO\***

NIEVES MORALEJO IMBERNÓN\*\*

#### **1. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DEL CONSEJO, DEL 5 DE ABRIL DE 1993, SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES**

En la exposición del tema, en el que tendremos la ocasión de comentar la influencia que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha tenido en España en esta materia, hemos de partir de la normativa europea sobre cláusulas abusivas.

Esta normativa está contenida en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El objetivo de esta directiva fue doble. En primer lugar, aproximar la regulación de los estados miembros en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, para así facilitar el establecimiento de un mercado único que se vería entorpecido por la existencia de regulaciones dispares. En segundo lugar, la protección del consumidor, adquirente de bienes y servicios, a favor del cual se hace preciso eliminar de los contratos aquellas cláusulas que sean abusivas.

Esta necesidad de proteger al consumidor se deriva de la consideración de que cuando este contrata con el profesional, lo hace desde una posición de inferioridad, ya que aquel tiene por regla general más conocimientos sobre el contrato y una mayor información, lo cual

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.166>.

\*\* Licenciada en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid), doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Profesora titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Secretaria de la revista *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*. Correo electrónico: [nieves.moralejo@uam.es](mailto:nieves.moralejo@uam.es).

conduce a que el consumidor se vea abocado a aceptar el contenido de cláusulas contractuales en cuya negociación no ha intervenido.

En efecto, el carácter de abusivas sólo puede predicarse de aquellas cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas con el consumidor. En este sentido, el artículo 3.2 de la directiva señala: “[s]e 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 los contratos de adhesión”.

La cláusula no negociada se identifica frecuentemente con la condición general de los contratos, aunque es preciso distinguirla. Así, la condición general es aquella cláusula no negociada que ha sido predispuesta por el profesional para ser incorporada a una pluralidad de contratos. Pero puede suceder que una cláusula no negociada haya sido predispuesta *ad hoc* para un solo contrato por el profesional, esto es, que no sea una condición general. No obstante, también en este último caso podemos hallarnos ante una cláusula abusiva.

El presupuesto previo para hablar, por tanto, de una cláusula abusiva es que sea una cláusula no negociada (sea condición general o no), y que se haya insertado por un profesional en un contrato que celebre con un consumidor<sup>1</sup>. Así las cosas, una condición general incluida en un contrato celebrado entre dos profesionales nunca podrá tener la consideración de cláusula abusiva.

La prueba de que una cláusula ha sido negociada individualmente con el consumidor corresponde al profesional, según se desprende del artículo 3.2 de la directiva. En este mismo apartado se apunta que “[e]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión”.

En la directiva, las cláusulas abusivas se definen como aquellas no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las dos partes contractuales, en perjuicio del consumidor (art. 3.1). Esta cláusula general se concreta en el anexo de la directiva con una

<sup>1</sup> De conformidad con el artículo 2.b de la directiva, “consumidor” es “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Según el apartado c del mismo precepto, “profesional” es “toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

lista indicativa no exhaustiva, de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, algunas de las cuales se refieren de modo exclusivo al sector financiero.

Para valorar si una cláusula es abusiva (sobre todo en el marco de la cláusula general), deberá tenerse en cuenta, como apunta el artículo 4.1, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración de este, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Esto significa que la valoración del carácter abusivo de una cláusula no puede hacerse en abstracto, sino teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (cláusulas del contrato, circunstancias que concurran en su celebración, condición del prestatario, entre otras).

Especialmente importante, como luego veremos, es también la disposición contenida en el artículo 4.2 de la directiva, que señala que “[l]a 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 que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Dicho de otro modo, las cláusulas referidas, por ejemplo, al precio de los bienes y de los servicios nunca podrán ser consideradas cláusulas abusivas, por muy elevado que este sea, siempre que el consumidor haya podido entenderlas (de ahí la exigencia de que se redacten de forma clara y comprensibles). La razón es que los aspectos económicos del contrato son los que han llevado precisamente al consumidor a contratar, después de comparar las distintas ofertas. El precio se forma en el libre mercado de conformidad con unos mecanismos, en los que el legislador no debe intervenir a menos que existan especiales circunstancias (v. *gr.*, en la Ley de la usura española del 23 de julio de 1908, cuando el prestatario ha dado su consentimiento al préstamo usuario en condiciones de especial necesidad<sup>2</sup>). Luego volveremos más en detalle sobre esta cuestión.

La sanción que prevé la directiva cuando una cláusula es abusiva es la nulidad parcial del contrato, esto es, la cláusula se tiene por no puesta,

<sup>2</sup> Según el artículo 1.º, párrafo primero de esta ley, todavía en vigor en España “[s]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

pero el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si pudiere subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 6.1).

Junto al control de abuso, la directiva dedica también un precepto al llamado “control de incorporación”. El primero es un control de fondo, mediante el cual se verifica que, en efecto, la cláusula no introduce una desproporción entre los derechos y obligaciones de ambas partes, en perjuicio del consumidor. El segundo se destina a verificar que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, y que hayan podido ser conocidas por el consumidor antes de contratar (en la directiva sólo aparece este primer aspecto). En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá siempre la interpretación más favorable al consumidor (art. 5.º)<sup>3</sup>.

En España la incorporación al derecho español de esta directiva se produjo mediante la publicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, si bien actualmente la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores se halla contenida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre (arts. 82 y ss.).

## 2. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE CONSUMO.

### PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS

El contrato de préstamo hipotecario es el contrato por el que una persona recibe de otra una cantidad de dinero o una cosa fungible y se obliga a devolverla en el término que se haya pactado (no la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad). El adjetivo “hipotecario”, predicado del préstamo, alude a la circunstancia de que, como garantía de la obligación de devolución antes referida, el prestatario o un tercero constituyen a favor del acreedor un gravamen o derecho real (hipoteca) sobre un bien inmueble de su propiedad.

En caso de incumplimiento de la obligación de restitución, el gravamen real permite al acreedor instar un procedimiento de realización forzosa contra el bien gravado (el bien hipotecado), por los procedimientos legalmente establecidos.

<sup>3</sup> Esta regla estaba ya contenida en el Código Civil español, artículo 1288, dentro de los preceptos sobre interpretación de los contratos. Según este artículo, “[l]a interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

El crédito garantizado con hipoteca tiene un carácter privilegiado (en España, *cfr.* el artículo 1923.3 CC), y el hecho de que se trate de una garantía real significa que el gravamen es eficaz *erga omnes*. Esto es, si el inmueble gravado es enajenado a un tercero, éste adquiere la cosa afecta a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación que garantiza (lo que se tendrá en cuenta, naturalmente, a la hora de fijar el precio del inmueble, a través del pacto de retención o descuento mencionados en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria española [en adelante, LH]).

El contrato de préstamo hipotecario es normalmente un *contrato de consumo*, esto es, un contrato celebrado entre profesional (bancos, entidades de crédito u otros profesionales del sector) y consumidores, que se hallan por tanto en una posición negociadora inferior a los profesionales.

En España, esta forma de contratación ha estado desde siempre protegida por la Administración, que ha ido dictando disposiciones sobre la publicidad de estos productos financieros, la información precontractual que el prestatario debía recibir de los bancos antes de contratar, el contenido de la oferta (a la que se dota, durante unos días, de un carácter irrevocable) o la forma de celebración del contrato.

Durante muchos años ha estado vigente en España la Orden Ministerial (OM) del Ministerio de la Presidencia del 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, actualmente derogada y sustituida por la OM del Ministerio de Economía y Hacienda del 28 de octubre del 2011, de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios.

Entre las prescripciones que estas normativas contenían/contienen, cabe citar las siguientes<sup>4</sup>:

(1) Las entidades bancarias están obligadas a facilitar a los clientes que soliciten un préstamo hipotecario información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información deberá facilitarse gratuitamente a través de la Ficha de Información Precontractual (Fipre).

(2) En segundo lugar, la entidad de crédito deberá facilitar a los clientes la Ficha de Información Personalizada (Fiper), que contiene la información precisa que necesita el cliente sobre su concreta demanda

<sup>4</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.* más detenidamente Nieves Moralejo Imbernón, “Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía”, en *Tratado de Contratos*, tomo IV, segunda edición (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano; coord. Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina). Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 4811-4884.

de crédito, una vez que ha comunicado a la entidad financiera sus necesidades de financiación, situación financiera y preferencias. La Fiper se considera una oferta contractual y tiene un carácter vinculante e irrevocable para la entidad durante un plazo no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

(3) En tercer lugar, la entidad de crédito está obligada a evaluar la solvencia del cliente antes de celebrar con él cualquier contrato de crédito o préstamo. Para ello, la entidad de crédito se basará en la información facilitada por el propio cliente, solicitándole la documentación adecuada al efecto. No obstante, la entidad de crédito habrá de consultar también el historial crediticio del cliente, para lo cual podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, sí como a los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito a los que se refiere el artículo 29 de la LO 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos previstos en dicha LO y su normativa de desarrollo.

(4) El préstamo hipotecario ha de formalizarse ante notario (la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo), el cual deberá comprobar que se han cumplido frente al cliente las obligaciones anteriores (en particular, la entrega de la Fiper) y asesorarle sobre la existencia de posibles cláusulas abusivas en el contrato. La OM del 2011 prevé, como ya hiciera la antigua OM de 1994, que el proyecto de escritura pública haya de estar en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la escritura pública, para que el cliente pueda examinarlo. No obstante, este podrá renunciar a este derecho.

En esta misma línea: normas sobre publicidad, normas sobre información precontractual, obligación de las entidades de crédito de evaluar la solvencia del deudor va la Directiva 2014/17/UE, del 4 de febrero, de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, todavía no transpuesta al derecho español.

En cuanto a las cláusulas abusivas, la jurisprudencia española recoge un amplio historial de resoluciones judiciales sobre cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Veamos algunos ejemplos de estas cláusulas.

En primer lugar, vamos a referirnos a la cláusula de vencimiento anticipado de la obligación, por impago de alguna de las cuotas de amortización. En España se discutió mucho, durante los años noventa,

sobre la validez de esta cláusula. De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 27 de marzo de 1999<sup>5</sup>, se pronunció en contra, con base en varios argumentos. Entre ellos, que sólo podía privarse al deudor de su derecho de plazo con base en las causas legales de vencimiento anticipado señaladas en el artículo 1129 CC<sup>6</sup>.

La doctrina criticó duramente este planteamiento, alegando que si hay algo que justifique suficientemente el ejercicio de esta facultad por el acreedor, en obligaciones con tan amplios términos de cumplimiento (30 años, normalmente) es, sin duda alguna, el impago de alguna de las cuotas de amortización del préstamo<sup>7</sup>. Pues bien, el Tribunal Supremo español cambió su doctrina en resoluciones posteriores, como la sentencia del 16 de diciembre del 2009<sup>8</sup>, en relación con una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario que preveía este efecto “cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo”. La parte recurrente había alegado que existía una gran desproporción entre la consecuencia (resolución del contrato) y el incumplimiento asociado a ella (impago de una sola cuota). No obstante, el Tribunal Supremo no acogió este argumento, señalando que “la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa —verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo—. En esta línea se manifiestan las sentencias de 7 de febrero de 2000 (aunque en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero);

<sup>5</sup> RJA 1997/2371.

<sup>6</sup> Según el artículo 1129 CC, “[p]erderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”.

<sup>7</sup> Entre otros, Lorenzo Prats Albentosa, “Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado (o «La estoicidad financiera del prestamista...»); Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/1999, pp. 473-477; José López Liz, “Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipoteca”, en *Diario La Ley*, 20 de septiembre de 1999, pp. 1823 y ss.; Manuel Rivera Fernández, “Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 27 marzo 1999”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/2000, pp. 433-444.

<sup>8</sup> RJA 2010/702.

9 de marzo de 2001; 4 de julio de 2008; y 12 de diciembre de 2008” (Fundamento Jurídico 10.<sup>9</sup>). Ya veremos luego cómo ha quedado la cosa en la jurisprudencia española. Anticipo que no ha quedado así<sup>9</sup>.

En segundo lugar, vamos a referirnos a la cláusula de redondeo al alza. Se trata de una cláusula que las entidades bancarias suelen incluir en los préstamos hipotecarios sometidos a un interés variable (índice sujeto a oscilaciones al alza o a la baja, como puede ser el Euribor). Es relativamente frecuente que para facilitar el cálculo de la cuota de amortización mensual, la entidad crediticia disponga que el índice aplicable se redondeará al cuarto de punto superior. Por ejemplo, si el índice aplicable al préstamo en un determinado semestre es del 2,30, se redondea a 2,50; si es 2,60, se redondea a 2,75. El problema es que la entidad bancaria nunca prevé que, en estos mismos casos, se redondee a la baja, si el índice aplicable resulta más próximo al cuarto de punto inferior. Todo ello, claro está, en beneficio suyo, y en perjuicio del consumidor.

Por último, hay que mencionar la famosa cláusula suelo de las hipotecas, que últimamente en España ocupa las portadas de los periódicos. Se trata igualmente de una cláusula que se pacta en los préstamos hipotecarios con interés variable, y en la que el banco establece un tope mínimo por debajo del cual no será posible la bajada —en perjuicio del consumidor— del tipo de interés. A veces esta cláusula se acompaña también de la llamada “cláusula techo”, en la que la entidad bancaria fija también —aparentemente en beneficio del consumidor— un tope máximo por encima del cual tampoco las subidas de interés podrían perjudicarlo. La cuestión está en que por lo general el tope mínimo resulta fácilmente alcanzable y, en cambio, el tope máximo no. Sobre todo en los últimos años de crisis económica, en los que la tendencia de los tipos de interés ha sido más bien de bajada (de ahí la importancia de valorar caso por caso el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en un contrato de consumo)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sobre la cláusula de vencimiento anticipado, *vid.* más en extenso N. Moralejo Imbernón, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 161-192.

<sup>10</sup> Según el artículo 4.1 de la Directiva de cláusulas abusivas de 1993, “[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

¿Qué tienen en común estas dos últimas cláusulas? Que se refieren al precio, al objeto del contrato (el interés es, en efecto, el precio que se paga por disfrutar del dinero ajeno). Y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 de la directiva de 1993, en principio la valoración del carácter abusivo de una cláusula no puede hacerse respecto de aquellas que contengan el objeto principal del contrato<sup>11</sup>.

La cuestión se planteó precisamente, en relación con la cláusula de redondeo al alza, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) del 3 de junio del 2010. El litigio se había iniciado en España por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), que había entablado una demanda contra Caja Madrid, para que ésta eliminara la cláusula de redondeo de sus contratos de préstamo y se abstuviera de utilizarla en el futuro. El Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid estimó el recurso al considerar que la cláusula era abusiva, y por tanto nula, con arreglo a la normativa nacional que adaptaba el derecho interno a la directiva de 1993. Caja de Madrid interpuso entonces un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 10 de octubre del 2002, confirmando la sentencia del Juzgado. Caja de Madrid interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Este tribunal albergaba dudas acerca de que la cláusula de redondeo al alza pudiera constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo hipotecario (en cuanto a lo relacionado con el precio), que quedaría excluido del control de abuso en razón de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la directiva de 1993. No obstante, dado que el Reino de España no había transpuesto este concreto artículo de la directiva, podía entenderse que la legislación española había ido más allá en la protección del consumidor de lo que la normativa europea exigía (Directiva de mínimos) permitiendo también cláusulas abusivas en relación con el objeto principal del contrato<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Según este precepto, “[l]a 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”.

<sup>12</sup> El considerando 12 de la directiva de 1993 señala, en efecto, que “es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respecto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva”. Por su parte, el artículo 8.º dispone que “[l]os Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear, entre otras cosas, al Tribunal de Justicia si este precepto en concreto impide a un estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a la “definición del objeto principal del contrato” o a la “adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida” aunque estén redactadas de forma clara y comprensible (cuestión prejudicial segunda).

El Tribunal de Justicia contesta a esta cuestión de manera negativa: “[...] en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible” (apartado 42 de la sentencia). “En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta” (apartado 43).

Veremos, más adelante, cuando examinemos la cláusula suelo con mayor detalle, la evolución que ha ido siguiendo la jurisprudencia española en relación con este tema.

### 3. LA STJUE DEL 14 DE MARZO DEL 2013. EL “CASO AZIZ”

La STJUE del 3 de junio del 2010 no es la única, como veremos, que ha dictado el TJUE a requerimiento de un órgano judicial español que trataba de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula de un préstamo hipotecario a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13.

Muy importante, por la influencia que tuvo luego en la legislación española, es la STJUE del 14 de marzo del 2013, conocida como el “caso Aziz”<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Sobre esta sentencia, *vid.* María Goñi Rodríguez de Almeida, “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, en procedimiento seguido entre el señor Mohamed Aziz y la Caja de Ahorros de Cataluña (Catalunyacaixa).

Los antecedentes de hecho de este procedimiento son los siguientes:

El 19 de julio del 2007, el señor Aziz, nacional marroquí que trabajaba en España desde el mes de diciembre de 1993, suscribió con Catalunyacaixa, mediante escritura notarial, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La garantía se constituía sobre la vivienda familiar del señor Aziz, de la que era propietario desde el 2003.

El préstamo tenía un capital de 138.000 euros, debiendo amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1.º de agosto del 2007.

En dicho contrato de préstamo se pactaban las siguientes condiciones:

- En primer lugar, unos intereses de demora del 18,75% anuales, devengables automáticamente respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación (cláusula 6).

- En segundo lugar, se reconocía a la entidad acreedora la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo (cláusula 6 bis).

- Por último, la cláusula 15 del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida, elaborado de manera unilateral por ella.

El señor Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio del 2007 hasta mayo del 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio del 2008. La entidad acreedora acudió al notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de la deuda, que finalmente se hizo

---

hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 738, 2013, pp. 2667 y ss.

constar que ascendía a la cantidad de 139.764,76 euros, lo que incluía las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora.

Tras un requerimiento infructuoso al deudor, se inició un procedimiento de ejecución que culminó con una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante, LEC), el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50% de su valor. El señor Aziz fue expulsado de su vivienda.

No obstante, poco antes de que eso ocurriera y dado que el procedimiento ejecutivo no le ofrecía términos hábiles para ello, el 11 de enero del 2011 el señor Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario (esto es, aquella que establecía que la cantidad por la que se despacharía la ejecución podía ser fijada unilateralmente por la entidad acreedora) por estimarla abusiva y, en consecuencia, se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del derecho español con el marco jurídico establecido por la directiva. En concreto, planteó las dos siguientes cuestiones prejudiciales:

(1) Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en los artículos 695 y siguientes de la LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición que podrían ser alegados por el deudor ejecutado (en ningún caso, el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato de préstamo), no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

En efecto, la cuestión es que, si a los efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo del procedimiento ejecutivo previo. Por esta razón, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor que hubiera contraído un préstamo hipotecario con cláusulas abusivas.

(2) En segundo lugar, en relación con el carácter abusivo de determinadas cláusulas, el juez nacional requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de *des-equilibrio importante* de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, en perjuicio del consumidor (en relación con la cláusula general de abuso y con lo dispuesto en el apartado *e* del anexo de la Directiva de cláusulas abusivas), con miras:

(a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso —en este caso, de 33 años— por incumplimientos en un período muy limitado y concreto (en relación con la cláusula de vencimiento anticipado por impago de uno de los plazos del contrato).

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

(c) A la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria y que no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

En relación con la primera cuestión prejudicial, el TJUE apunta que no existe una armonización en materia procesal, pero que es contrario a la directiva de 1993 un sistema como el nuestro en el que, por un lado, existen motivos de oposición tasados para el deudor ejecutado dentro del procedimiento ejecutivo (art. 695 LEC), pero al mismo tiempo el juez que entiende del procedimiento declarativo en el que se invoca el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de hipoteca carezca de la posibilidad de instar medidas cautelares dirigidas a suspender el procedimiento ejecutivo.

La venta de la finca en subasta pública se convierte así en irreversible y el deudor hipotecario se ve privado de su casa, obteniendo exclusivamente un resarcimiento económico *a posteriori*, que resulta insuficiente.

En efecto, según establece el artículo 695 LEC, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible —cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado— o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Con arreglo al artículo 698 LEC, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de la ley.

Por otra parte, en virtud del artículo 131 LH, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha ley siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Esto último resulta lógico pues podría convertirse en una vía para defraudar lo dispuesto en el artículo 695 LEC.

El TJUE declara que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la directiva.

En consecuencia, el TJUE considera que “ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una

cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”. Esto es, puede decirse que la condena a España resulta de la mezcla explosiva entre los artículos 695 y 698 LEC.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE recuerda su reiterada jurisprudencia según la cual la competencia del TJUE en punto a la determinación de las cláusulas abusivas comprende exclusivamente:

- La interpretación del concepto de *cláusula abusiva* del artículo 3.º, apartado 1, de la directiva y del anexo de ésta. En concreto, la norma que establece que “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”.

- Determinar los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la directiva, correspondiendo al juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta estos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. Esto es, el TJUE no puede pronunciarse sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula sino que se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones/pistas/criterios que éste deberá tener en cuenta para apreciar dicho carácter abusivo.

Dicho esto, el TJUE procede a determinar el contenido de los conceptos de *buena fe* y *desequilibrio importante*, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato del artículo 3.º, apartado 1, de la directiva.

En este sentido, y remitiéndose a lo dicho por la Abogado General en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido (esto es, la distribución de derechos y obligaciones de las partes

que establezca el derecho nacional dispositivo, en defecto de acuerdo entre las partes). Mediante un análisis comparativo de este tipo —prosigue el TJUE—, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera legal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual<sup>14</sup>.

En lo que se refiere a los criterios o indicaciones del TJUE para que el juez nacional proceda a valorar el carácter abusivo de una cláusula en particular, el Tribunal apunta los siguientes en relación con las cláusulas a las que se refiere la segunda cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona.

Antes de entrar en estos criterios, debe reseñarse que el TJUE hace hincapié en la doctrina según la cual el juez nacional está obligado, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a apreciar *de oficio* el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la directiva, incluso en caso de que no se haya solicitado expresamente, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Estos criterios son los siguientes:

(1) En relación con la *cláusula relativa al vencimiento anticipado* en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista *carácter esencial* en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter *suficientemente grave* con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una

<sup>14</sup> Esta interpretación que hace el TJUE del artículo 3.1 de la Directiva —cláusula o inciso general de abuso— es muy importante por dos motivos. En primer lugar, porque es válido para cualquier otro contrato entre consumidores —al margen del contrato de préstamo hipotecario— dado su carácter general. En segundo lugar, porque la lista de cláusulas abusivas contenida en el Anexo de la Directiva es indicativa, no exhaustiva, lo cual significa que podrán extraerse nuevas cláusulas apoyadas en ese inciso o cláusula general.

excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

(2) En relación con la verificación del posible carácter abusivo de los intereses de demora, el TJUE señala que el juez remitente deberá comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

(3) Por último, en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez remitente deberá examinar si —y en su caso, en qué medida— la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

#### 4. LA LEY ESPAÑOLA 1/2013, DEL 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

Como consecuencia de la STJUE del 14 de marzo del 2013, el legislador español procedió a reformar algunos preceptos de la regulación de los préstamos hipotecarios, incluidos aquellos de la LEC que regulaban el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, lo que hizo con la aprobación de la Ley 1/2013, del 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

La ley pretendía, de manera principal, adoptar medidas de protección de los colectivos especialmente vulnerables, como la suspensión de los desahucios de familias que se encontraran en situación de especial riesgo de exclusión durante el plazo de dos años.

Junto con ello, tratando de adaptar el derecho nacional a los mandatos del TJUE, introdujo las siguientes modificaciones de importancia:

(1) En primer lugar, añadió un nuevo apartado 3 al artículo 114 LH, según el cual “[l]os intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el artículo 579.2.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Téngase en cuenta que los intereses moratorios no constituyen precio del contrato, sino una sanción que se impone a una de las partes por el incumplimiento de sus obligaciones<sup>15</sup>.

En la disposición transitoria segunda de la ley se establece lo siguiente:

La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

(2) En segundo lugar, se reforma también el artículo 693.2 LEC en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, que ahora señala lo siguiente: “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución”.

<sup>15</sup> En opinión de José María Miquel González, “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013-I, p. 245, la norma resultaba insuficiente ya que el impago de tres mensualidades podía representar un importe inferior al 1% de la deuda.

(3) En último término, se ha introducido el carácter abusivo de las cláusulas contractuales como nueva causa de oposición en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria (art. 695 LEC). Como explicación de esta modificación, el legislador, en la exposición de motivos de la ley, señala lo siguiente:

Este capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos [de] que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

El nuevo apartado 4.º del artículo 695.1 LEC establece como causa de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. En su número 3, segundo párrafo, el nuevo precepto señala: “De estimarse la causa 4ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”. Esto es, el juez que entiende de la ejecución está legitimado para determinar el carácter abusivo de la cláusula. “Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.” “Fuera de estos casos —continúa el precepto— los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.”

En la disposición transitoria cuarta, apartado 2.º, de la ley se señala lo siguiente: “En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7ª del artículo 557.1 y 4ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor”.

**5. LA REACCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
CONTRA LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY ESPAÑOLA  
1/2013, DEL 14 DE MAYO**

La reforma introducida por el legislador español en la ley del 2013 ha dado lugar a dos pronunciamientos del TJUE, al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas en sendos procedimientos judiciales, primero, por la Audiencia Provincial de Castellón y, luego, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas.

*A) La STJUE del 17 de julio del 2014*

El litigio que dio lugar a esta sentencia se inició a instancia de un matrimonio que había firmado con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria un contrato de préstamo hipotecario por una cantidad de 300.500 euros, constituyendo una garantía hipotecaria sobre su vivienda.

El pago de la última cuota del préstamo estaba previsto para el 30 de junio del 2028, por lo que en total la devolución se efectuaba, escalonadamente, mediante el pago de 360 cuotas mensuales. En el contrato se estipulaba que en el supuesto de que los deudores incumplieran su obligación de pago, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria estaba facultado para declarar el vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo concedido a los recurrentes en el litigio principal. La cláusula 6.<sup>a</sup> *bis* del contrato de préstamo fijaba un interés moratorio del 19% anual, mientras que en el período correspondiente al litigio principal el tipo de interés legal era en España del 4% anual.

Dado que esta pareja incumplió su obligación de pago de las cuotas mensuales de devolución del préstamo, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria presentó una demanda contra ellos el 15 de abril del 2011, solicitando el pago de la totalidad del préstamo junto con los intereses ordinarios y de demora, así como la venta en subasta pública de la finca hipotecada.

El procedimiento de ejecución hipotecaria se inició y los recurrentes, aprovechando la reforma del artículo 695 LEC, formularon oposición con base en el carácter abusivo de algunas de las cláusulas del contrato. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Castellón, que era el órgano judicial que estaba entendiendo de la ejecución, desestimó dicha oposición. Los recurrentes interpusieron entonces recurso de apelación contra la resolución de dicho juzgado ante la Audiencia Provincial de Castellón. Este órgano judicial cayó en la cuenta de que si bien el

procedimiento civil español permite interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, tal legislación procesal no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución. Esto es, sólo se da la posibilidad de apelar al acreedor.

Al albergar dudas la Audiencia acerca de la compatibilidad de esta disposición del derecho nacional con el objetivo de protección de los consumidores de la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales. En esencia preguntaba si esta disposición procesal del derecho nacional podía entenderse contraria al artículo 7.1 de la Directiva 93/13, que impone a los estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

El TJUE arranca su razonamiento entendiendo que la regulación procesal es materia interna de los estados miembros, aunque tal regulación no puede poner en peligro la protección que ofrece la directiva de 1993 a los consumidores.

La ausencia de recurso del artículo 695 de la LEC no vulnera el principio de tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues es suficiente para que se entienda protegido este principio con que se ofrezca a los sujetos una instancia judicial.

No obstante, aunque no lo contraviene *per se*, hay que tener en cuenta que en este caso:

(1) El título por el que se despacha la ejecución es el documento notarial exclusivamente, esto es, el documento que formaliza el préstamo hipotecario, sobre el que no hay examen judicial previo.

(2) En segundo lugar, también apunta que debe tenerse en cuenta que en la ejecución el juez no tiene la obligación apreciar la nulidad de oficio, sino que ha de ser invocada por el interesado (art. 552.1 LEC).

(3) En relación con esto último, en caso de que el interesado la invoque, el examen de legalidad de la cláusula que realiza el juez en el procedimiento de ejecución es muy somero (el juez debe dar audiencia

por quince días a las partes y ha de acordar lo procedente en el plazo de cinco días *ex* artículo 552.1 LEC).

(4) En último término, el TJUE advierte que si el deudor quiere ir a un examen más detallado tiene que instar un juicio declarativo, que además no tiene efectos suspensivos sobre el ejecutivo. Esta carencia de efectos suspensivos motiva que cuando el juez del proceso declarativo le vaya a dar la razón, puede haber perdido ya su vivienda (que se haya vendido y esté en manos de un tercero), tendiendo ya solamente derecho a una reparación económica sustitutiva. Esta reparación proporciona al consumidor, en palabras del TJUE, “tan sólo una protección incompleta e insuficiente”.

En segundo lugar, el TJUE señala que debe tenerse en cuenta que en la legislación española no es sólo que el deudor consumidor no tenga derecho a recurso de apelación, sino que este derecho sí se reconoce, en cambio, al profesional acreedor.

A juicio del TJUE esta regulación vulnera la protección que la Directiva 93/13 brinda al consumidor, poniéndole en una situación de inferioridad frente al profesional, en su condición de acreedor ejecutante, que pone en peligro los objetivos de esta directiva. Además, tal disposición se hallaría en contra del *principio de igualdad de armas procesal*, incluido dentro del principio o derecho a una tutela judicial efectiva, corolario de un proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria.

“En tales circunstancias —señala el TJUE— es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía” (apartado 50 de la sentencia).

Por todo ello, el TJUE concluye que “[e]l artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva” (declaración final).

En definitiva, en España, con motivo de la Ley 1/2013, del 14 de mayo, se introdujo en el procedimiento de ejecución forzosa una nueva causa de oposición que podía alegar el deudor ejecutado en el artículo 695 LEC, pero las cosas se hicieron a medias al no permitirse al deudor interponer recurso de apelación contra la resolución desestimatoria del juez, posibilidad que sí se reconoce, en cambio, al acreedor ejecutante contra el autor que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de la cláusula abusiva (art. 695.4 LEC).

#### *B) El ATJUE del 17 de marzo del 2016*

El segundo pronunciamiento del TJUE al hilo de la reforma que en el derecho español introdujo la Ley 1/2013, del 14 de mayo, es el auto del 17 de marzo del 2016<sup>16</sup>.

Los hechos del litigio principal son los siguientes: Ibercaja celebró un contrato de préstamo hipotecario, el 5 de marzo del 2007, con una pareja. En la cláusula 6 de este contrato, con la rúbrica de “intereses de demora” se preveía que, en caso de retraso en el pago, se devengarían intereses de demora del 19% anual. Y, en virtud de la cláusula 6 *bis* de

<sup>16</sup> De conformidad con el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del juez ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.

dicho contrato, con la rúbrica de “vencimiento anticipado”, se advertía que el banco podía declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo en caso de falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y plazos de amortización del capital prestado.

Ante la falta de pago de las cuotas, Ibercaja dio inicio a un procedimiento de ejecución para obtener el cobro de 190.743,30 euros en concepto de capital del préstamo, 38.000 euros en concepto de intereses de mora y 20.000 euros por costas y gastos. Los prestatarios formularon oposición a la ejecución hipotecaria alegando el carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de las cláusulas 6 y 6 *bis* del contrato en cuestión. Además, los ejecutados consideraban que el establecimiento, en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 de un plazo preclusivo de un mes contado a partir de la entrada en vigor de esa ley para hacer valer las causas de oposición asociadas al carácter abusivo de una cláusula contractual, en el sentido de la Directiva 93/13, era contrario a lo dispuesto en ella.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas, ante el que se estaba sustanciando el procedimiento, decidió suspenderlo para preguntar al TJUE si la directiva (en particular sus artículos 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1) se oponía a una normativa nacional como la española que sólo permite al juez nacional, para valorar el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora, comprobar si el tipo de interés pactado supera tres veces el tipo de interés legal (en referencia al artículo 114 LH) y no otras circunstancias, o que permite reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condiciona la posibilidad de evitar los efectos de dicho vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor, salvo en los casos en que la hipoteca grave la vivienda habitual (en referencia al artículo 693 LEC).

Lo que considera dudoso el órgano nacional es que, en aplicación de esta normativa, el juez, cuando deba apreciar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, relativa al tipo de los intereses de demora, sólo pueda comprobar si el tipo de intereses pactado por las partes era o no superior a tres veces el interés legal del dinero, sin tener la posibilidad de tomar en consideración otros elementos del contrato. Del mismo modo, tal normativa impediría a ese juez, a la hora de valorar el carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado de la obligación garantizada, tener en cuenta

cualquier otra circunstancia distinta a la falta de pago de tres mensualidades del préstamo hipotecario (apartado 28 de la sentencia). Todo ello partiendo de la base de que el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 dispone, como sabemos, que “[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo [*sic*], todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

El TJUE señala que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora y de una cláusula del mismo contrato que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 LH y en el artículo 693 LEC.

¿Qué consecuencias tiene que una cláusula sea abusiva? El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 impone expresamente a los estados miembros la obligación de establecer que tales cláusulas “no vincularán al consumidor” y dispondrán que “el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

En esta sentencia el TJUE recuerda su doctrina acerca de que esta disposición no puede entenderse en el sentido de que permite al juez nacional, en el supuesto de que este constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, modificar el contenido de aquella (STJUE del 14 de junio del 2012, Banco Español de Crédito, apartado 71). Esto es, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor. La razón es que “si el juez tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegar a declararse la nulidad de las mismas, el

contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales” (apartado 69, sentencia Banco Español de Crédito).

Advierte el TJUE que es cierto que también ha reconocido en otras ocasiones que el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria del derecho nacional. No obstante, tal posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, y de ese modo quedaría expuesto el consumidor a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, apartado 33). Pero no se trata de este supuesto: “[L]a anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que, por una parte, los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas y, por otra parte, interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado” (apartado 39 de esta sentencia).

Esta doctrina había sido sancionada también en lo que se refiere precisamente al interés previsto por el artículo 114.3 LH, por el ATJUE del 11 de junio del 2015, al que alude nuestra STS del 23 de diciembre del 2015.

## 6. LA ÚLTIMA GUERRA ABIERTA CONTRA LOS BANCOS EN ESPAÑA: LAS CLÁUSULAS SUELO

En este último apartado de la exposición examinaremos las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, que —como comenté al inicio— ocupan últimamente la atención mediática en España, debido a las numerosas resoluciones judiciales que se han ido dictando.

Entre ellas, las más importantes son las siguientes.

### A) *La STS del 9 de mayo del 2013*

La demanda fue interpuesta por la Ausbanc. Se trataba de una demanda en juicio verbal en ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios entablada contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa

de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S. C. C.) y Caja de Ahorro de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S. A. U.)<sup>17</sup>.

En ella se solicitaba, entre otros pedimentos, que se declarase la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios que establecían un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, por tratarse de cláusulas abusivas.

Con la demanda se aportaron cuatro escrituras de préstamo hipotecario otorgadas por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. Sirva de ejemplo de la cláusula que se está examinando la siguiente, extraída de uno de estos contratos:

3. Bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00% ni inferior al 2,50% nominal actual.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de la Ausbanc. Contra la anterior resolución interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla las representaciones de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito y Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra. En el recurso se apersonó también el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación, considerando que no había lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecían un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia. Concretamente, rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas al entender que: (a) se referían a un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; (b) no había existido imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; (c) no tenían carácter

<sup>17</sup> Sobre esta Sentencia *vid.* Encarna Cordero Lobato, “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, en *Diario La Ley*, núm. 8088, del 22 de mayo del 2012, pp. 1678-1680; María Goñi Rodríguez de Almeida, “Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, pp. 3440 y ss.; Francisco Pertíñez Vélchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio del 2013, pp. 1 y ss.

abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. La Ausbanc interpuso entonces, ante el Tribunal Supremo, recurso por infracción procesal así como recurso de casación. Lo mismo hizo (de casación) el Ministerio Fiscal español.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la Ausbanc. Las ideas principales de la sentencia son las siguientes:

En primer lugar, la condición general es aquella cláusula predispuesta por el profesional para ser incorporada a una pluralidad de contratos, que no ha sido por tanto negociada con el adherente. Sigue habiendo condición general (esto es, no existe negociación), aunque se haya informado de ella (existencia y contenido) al consumidor. “No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.”

En segundo lugar, a diferencia del criterio mantenido por la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo considera que es posible que existan condiciones generales sobre el objeto principal del contrato. De hecho, “para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este”.

En tercer lugar, las condiciones generales constituyen un mecanismo lícito y útil de contratación. Esto es, no son ilícitas *per se*. Lo son cuando son abusivas. No obstante, el Tribunal Supremo comparte el criterio de la Audiencia Provincial de que las cláusulas techo, al referirse al precio, no pueden ser valoradas como abusivas en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Pese a una inicial doctrina jurisprudencial en contrario, el Tribunal Supremo recuerda que él mismo cegó definitivamente esta posibilidad a partir de su sentencia del 18 de junio del 2012<sup>18</sup>, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en relación con el posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones”. Con todo, “el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo”.

En cuarto lugar, además del control de contenido cuando no se refieren al objeto principal del contrato, las condiciones generales están

<sup>18</sup> RJ 8857.

sometidas a un doble control de incorporación y transparencia (en este último caso, sólo en los contratos con consumidores). Este control de transparencia es diferente del control de inclusión y constituye una especie de refuerzo de este en los contratos con consumidores (este control de incorporación quedaría cumplido con la observancia de las prescripciones de la antigua OM del 5 de mayo de 1994, como entendió la AP, pero no sería suficiente para entender cumplido el control de transparencia según el Tribunal Supremo). En caso de que la cláusula se proyecte, como sucede aquí, sobre los elementos esenciales del contrato, este control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica de aquel, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo de este. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

El Tribunal Supremo concluye:

- Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abuso de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, *si no es transparente*<sup>19</sup>.

- Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

¿Se superaba en este caso el control de transparencia?

<sup>19</sup> Esta idea resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que dispone que “[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. No obstante, como sostiene Francisco Pertíñez Vilchez, *op. cit.*, p. 10, el control de transparencia va más allá de esta mera redacción clara y comprensiva de las cláusulas. Por esta razón, en su opinión, la redacción de este precepto “es deficiente al sujetar el estándar de transparencia de las cláusulas relativas al precio a una mera obligación de redacción clara y comprensible”.

El Tribunal Supremo concluye que sí en lo que se refiere a la inclusión de aquella como condición general en los contratos (en referencia a cualquier clase de contratos con condiciones generales, incluso el celebrado con empresarios), pero no el de *claridad* exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que las cláusulas suelo en estos contratos no eran transparentes por cinco razones:

(1) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. En otro momento de este fundamento jurídico se dice que las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, los convierte en préstamos a interés mínimo fijo que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. “Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un *tratamiento impropiaamente secundario*, habida cuenta de que las cláusulas «no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios» lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato” (énfasis nuestro).

(2) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de ellas. En este sentido se afirma en otro momento que en estos supuestos “se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo”.

(3) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

(4) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan aquellas.

(5) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Como apunta Francisco Pertíñez Vilchez, *op. cit.*, p. 15, el control de transparencia o información requerido por esta sentencia es tan exigente que lleva a una cuasi universalización del carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario.

Por último, cuando una condición general que se refiere al objeto del contrato no cumple, como sucedía en este caso, los requisitos del control de transparencia, entonces es posible valorar su carácter abusivo. Este control habrá de hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas de aquel. Esto incluye también la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. De igual modo, se ha de tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales. Así se deduce del considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 y del artículo 82.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

¿Puede considerarse la cláusula suelo abusiva?

El Tribunal Supremo parte en esta sentencia de los conceptos sentados por la STJUE del 14 de marzo 2013, caso Aziz, que al tratar el desequilibrio importante contrario a la buena fe, al que se refiere el artículo 3.1 de la Directiva 93/14 afirma: “[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido [...]” y en el apartado 69 de la sentencia añade: “[...] en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la directiva y tal y como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.

Se plantea el Tribunal Supremo la licitud de las cláusulas suelo, y llega a la conclusión de que lo son siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés

fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—. Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con las cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor equilibrio del suelo.

En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados —lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención—. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.

Partiendo de lo expuesto, y teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas —contratos de préstamos hipotecarios a interés variable—, para valorar el equilibrio de las cláusulas-suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Y si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible —de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas—, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia —único que ha de ser objeto de examen—, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

En síntesis, como las cláusulas no superan el control de transparencia que debe regir en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores, más allá del mero control de inclusión en los contratos con

condiciones generales, entonces procede examinar su carácter abusivo. Este carácter abusivo proviene del desequilibrio contrario a la buena fe, que en este caso concurre ya que se cubre exclusivamente el riesgo que para la entidad bancaria tendría una bajada de los tipos de interés, frustrándose las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado en el préstamo como “variable”.

El Ministerio Fiscal había interesado en su recurso que se precisara el elemento temporal de la sentencia, ya que “[s]i se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas”, a lo que añade que “no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso”.

Atendiendo a una serie de argumentos, el Tribunal Supremo declaró la irretroactividad de esta sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de esta sentencia.

Los dos argumentos principales eran que la acción colectiva de cesación ejercitada era una acción hacia el futuro y que, aunque ella exigía una previa declaración de nulidad de la cláusula y que los efectos de la nulidad son restitutorios (art. 1303 CC), en tales efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del derecho —entre ellos de forma destacada la *seguridad jurídica* (artículo 9.3 CE)—. Máxime en un caso como éste en que la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos —en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más—, sino en la falta de transparencia. Y tal falta de transparencia no se deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en esta sentencia. Para el Tribunal Supremo, es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, hasta el extremo de que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Critica esta solución, entre otros, José María Miquel González (*op. cit.*, p. 249), quien estima que el Tribunal Supremo mezcla “Derecho privado y Economía”, “ignorando, aunque conscientemente, que no puede excusar la aplicación de la ley porque los deudores —en este caso los bancos— experimenten al cumplirla dificultades económicas”.

Y aquí es donde surge el problema, porque a partir de esta sentencia empezaron a surgir reclamaciones de los usuarios (prestatarios hipotecarios), en las que solicitaban a la entidad de turno una devolución de las cantidades indebidamente pagadas. Muchos juzgados y audiencias provinciales les han reconocido el derecho a ser reintegrados en su totalidad de las cantidades indebidamente abonadas, en contra del criterio del Tribunal Supremo.

Algunas de estas reclamaciones, precisamente, han motivado el planteamiento por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, así como por la Audiencia Provincial de Alicante, de varias cuestiones prejudiciales al TJUE, en las que en esencia se le eleva la siguiente pregunta: ¿Es posible que los tribunales moderen la devolución de las cantidades por el profesional al consumidor que resultan de una cláusula declarada nula en origen por defecto de información o transparencia?<sup>22</sup>

Entre tanto, el Tribunal Supremo español ha dictado otra sentencia relacionada con este tema, que pasamos a reseñar muy brevemente.

#### B) *La STS del 25 de marzo del 2015*

El procedimiento se inició con una demanda individual de nulidad de condición general y de reclamación de cantidad, iniciada por una pareja que eran prestatarios hipotecarios, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la AP les dieron la razón, y les reconocieron por tanto el derecho a recibir las cantidades indebidamente abonadas.

La *ratio decidendi* de ambas resoluciones judiciales es que la STS del 9 de mayo del 2013 tenía por objeto una acción colectiva, no de nulidad. Por esta razón, la declaración de irretroactividad estaba ceñida exclusivamente a este *petitum*, que en ningún caso era la reclamación de cantidades ya que este no es el objeto de la acción colectiva de cesación. Por otro lado, el riesgo de quebranto del orden público económico que se mencionaba en la anterior sentencia no podía entenderse que concurría en este caso, ya que se trataba de una demanda individual.

<sup>22</sup> Tras haberse escrito estas líneas, el TJUE dictó su sentencia el 21 de diciembre del 2016, en la que resuelve los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y se decantó por la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, determinando que las entidades bancarias estaban obligadas a restituir a los prestatarios las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de esta cláusula abusiva.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad crediticia, aclarando la doctrina sentada en su sentencia del 9 de mayo del 2013.

En primer lugar, afirma el Tribunal Supremo que aunque se trataba de una acción de cesación de condiciones generales, era necesaria la previa declaración de nulidad. Por eso, la irretroactividad declarada (en solicitud del Ministerio Fiscal) se refería (también) a la nulidad.

En segundo lugar, el alto tribunal sostiene que aunque es cierto que el efecto de la nulidad es retroactivo (art. 1303 CC), esta regla puede ser limitada en aplicación de principios constitucionales como el de seguridad jurídica. En cuanto al riesgo que supone la retroactividad para el orden público económico, entiende el Tribunal Supremo que no es cierto que este riesgo no concorra en las acciones individuales, pues la suma de muchas acciones (como la propia resolución admite que ha venido produciéndose en la práctica, dando lugar a múltiples y variados pronunciamientos de las audiencias provinciales) sí que lo puede suponer.

En definitiva, se confirma la doctrina de la STS del 9 de mayo del 2013, donde se indica que las sentencias individuales que declaren la nulidad de las cláusulas suelo tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la anterior sentencia, pues dicha resolución abrió “los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información [...]”.

La sentencia consta de un voto particular formulado por el magistrado don Francisco Javier Orduña al que adhirió el magistrado don Xavier O’Callaghan, en el que se afirma que son las normas y no las sentencias las que tienen o no efectos retroactivos. A juicio de estos magistrados, la STS del 9 de mayo del 2013 se había dictado en el ejercicio de una acción de cesación, en la que no se reclamaban cantidades, por lo que el Tribunal podía haberse abstenido de pronunciarse sobre este tema. Pero, a juicio de estos magistrados, la solución adoptada por el Tribunal Supremo en esta nueva sentencia de confirmar nuevamente su doctrina anterior, ahora en el marco de una acción individual en la que los demandantes sí reclamaban cantidades, resultaba todavía más grave.

La situación actual que existe en España, por lo tanto, es la de espera ante la resolución que ha de dictar el TJUE en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos acumulados C-154/15,

C-307/15 y C-308/15), a través de las cuales se le preguntaba si la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva podía considerarse compatible con el artículo 6.1 de la Directiva de 1993<sup>23</sup>.

En el mes de octubre del 2015 la Comisión Europea emitió un informe no vinculante en el que proponía al TJUE una solución favorable a la devolución por los bancos españoles de las cantidades indebidamente cobradas pues el mencionado artículo 6.1 de la directiva no añadía ningún matiz temporal a la “no vinculación” del consumidor a las cláusulas abusivas. A la vista de esto, algunas entidades crediticias, temiéndose lo peor, comenzaron a negociar con sus prestatarios la eliminación de la cláusula suelo de sus contratos, con la consiguiente reducción de la cuota de amortización mensual, a cambio de renunciar al ejercicio de una acción de devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

No obstante, el Abogado General en sus conclusiones del 13 de julio del 2016 ha afirmado justo lo contrario. En concreto, que “el [artículo] 6.1 de la Directiva, entendido a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias propias de los litigios principales, no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que éste declara el carácter abusivo de las cláusulas «suelo», ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia en ese sentido”.

Veremos qué es lo que decide finalmente el TJUE en los últimos meses del año 2016. Por lo pronto, el mismo día en que se publicó el informe del Abogado General se produjo un aumento de la cotización en la Bolsa española de los tres bancos más afectados por este contencioso judicial (Banco Sabadell, Banco Popular y CaixaBank)<sup>24</sup>, a pesar de que dicho informe tampoco tiene carácter vinculante para el Tribunal.

<sup>23</sup> Según este precepto, “[l]os estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas en sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

<sup>24</sup> En información aparecida en la versión online del diario español ABC se apunta que Sabadell había sufrido un repunte del 5,54%, el Banco Popular de 3,5% y CaixaBank de 2,29%.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cordero Lobato, Encarna, “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, en *Diario La Ley*, n.º 8088, del 22 de mayo del 2012, pp. 1678-1680.
- Goñi Rodríguez de Almeida, María, “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 738, 2013, pp. 2667 y ss.
- Goñi Rodríguez de Almeida, María, “Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, pp. 3440 y ss.
- López Liz, José. “Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipoteca”, en *Diario La Ley*, 20 de septiembre de 1999, pp. 1823 y ss.
- Miquel González, José María, “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, pp. 223-252.
- Moralejo Imbernón, Nieves, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 161-292.
- Moralejo Imbernón, Nieves, “Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía”, en *Tratado de Contratos*, tomo IV, segunda edición (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano; coord. Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4811-4884.
- Pertíñez Vilchez, Francisco, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, pp. 1-28.
- Prats Albentosa, Lorenzo, “Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado (o «La estoicidad financiera del prestamista...»): Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/1999, pp. 473-477.
- Rivera Fernández, Manuel, “Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 27 marzo 1999”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/2000, pp. 433-444.

