

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de la Laguna
Curso 2018/2019
Convocatoria de Julio

UNA PERSPECTIVA GENERAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

A general perspective of unfair terms

Realizado por la alumna Almudena Marqués Hernández

Tutorizado por la Profesora Doña Estefanía Hernández Torres

Departamento de Disciplina Jurídicas Básicas

Área de conocimiento de Derecho Civil

C/ Padre Herrera s/n
38207 La Laguna
Santa Cruz de Tenerife. España
T: 900 43 25 26
ull.es

ABSTRACT

Unfair terms have been introduced in most of loan contracts with mortgage and, due to the transcendence that have caused, we will approach its evolution in most frequent clauses of our legal system, exposing itself, its consequences and effects in each concrete case.

Will be analyzed the different ways of asserting consumers their rights and interests, either going to courts of Justice or going to the entity to get an agreement for the purposes of decrease expenses that cause the judicial process.

RESUMEN

Las cláusulas abusivas han sido introducidas en la mayoría de los contratos de préstamos con garantía hipotecaria y, debido a la gran transcendencia práctica que han ocasionado, abordaremos su evolución normativa y jurisprudencial en las cláusulas más frecuentes en nuestro ordenamiento, exponiéndose así mismo, sus consecuencias y efectos de la determinación como abusiva en cada supuesto concreto.

Se analizarán las distintas formas de hacer valer a los consumidores sus derechos e intereses, ya sea dirigiéndose a los Tribunales de Justicia o bien, acudiendo a la entidad para obtener un acuerdo a efectos de disminuir los gastos que ocasione el correspondiente proceso judicial.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1.- LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS	6
I. ANTECEDENTES	6
II. CLÁUSULAS ABUSIVAS	7
2.1 CONCEPTO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	7
2.2 ESPECIAL REFERENCIA AL CATÁLOGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS ..	10
III. LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO	10
3.1 CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA.....	11
3.2 CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.....	14
3.3 CLÁUSULA SUELO	16
3.4 CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS	19
CAPÍTULO 2.- EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	22
I. CONSIDERACIONES GENERALES	22
II. ACCIÓN COLECTIVA	23
2.1 LA ACCIÓN DE CESACIÓN	23
2.2 LEGITIMACIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN	23
III. ACCIÓN INDIVIDUAL	24
3.1 ACCIÓN DE NULIDAD.....	24
3.2 LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE NULIDAD	25
3.3 LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN	25
3.4 RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL.....	25
3.5 RECLAMACIÓN JUDICIAL	28

3.5.1 CONTROL DE OFICIO	28
3.5.2 CONTROL A INSTANCIA DE PARTE	29
CAPÍTULO 3.- MEDIDAS PARA EVITAR LA INCOPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	29
I. LA OFERTA VINCULANTE Y EL DEBER DE TRANSPARENCIA DEL CONTENIDO DEL CONTRATO.....	30
II. LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO	32
III. LA FUNCIÓN ESPECIAL DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	34
3.1 EL PREVENTIVO CONTROL NOTARIAL EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	35
3.2 EL PREVENTIVO CONTROL REGISTRAL EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	36
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	41
JURISPRUDENCIA.....	42

INTRODUCCIÓN

Las cláusulas abusivas han sido uno de los mayores problemas a los que ha tenido que enfrentarse el consumidor, sobre todo por su gran transcendencia tanto en la económica como en la sociedad, al afectar a la gran mayoría de familias cuando se hipotecaban para poder obtener una vivienda.

No obstante, debido a las múltiples reivindicaciones de los ciudadanos en los Tribunales de Justicia reclamando la tutela de sus derechos e intereses como consumidores, así como la jurisprudencia en este ámbito y, debiendo destacar las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el legislador ha tenido que ir adaptando la normativa para otorgar una mayor protección del consumidor frente a la entidad, evitando que ésta se coloque en una situación de supremacía, con la imposición de obligaciones para ambas partes en las que se establezcan las medidas oportunas para impedir la otorgación de préstamos irresponsables.

El presente trabajo abordará una perspectiva general de las cláusulas abusivas desde sus inicios, pero centrándose y dándole mayor importancia al panorama en la actualidad, las posibilidades que le otorga la nueva regulación para proteger al consumidor, y las medidas que ha considerado oportunas el legislador para ponerle punto final a un problema que durante años ha afectado a numerosas familias españolas.

CAPÍTULO 1.- LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

I. ANTECEDENTES

Entre los años 1997 a 2006, España sufre un aumento casi desorbitado en el ámbito del sector inmobiliario, lo que supone un incremento de la riqueza inmobiliaria española.

El efecto de esta riqueza se produjo tanto en la construcción inmobiliaria como, en sus efectos sobre la economía y la gran expansión bancaria que supuso que los propios poderes públicos fomentase la adquisición de viviendas por particulares, los cuales en una fiebre inmobiliaria, por el crecimiento generalizado de la economía y por las facilidades de financiación que ofrecía el Banco de España, recurrían a la posibilidad de adquirir viviendas financiando dichas operaciones a través de contratos de préstamos garantizados con hipoteca sobre las mismas¹.

Durante años, el mercado siguió creciendo de forma artificial² como consecuencia de los clientes desinformados que firmaban contratos cuyos términos no comprendían ni tenían capacidad financiera real para devolver el capital solicitado.

Comenzaron a surgir problemas principales en la negociación de la entidad bancaria con los particulares, como pueden ser, y puede llegar a ser considerado uno de los más importantes, la falta de transparencia de las cláusulas del contrato, desde una publicidad incompleta y confusa, engañosa, una deficiente información precontractual, escasas y poco claras explicaciones, baja calidad en asesoramiento prestado por el personal de las entidades prestamistas, hasta la utilización de contrato de adhesión de difícil comprensión y repletos de cláusulas abusivas.

¹ En este sentido, véase para un mayor análisis a CAMPOS ECHEVERRÍA, J. L., *La burbuja inmobiliaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 47.

Véase también a MALUQUER DE MOTES, J., *La economía española en perspectiva histórica*, Ed. Pasado y Presente, Barcelona, 2014, Capítulo II: España hipoteca (1996-2007), pág. 482.

² ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica*, Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor, Pamplona, 2014, pág. 51.

No obstante, estos problemas no son puestos en escena hasta que no se detona la gran crisis económica que afecta a nivel mundial, pero se intensifica en nuestro país por la crisis del sistema financiero, destacando entre alguna de sus causas, la imprudencia del cliente y el aprovechamiento por parte del Banco³.

Como consecuencia de la crisis, muchos particulares no pueden hacerse cargo de las obligaciones que derivan del contrato hipotecario, por lo que, entra en juego la ejecución hipotecaria y, por consiguiente, los desahucios en masa⁴.

A pesar de que, en un primer momento se pueda considerar que debido a la desinformación del cliente suceden estos acontecimientos, no podemos olvidarnos de la postura del banco, que se aprovecha de la situación, realizando contratos de adhesión, en los que únicamente se negocia el tipo de interés, el capital y los plazos para devolver el mismo, colocándose éste en una situación de supremacía frente al consumidor.

Ante esta situación, son numerosos los consumidores que acuden a los tribunales con el fin de obtener una sentencia que declare si el contenido de las cláusulas del contrato ha sido redactado conforme a derecho o no.

II. CLÁUSULAS ABUSIVAS

2.1 CONCEPTO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se busca protección por parte de los consumidores en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) y, debemos encontrar aplicación en los artículos 82 y siguientes que se encargan de establecer la

³ La comisión europea reconoce que en el origen de la crisis ha tenido clara incidencia el comportamiento irresponsable de algunos operadores del mercado de crédito. Véase, COMISIÓN EUROPEA: sobre los contratos de crédito para bienes inmueble de uso residencial, Bruselas 31 de marzo de 2011.

⁴ Véase para un mayor análisis a MALUQUER DE MOTES, J., *La economía española en...* ob.cit., pág. 548.

definición de cuándo estamos ante una cláusula abusiva⁵ y, por ende, cuándo la misma no es conforme a derecho.

Utilizando como base el artículo 82⁶ podemos decir que, estaremos ante una cláusula abusiva cuando concurren los siguientes presupuestos:

1. Que las partes intervinientes del contrato sean un empresario o profesional y, un consumidor o usuario⁷.
2. Que no se haya negociado individualmente el contenido de la cláusula, sino que haya sido insertada únicamente por la voluntad del empresario o el profesional e impuesta al consumidor sin que haya podido intervenir en su contenido⁸.
3. Que se haya vulnerado el principio de buena fe causando un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es decir, que el empresario no haya actuado conforme a la lealtad y honestidad⁹, sin pretender el engaño del consumidor¹⁰.

⁵ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Ed. Wolters Kluwer S.A, Barcelona, 2017, pág. 38-41.

⁶ La redacción del artículo 82.1 de la TRLGDCyU proviene del artículo 10 bis 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), y el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁷ Ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 2 y 82.1 del TRLGDCU. No obstante, a sensu contrario, podemos afirmar que están excluidos de este régimen los contratos celebrados entre empresarios y consumidores entre sí.

Por un lado, el artículo 3 del TRLGDCyU establece el concepto de consumidor estableciendo que: “*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

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

En lo que respecta a la definición de empresario se encuentra regulado en el artículo 4 del TRLGDCyU: “*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.* Véase para una mejor comprensión de los conceptos, MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 57-98.

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2017, pág 214-284.

⁸ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, Ed. Wolters Kluwer, S.A, Madrid, 2017, pág. 342- 414.

⁹ En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11 (Caso Aziz).

MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 143-144.

¹⁰ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág 498-522.

MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 108-118.

4. Que se haya causado un perjuicio al consumidor¹¹.

Ello responde, sin duda alguna, al contexto social y económico que sufrió España, en el que multitudes de profesionales se aprovecharon de la deficitaria regulación que existía sobre materia hipotecaria, elaborando contratos predispuestos entre los clientes que no habían sido negociados individualmente, en los que el consumidor no conocía el alcance y contenido del mismo, causando un grave perjuicio entre los derechos y obligaciones, y donde predominaba la situación de supremacía del empresario.

Como resultado de ello, la normativa ha tenido que ser más estricta para proteger al consumidor, tanto por la exigencia de la sociedad española que se ha visto bastante afectada por este tema, como por los requerimientos de la Unión Europea que han obligado a modificar la normativa para no ser contraria a las normas de derecho europeo.

Una de las medidas a destacar por su trascendencia social es la transparencia del contenido de las cláusulas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario¹², que veremos con posterioridad con mayor detalle y analizaremos la nueva regulación que se prevé en este ámbito por la LCI. Pero para iniciarnos en el tema, debemos apuntar que la transparencia tiene por finalidad que el consumidor sea consciente de cada una de las cláusulas que se prevé en el contrato, tanto del contenido como de su trascendencia práctica y, por ello, en aras de proteger al consumidor, se establecen una serie de mecanismos para asegurarnos que éste tiene a su disposición la información necesaria para constituir un contrato de préstamos¹³.

¹¹ MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 114-118.

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 498-515.

¹² RICARDO PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 412-461.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2004, pág 79-102.

FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 352- 393.

¹³ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 361-362.

PINAZO TORREZ, “Consumidores y empresas”, en la obra colectiva *Presente y futuro del Mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, dirigido por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE M., Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015, pág. 296.

2.2 ESPECIAL REFERENCIA AL CATÁLOGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El concepto de cláusula abusiva es complementado con unas listas de supuestos típicos contenidos en la Directiva 93/13/CEE y en los artículos 85-90 del TRLGDCU que es denominada por parte de la doctrina como la “lista negra”¹⁴.

La lista introducida en el ordenamiento español tiene un “carácter abierto” o “enunciativo”¹⁵, porque no establece únicamente los supuestos exclusivos ante los que nos podemos encontrar con una cláusula abusiva, sino que se permite la declaración de abusividad de una cláusula cuando concurren los requisitos anteriormente expuestos, aunque no estemos en ninguno de los supuestos que se prevé en la citada lista.

Lo que se pretende con la fijación de un listado de cláusulas abusivas es orientar a los Jueces o Tribunales en los supuestos más típicos en el panorama europeo de las cláusulas abusivas, en los que se causa un desequilibrio significativo entre las partes, pero no podemos considerar que el listado tenga únicamente dicha finalidad, sino que se pretende que en los supuestos de análoga relación se tome como modelo la mencionada lista para una mejor interpretación y aplicación de los requisitos de las cláusulas abusivas.

III. LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El contenido de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, predispuesto fundamentalmente por las entidades, incluye una serie de cláusulas a las que podemos considerar en la mayoría de los supuestos como abusivas porque no respetan los requisitos de transparencia, la evaluación de solvencia económica, porque causa un desequilibrio entre las obligaciones de las partes, entre otros aspectos.

Por ello, vamos a analizar algunas de cláusulas más frecuentes y que mayores problemas suscita en la práctica:

¹⁴ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 552-562.

¹⁵ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 570.

3.1 CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA

En la mayoría de los contratos de préstamos se incorporan cláusulas en las que se acuerda que, en caso de que el consumidor se retrase o deje de cumplir con los pagos de las cuotas de amortización, surge una “especie de penalización” del deudor, que implica que a la cantidad adeudada se le aplica un interés más elevado que el fijado como remuneración para la devolución del capital constitutivo del préstamo hipotecario¹⁶. Es aceptable que el consumidor sea sancionado por el impago, pero no puede permitirse un castigo desmesurado, como ha manifestado la STS de 22 de abril de 2015¹⁷.

Lo habitual en la práctica es que el consumidor cuando pacta con la entidad las condiciones del préstamo hipotecario no es consciente de esta cláusula y sobre todo del contenido, porque en el momento de la firma del contrato, el prestatario nunca espera que no pueda hacer cargo o retrasarse en el pago de una cuota de amortización. Sin embargo, en la práctica ha sucedido lo contrario, porque no se evaluó correctamente la solvencia del prestatario o porque no se estructuró la deuda atendiendo a las capacidades económicas reales del consumidor, el usuario en determinados supuestos ha tenido que dejar de cumplir con el pago de algunas cuotas, lo que ha implicado un aumento desorbitado de la deuda por el tipo de interés tan elevado que resulta de aplicación en los supuestos de intereses de demora¹⁸. Anteriormente, se llegaron a aplicar interés de demora del 20 al 25%¹⁹.

Los intereses tan altos que se prevén en la práctica han contribuido a la denotación de los desahucios en masa, los aumentos de la deuda hipotecaria a la que tienen que hacer frente numerosas familias, la inseguridad jurídica de los consumidores sobre si las cláusulas que prevén tipos de interés de demora desproporcionado son conforme a derecho, siendo éstas algunas de las razones por las que es necesario que se establezca un límite máximo para los intereses moratorios. Anteriormente, se podía considerar una

¹⁶ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...ob.cit.*, pág. 196.

FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario... ob.cit.*, pág. 460.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...ob.cit.*, pág. 70.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, número de Recurso 2351/2012, número de resolución 265/2015.

¹⁸ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...ob.cit.*, pág. 196.

¹⁹ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, aprecia el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora en un 19%.

cláusula abusiva cuando se imponía tipos de interés elevados, pero para la jurisprudencia existían dudas sobre cuándo se podía considerar el mismo excesivo²⁰. Como consecuencia de la necesidad de fijar un tipo máximo de interés legal, la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introduce en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), por primera vez en España, un tope máximo para los intereses de demora que no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero y solo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago²¹. No obstante, el legislador español sigue queriendo desvirtuar la posición de supremacía de la entidad respecto al consumidor y, con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCI) se establece un límite legal, fijo y claro²², que será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales, destacando que no se admitirá pacto en contrario²³.

La regulación del tipo legal pretende proteger al consumidor frente a la entidad, evitando que éste se coloque en una posición de superioridad que limite o anule la libertad contractual del usuario perjudicando sus intereses. Por ello, con el establecimiento de un tope, no existe posibilidad de negociar para ninguna de las dos partes y, por lo tanto, no cabe abuso por parte de la entidad de su posición dominante. Sin embargo, podemos llegar a considerar que la nueva regulación no permite que se beneficie el prestatario que constituya intereses legales por debajo de lo establecido en el artículo 25 de la LCI, como anteriormente sí que se permitía²⁴.

Por lo tanto, se considerarán cláusulas abusivas cuando se fijen tipos de interés que sobrepasen el límite establecido por la normativa²⁵, pero que se respete el tipo de interés no supone que sea válido, porque puede suceder que no se haya respetado los

²⁰ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 199.

²¹ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 73.

²² Artículo 25 de la LCI.

²³ TRUJILLO CABRERA, C., *Los contratos de Crédito Inmobiliario, algunas soluciones legales*, SÁNCHEZ LERÍA, R. y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (coordinadores), Ed. Reus, Madrid, 2018, pág. 233-234.

²⁴ TRUJILLO CABRERA, C., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...*ob.cit., pág. 241-244.

²⁵ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 203.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 79-80.

criterios de transparencia de la cláusula en cuestión -entre otros posibles incumplimientos de la entidad-²⁶.

La consecuencia de la determinación de una cláusula abusiva del interés de demora es la nulidad del artículo 83 del TRLGDCU, predicable únicamente a la cláusula, pero no al contrato global porque no afecta a un elemento esencial del mismo²⁷. Pero ninguna de las normas anteriormente citadas (Ley 1/2013 y Ley 5/2019) se refiere a como ha de procederse ante la nulidad de la cláusula de interés de demora, en este sentido, debemos encontrar solución en la STS de 28 de noviembre de 2018²⁸ que analiza las Sentencias del TJUE en dicha materia, concluyendo que, los tribunales nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma y, en efecto, no podrán aplicar de forma supletoria una disposición de Derecho nacional. Por lo tanto, no encontraría aplicación la sustitución del interés demora previsto en el contrato por el triple del interés legal previsto en el artículo 114 de la LH. El TS ha señalado que cuando existe una cláusula de demora abusiva y, por ende, nula, el prestatario que incurra en mora del capital pendiente de amortizar sigue devengado el interés remunerativo fijado en el contrato. Lo que nos conlleva a afirmar que, la declaración de nulidad de una cláusula que fija elevados intereses de demora supone que el interés para tal supuesto será el mismo que el fijado para la remuneración del capital pendiente de amortizar.

No obstante, debemos destacar que la última jurisprudencia existente en este ámbito es anterior a la nueva regulación que prevé un criterio fijo y claro. Por ello, como ni la jurisprudencia nacional ni la europea se ha pronunciado sobre el criterio que debe aplicarse en la actualidad, nos encontramos con dos posibilidades: aplicar el criterio existente o la nueva normativa. Lo más razonable es aplicar el criterio de la nueva normativa porque debería haber sido el que se ha pactado entre las partes, al haberse configurado el precepto con carácter imperativo, lo que impide que se adopte pacto entre

²⁶ Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2016, número de resolución 364/2016, número de recurso 2499/2014.

²⁷ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 204-205.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 84-86.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018, número de resolución 671/2018, número de recurso 2825/2014.

las partes que perjudique al consumidor, cuando sea superior, pero que tampoco permite que se beneficie al usuario con un interés menor por demora.

3.2 CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Es frecuente que en los contratos de préstamos hipotecarios se incorporen cláusulas en la que se concede el poder unilateral al prestamista de resolver el contrato por impago de alguna de las cuotas de amortización²⁹, por arrendar, vender o gravar el inmueble, por la disminución de la solvencia del prestatario o el embargo de alguno de sus bienes, por la imposibilidad de inscribir la escritura de constitución de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, e incluso, por dejar de pagar los impuestos o cargas sobre el inmueble. No obstante, debemos destacar que la más importante, debido a su trascendencia práctica, es la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de alguna de las cuotas de amortización³⁰.

Como hemos ido reiterando a lo largo del cuerpo de este escrito, el prestatario cuando constituye el contrato de préstamo hipotecario no es consciente de esta cláusula, del contenido, o de la aplicación práctica de la misma, porque en el momento de constitución, el consumidor no se plantea la posibilidad de incumplir la obligación dineraria.

Surgen dudas sobre la validez de las cláusulas que permiten a la entidad resolver el contrato por incumplimiento de pago de una cuota de amortización³¹, que son zanjadas con la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), en su artículo 693 que permite la reclamación de la cantidad pendiente de amortización e intereses si se hubiese convenido el vencimiento en caso de falta de pago de alguno de sus plazos. Pero al considerarse válidas las cláusulas de vencimiento anticipado, indudablemente surgen dudas respecto al nivel del incumplimiento del pago que se requiere por el citado precepto³². Por ello, la Ley 1/2013, ante la inseguridad ciudadana y las diversas teorías jurisprudenciales que provocaba la interpretación de la

²⁹ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 88.

³⁰ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 176-196.

³¹ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 177.

³² ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 178.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 90.

citada cláusula, se modifica el artículo 693³³ con la afirmación de que, se podrá reclamar toda la deuda cuando se hubiese desatendido el pago, al menos, tres plazos mensuales³⁴.

No obstante, el legislador español se ve obligado por la jurisprudencia europea a modificar el régimen de las cláusulas de vencimiento anticipado³⁵ y, por ello, con la LCI se modifica el régimen anterior en su artículo 24, estableciendo que, se podrá proceder al vencimiento anticipado del contrato si concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario haya incurrido en mora;
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no pagadas en la primera mitad del contrato equivalga al menos al 3% del capital concedido, entendiéndose que se cumple el requisito cuando las cuotas impagadas equivalgan a doce mensualidades; o cuando las cuotas impagadas en la segunda mitad del contrato equivalgan al 7% del capital concedido, entendiéndose que se cumple este requisito cuando las cuotas impagadas equivalgan a quince mensualidades;
- c) Que se haya requerido al prestatario concediéndole un plazo, de al menos, un mes para su cumplimiento, con la advertencia de que, de no ser atendido, se reclamará el reembolso total.

Con la finalidad de proteger al consumidor, el legislador señala que estos criterios se aplicarán a los contratos anteriores a la LCI y, por tanto, declara el principio retroactivo de los criterios de la cláusula de vencimiento anticipado, salvo que el deudor alegase que contiene una cláusula más favorable para él y, a los contratos que se hubiese aplicado una cláusula de vencimiento anticipado en el que se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo y, estuviera éste suspendido o no³⁶.

Con la exigencia del aumento de las cuotas impagadas para proceder al vencimiento anticipado se pretende proteger al consumidor y, sobre todo, un bien de primera necesidad, siendo el legislador español un poco más permisivo y flexible de cara al usuario, pero más rígido de cara a la entidad, que va a ver aumentados los requisitos para proceder a la resolución unilateral del contrato. Con el establecimiento de este

³³ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz), es fruto de la modificación del art. 693.2 LEC.

³⁴ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 90. ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 178-179.

³⁵ HERNÁNDEZ TORRES, E., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...*ob.cit., pág. 218-220.

³⁶ Disposición transitoria primera de la LCI.

régimen en materia de vencimiento anticipado con la LCI, entre otras cuestiones que abordaremos a lo largo del trabajo, lo que se pretende es persuadir la voluntad de las partes con la determinación de normas imperativas que establezca unos requisitos fijos y claros en cada una de las materias que aborda. No obstante, pese a las buenas intenciones de la nueva regulación, consideramos que el legislador no ha tenido en cuenta el importe que el particular tendrá que abonar en ese plazo de un mes, y que muy difícilmente, una familia de clase media española podrá cumplir. Así mismo, el legislador, al igual que con la regulación de los intereses de demora, establece el carácter imperativo de la norma, no permitiéndose de esta manera que, las cláusulas puedan ser pactadas por las partes, aunque suponga un beneficio para el consumidor³⁷.

Para calificar como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado por impago de las cuotas de amortización debemos comprobar si se han respetado los requisitos establecidos en el artículo 25 de la LCI, pero puede declararse abusiva cuando aun respetándose los requisitos de vencimiento anticipado, no se han respetado los requisitos de solvencia, transparencia, entre otros, que conlleva, en ambos supuestos, los efectos propios de nulidad prevista en el artículo 83 del TRLGDCU y, por ende, su inaplicación al consumidor³⁸.

3.3 CLÁUSULA SUELO

Durante años en los contratos predispuestos entre empresario y consumidores, se incorporaba la denominada “cláusula suelo”, la cual ha tenido bastante trascendencia en la sociedad española, pudiendo ser considerado como la más problemática en materia hipotecaria, e incluso, una de principales razones por la que los consumidores han perdido su fe en el sistema hipotecario español³⁹.

Es muy habitual que se fije cláusulas que establezcan interés remuneratorio variables que no puedan descender por debajo de un tipo de interés determinado como mínimo en el contrato -suele usarse como referencia el Euribor-, que son las denominadas cláusula suelo. Ese interés impide que los prestatarios se beneficien de los descensos que

³⁷ HERNÁNDEZ TORRES, E., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...* ob.cit., pág. 224-229.

³⁸ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...* ob.cit., pág. 189.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 90.

³⁹ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...* ob.cit., pág. 151.

se produzca por debajo del mínimo fijado. Como consecuencia de la crisis económica en España y, por el descenso notorio que sufre en 2008 el Euribor, se cuestiona la licitud de estas cláusulas, y no es hasta el 2013 en la Sentencia de 9 de mayo del TS⁴⁰ cuando podemos encontrar solución a esta cuestión⁴¹.

La STS de 9 de mayo de 2013 considera que existe un doble filtro de control: en primer lugar, la transparencia documental que rige para todas las condiciones generales, y en segundo lugar, un control reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato⁴². La transparencia documental, implica el cumplimiento de los deberes de información precontractual como, por ejemplo: la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en su artículo 25 señala que, “*cuando se hubiesen establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusula suelo o techo, se recogerá en un anexo la Ficha de Información Personalizada (FIP), el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima*”; la LCI establece en su artículo 14 que la entidad deberá entregar al consumidor la siguiente información: “*1) La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), 2) Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevante, 3) En caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, 4) Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato y, información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario*”. Además, añade la obligación de que las entidades conserven la información precontractual entregada al prestatario en cumplimiento de las obligaciones en un plazo de 6 años desde el momento de finalización de los efectos del contrato⁴³. En lo que respecta al filtro reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato se

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, número de resolución 241/2013, número de recurso 485/2012.

⁴¹ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...ob.cit.*, pág. 151-153.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...ob.cit.*, pág. 109.

⁴² FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario... ob.cit.*, pág. 476.

⁴³ Disposición Adicional Cuarta de la LCI.

refiere a las circunstancias que se plantean en cada caso, como puede ser: la redacción de cláusula, ubicación en el contrato, nivel de formación del consumidor, sus conocimientos financieros, profesión, edad, entre otros factores. Con ello, se pretende comprobar que el consumidor conoce las implicaciones de la cláusula suelo que pueda tener a lo largo del contrato.

La mencionada Sentencia del alto tribunal ha señalado que, la cláusula suelo se considera abusiva por las siguientes razones:

- a) por falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato;*
- b) se inserta junto con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de la misma; la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable;*
- c) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y diluyen la atención del consumidor;*
- d) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar;*
- e) y, la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.*

Por lo tanto, con la jurisprudencia consolidada en este ámbito, se podría considerar una cláusula suelo como abusiva cuando no se hayan cumplido con los deberes contractuales de información al prestatario sobre la importancia de contenido y alcance de la cláusula, así como cuando haya sido incorporada en un contrato redactada con tecnicismo que no permitan al consumidor comprender el significado de la misma, entre otras posibles actuaciones llevadas a cabo durante años por parte de las entidades de crédito inmobiliario, sin control, y que afectaban notablemente en los intereses del consumidor⁴⁴. No obstante, con la LCI el legislador, protegiendo al consumidor y siendo consciente de la transcendencia que ha provocado las cláusulas suelo, que puede considerarse como uno de los principales factores que ha ocasionado la pérdida de

⁴⁴ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 115-117.

confianza en el mercado hipotecario, contra todo pronóstico, ha declarado que: “*no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés*⁴⁵”. Por consiguiente, se podrá considerar abusiva, cualquier cláusula que establezca un límite mínimo al tipo de interés, prohibiéndose así, el uso de inserción de cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario.

Las consecuencias jurídicas de la determinación de una cláusula suelo como abusiva es la nulidad que se prevé en el artículo 83 del TRLGDCU, lo que implica la inaplicación de la misma. Ello supone que, el prestatario que ha estado pagando cuotas con un tipo de interés que no le correspondía, podrá reclamar a la entidad la restitución del exceso cobrado desde que dicha cláusula empezó a ser operativa⁴⁶. No obstante, podríamos entender que no existen problemas en la retroactividad de la cláusula abusiva, pero el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 señala que tendrá efectos no retroactivos, por lo que se abre una época de inseguridad jurídica en la sociedad española que no es resuelta hasta el 21 de diciembre de 2016 con la STJUE⁴⁷ que rechaza la interpretación del Supremo, y considera que no han de limitarse temporalmente la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades bancarias en aplicación de una cláusula suelo considerada abusiva⁴⁸.

3.4 CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

Otra cuestión problemática que surge en la práctica es, sobre la legalidad o no de las cláusulas que obligan al consumidor a hacerse cargo exclusivamente de los gastos de constitución del préstamo hipotecario⁴⁹.

Es el año 2015 con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre⁵⁰, cuando se declara nula una cláusula de gastos hipotecarios al entender que mediante su

⁴⁵ Artículo 21 párrafo tercero de la LCI.

⁴⁶ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 117-118.

ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 167-170.

FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 480.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

⁴⁸ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...*ob.cit., pág. 170-176.

⁴⁹ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 130.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, número de resolución 705/2015, número de recurso 2658/2013.

inclusión en los contratos se desplazaban al consumidor gastos concretos cuyo pago correspondía por naturaleza al prestamista, tales como los gastos de notaría y registro y los generados por el devengo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, y se limitaban asimismo los derechos esenciales de los consumidores⁵¹. No obstante, pese al pronunciamiento del Tribunal Supremo en favor de los consumidores, nace una inseguridad jurídica porque este criterio no es unánime en la jurisprudencia menor, por lo que la sociedad española se cuestiona, con bastante transcendencia, qué concretos gastos deberán ser cargo del prestatario y cuáles del prestamista.

Por consiguiente, surge la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Supremo que consolide la materia en gastos hipotecarios y, por ende, se dicta la Sentencia de 23 de enero de 2019⁵² que reitera el carácter abusivo de las cláusulas que atribuyan el pago al consumidor de todos los gastos ocasionados por la constitución del préstamo hipotecario y, establece el siguiente fallo:

- Respecto a los gastos notariales: *“Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad”*.
- En lo que atañe a los gastos de registro de la propiedad: *“La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca”*.
- En relación a los gastos de gestoría: *“Cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”*.

No podemos olvidarnos, debido al interés mediático y la inseguridad jurídica que provocó, la importante Sentencia del Tribunal Supremo 16 de octubre de 2018⁵³ que declara que el impuesto pasivo de los Actos Jurídicos documentados (en adelante, IAJD) en la constitución de la hipoteca es la entidad prestamista, produciéndose así una modificación en el cambio del criterio que se había mantenido durante los últimos años

⁵¹ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 625.

FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 503.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, número de resolución 44/2019, número de recurso 2982/2018.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2018, número de resolución 1505/2018, número de recurso 5350/2017.

sobre dicha cuestión. No obstante, como consecuencia de la enorme repercusión económica y social que causó la mencionada Sentencia, el Pleno del Tribunal Supremo se vio obligado a convocarse para decidir sobre la citada materia y, de cuyo debate, se revocó el nuevo criterio que señala la Sentencia de 16 de octubre y, se señaló que, el sujeto pasivo del IAJD era el prestatario, manteniéndose así el criterio que se había mantenido. La “marcha atrás” que produjo esta rectificación en la sociedad fue bastante trascendental porque se pudo ver en el fondo de la sentencia, un carácter económico y político relevante, llegando a cuestionarse los consumidores del porqué de la decisión tomada.

El legislador español con el fin de fijar los criterios que deben aplicarse en diversas cuestiones hipotecarias para desvirtuar la autonomía de las partes y evitar que a entidad prestamista se coloque en una situación de superioridad, en la LCI en su artículo 14.1.e) establece que, en lo relativo a los gastos hipotecarios:

“i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.

ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

iii Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable⁵⁴”.

Por lo tanto, el prestatario tendrá la obligación de satisfacer el gasto de tasación del inmueble, mientras que, el prestamista deberá hacerse cargo de los gastos de gestoría, de inscripción en el registro de la propiedad, el pago del IAJD, así como los aranceles notariales de constitución del préstamo⁵⁵. Y, en consecuencia, cuando una cláusula no

⁵⁴ Por lo tanto, se aplica el artículo 29 de la Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, LITPAJD) que establece que el sujeto pasivo es el prestamista.

⁵⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Los gastos de la hipoteca tras la Ley de Crédito Inmobiliario”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, ISSN 1885-009X, N.º. 84, 2019, págs. 46-49.

respete lo señalado en lo anteriormente expuesto y, se obligue al consumidor al pago de alguno de los anteriores gastos que no deben ser satisfechos por él, se podrá considerar abusiva.

Al igual que en los casos anteriormente explicados, las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula es la nulidad del artículo 83 del TRLGDCU, lo que implica la inaplicación de la misma. Por consiguiente, supone que cuando el consumidor haya tenido que satisfacer gastos que por su naturaleza no deban ser a cargo del usuario, sino de la entidad, esta deberá restituir al prestatario la cantidad que hubiese pagado por los gastos de constitución de la hipoteca que no le correspondía⁵⁶.

CAPÍTULO 2.- EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La existencia de una cláusula en el contrato de préstamo hipotecario que se considere abusiva puede hacerse valer por los clientes ante los tribunales⁵⁷. Pero debido a que la mayoría de los contratos eran predispuestos entre el empresario y los consumidores, múltiples usuarios vieron afectados sus derechos e intereses por la misma actuación financiera y, como consecuencia, también se podrá ejercitar acciones colectivas contra las entidades⁵⁸.

La efectividad de este derecho puede llevarse a cabo mediante un procedimiento declarativo que persiga la anulación de la cláusula que se considere contraria a derecho, así como la restitución, cuando proceda, de las cantidades indebidamente abonadas a la entidad. No obstante, la apreciación de una cláusula abusiva también puede hacerse valer en la oposición de ejecución de un procedimiento hipotecario o en un proceso monitorio; en ambos supuestos, si se estima la concurrencia, el juez podrá decidir sobre la continuidad del procedimiento sin la aplicación de la cláusula abusiva o la improcedencia de la pretensión⁵⁹.

⁵⁶ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 138.

FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 504.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...* ob.cit., pág. 56.

⁵⁷ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 661.

⁵⁸ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 665.

⁵⁹ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 662.

Nosotros nos centraremos en la acción declarativa de las cláusulas abusiva, debiendo distinguir las siguientes acciones, en función de los sujetos intervinientes:

II. ACCIÓN COLECTIVA

2.1 LA ACCIÓN DE CESACIÓN

El TRLGDCU se encarga de regular la acción que podrá ejercitarse por parte de los sujetos que persigan la tutela de derechos colectivos, que es la denominada “acción de cesación” que se prevé en los artículos 53 y siguientes de la precitada norma, teniendo como finalidad obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar las condiciones generales que se reputan nulas y de abstenerse a utilizarlas en el futuro⁶⁰.

Se podrá acumular cualquier acción declarativa del carácter abusivo de una cláusula predispuesta en el contrato, o la solicitud de restitución de las cantidades que se hubiese cobrado por su utilización, así como la indemnización de daños y perjuicios que hubiera causado la aplicación de una cláusula abusiva⁶¹.

2.2 LEGITIMACIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN

El TRLGDCU en su artículo 54 establece los siguientes sujetos legitimados para ejercitar la acción de cesación:

“a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales. Claves prácticas*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2017, pág. 175.

Veáse para un mejor estudio del procedimiento de oposición a la ejecución hipotecaria, así como la oposición al proceso monitorio: FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 504-655.

⁶⁰ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 669.

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 634.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 57-58.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...*ob.cit., pág. 183-184.

⁶¹ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 669-672.

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 635.

b) *Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.*

c) *El Ministerio Fiscal.*

d) *Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas»⁶².*

En lo que respecta al plazo para ejercitar la acción de cesación se prevé en el artículo 56 del TRLGDCU, señalando que será imprescriptible⁶³.

III. ACCIÓN INDIVIDUAL

3.1 ACCIÓN DE NULIDAD

Los consumidores afectados por una cláusula cuyo contenido haya sido predispuesto, cuando contravenga la buena fe, se cause un desequilibrio entre las obligaciones de las partes, haya sido redactada sin respetar los criterios de transparencia, podrán ejercitar la acción declarativa de nulidad a efectos de decretar la nulidad de una cláusula y su no incorporación al contrato⁶⁴.

El TRLGDCU no se ha encargado de regular la posibilidad de incoar una acción individual, este vacío ha sido subsanado por la jurisprudencia, que ha concedido al consumidor este derecho, utilizando como base el artículo 1032 del Código Civil⁶⁵.

⁶² PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 637.

⁶³ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 639.

ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 58-60.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...*ob.cit., pág. 186.

⁶⁴ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 657.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...*ob.cit., pág. 187.

⁶⁵ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 57.

3.2 LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE NULIDAD

La legitimación para controlar el carácter abusivo de una cláusula insertada en un contrato entre una entidad financiera y un consumidor se establece adecuándose al interés que pretende la TRLGDCU, proteger al consumidor⁶⁶.

Por consiguiente, la legitimación no es absoluta para cualquiera que tenga un interés procesal, sino que está limitada al consumidor.

3.3 LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El TRLGDCU no establece plazo para ejercitar la acción declarativa, por ello debemos remitirnos a lo establecido por la jurisprudencia en esta cuestión. En este sentido, la STS del 19 de noviembre de 2015 reconoce el ejercicio de la acción de nulidad como imprescriptible⁶⁷. Además, debemos destacar que el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción atentaría a la efectividad de la protección que es objeto de la Directiva 13/1993, puesto que la entidad para privar a los consumidores de dicha protección podría ejercitar el cumplimiento de las cláusulas cuando expire el plazo de prescripción para ejercitar la acción de nulidad⁶⁸.

Por lo tanto, no se fija límite temporal para ejercitar la acción de nulidad de una cláusula abusiva.

3.4 RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL

Como consecuencia del aumento de demandas solicitando la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, que habían sido incorporadas en contratos de adhesión entre consumidores y entidades de crédito, sin respetar los requisitos de transparencia, y colocándose el prestamista en una posición de superioridad con respecto al prestatario, surge la necesidad de encontrar otra vía que descargue de trabajo a los Tribunales de Justicia. Por consiguiente, se encuentra aplicación en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, que es desarrollada por la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente

⁶⁶ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 658.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2015, número de resolución 654/2015, número de recurso 1329/2015.

⁶⁸ PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 660-661.

y el defensor del cliente de las entidades financieras, que establece la obligación para las entidades de crédito de atender y resolver las quejas y reclamaciones que sus clientes voluntariamente puedan presentar, relacionadas con la declaración de abusiva de alguna cláusula contractual y, por ende, de nulidad⁶⁹.

La reclamación se puede presentar, personalmente o mediante representación, en soporte papel o por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, por todas las personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, que sean usuario de entidades de crédito, siempre que las quejas y reclamaciones versen sobre intereses y derechos legalmente reconocidos⁷⁰, creándose departamentos especializados o servicios de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes⁷¹.

El expediente debe finalizar en el plazo máximo de 2 meses, a partir de la fecha en que la queja o reclamación fue presentada⁷², que deberá estar siempre motiva y contendrá unas conclusiones claras sobre la solicitud planteada⁷³. La iniciación de una reclamación previa ante la entidad no supone la obligación de aceptar la propuesta de resolución que ofrece la misma, siendo posible la iniciación de un procedimiento judicial⁷⁴.

No obstante, ante la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y la previsibilidad de un incremento de demandas de consumidores afectados por las cláusulas suelo, solicitando la restitución de las cantidades pagadas, se aprueba el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que regula un procedimiento extrajudicial, de carácter voluntario, para la reclamación y

⁶⁹ GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...* ob.cit., pág. 157.

⁷⁰ Artículo 2.2 de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

⁷¹ Artículo 56 de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

⁷² Artículo 9.1.b) de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

⁷³ Artículo 15.2 de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

⁷⁴ En la Sentencia de la Audiencia de Badajoz de 27 de octubre de 2016, EDJ 196606 se ha considerado que procede imponer costas procesales a la entidad cuando se ha reclamado previamente para declarar la abusividad de alguna cláusula sin obtener respuesta favorable, viéndose obligado el consumidor a presentar demanda en defensa de sus derechos, llegándose así a apreciar mala fe del prestamista.

quejas en materia de cláusula suelo⁷⁵. Una vez presentada la reclamación, la entidad debe emitir un cálculo desglosado de la cantidad a devolver al consumidor, siendo el plazo máximo para negociar de tres meses desde la presentación de la reclamación⁷⁶ o, si no considera la devolución procedente, comunicará las razones en que motiva su decisión, finalizando así el procedimiento extrajudicial⁷⁷.

Con la reclamación prevista en materia de cláusula suelo, debemos reiterar lo anteriormente expuesto para el procedimiento general de declaración de cualquier cláusula abusiva, la solicitud de reclamación no supone la obligación de aceptar la cantidad a devolver, sino que, si no está conforme, podrá iniciar un procedimiento judicial, con la única salvedad de que tendrá que esperar tres meses desde la presentación de la queja, para entender que, el procedimiento ha finalizado sin acuerdo⁷⁸.

El legislador, con la reciente LCI, ha señalado que las quejas y reclamaciones que versen sobre el presunto incumplimiento del contenido de esta ley, deberán ser resueltas por la entidad de resolución de litigios de consumo en el sector financiero⁷⁹ a la que hace referencia la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. No obstante, la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2017, remite al procedimiento que se prevé en el artículo 30 de la Ley 44/2002, hasta que no se apruebe un sistema institucional de protección del cliente financiero. Por consiguiente, *“los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones atenderán las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas,*

⁷⁵ GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...ob.cit.*, pág. 151-153.

⁷⁶ Artículo 3.4 del Real Decreto 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

⁷⁷ GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...ob.cit.*, pág. 153-154.

⁷⁸ El Artículo 4 del RDL 1/2017 señala que, cuando el consumidor rechace el cálculo de la cantidad a devolver e interpone una demanda en la que obtiene una sentencia más favorable que la oferta de la entidad, se le impondrán las costas a ésta.

⁷⁹ Disposición Adicional Primera de la LCI.

de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros”.

Los expedientes iniciados ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones, deberán ser resuelto en el plazo máximo de 4 meses a través de un informe motivado y que deberá contener conclusiones claras, haciendo constar si ha existido incumplimiento de las normas de transparencia y protección y si la entidad se ha ajustado a las buenas prácticas y usos financieros, que no tendrá carácter vinculante, lo que implica que ambas partes se podrán oponer a la propuesta de resolución e iniciar el procedimiento judicial⁸⁰.

3.5 RECLAMACIÓN JUDICIAL

3.5.1 CONTROL DE OFICIO

En España no se permitía el control de oficio de las cláusulas abusivas por parte de los Jueces o Tribunales. No obstante, el TJUE en 2000⁸¹ establece la facultad del juez nacional a proceder de oficio al examen de las cláusulas de un contrato que revistan el carácter abusivo. Sin embargo, no es hasta el año 2006 cuando TJUE⁸² declara el deber del juez nacional de controlar de oficio las cláusulas abusivas. En consecuencia, con la Ley 1/2013 se modifica el art. 552 de la LEC que establece que, el órgano jurisdiccional podrá apreciar de oficio el carácter abusivo contenido en el título ejecutivo en el despacho de la ejecución hipotecaria⁸³.

Actualmente, es indiscutible el reconocimiento de la potestad de controlar de oficio las cláusulas abusivas por parte del juez, que radica en la evolución normativa y jurisprudencial que ha sufrido la normativa hipotecaria en España, en muchas ocasiones por la insistencia de proteger al consumidor por parte de la Unión Europea.

⁸⁰ GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...ob.cit.*, pág. 171.

⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, en los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2006, en el asunto C-168/05.

⁸³ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica...ob.cit.*, pág. 219-232.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...ob.cit.*, pág. 197.

3.5.2 CONTROL A INSTANCIA DE PARTE

Cuando los usuarios consideren que en su contrato de préstamo hipotecario se disponga de alguna cláusula que no haya respetado los requisitos de información precontractual del contenido de la cláusula o se haya redactado con tecnicismos para evitar la comprensión del usuario, se podrá acudir a los Tribunales de Justicia para que se declare la posición de supremacía que ha tenido que permitir para poder adquirir un bien de primera necesidad como es la vivienda⁸⁴.

El consumidor, en el uso de su derecho a la tutela judicial efectiva podrá interponer demanda solicitando la nulidad de las cláusulas que considere abusivas, que deberá sustanciarse por los trámites previsto en el juicio ordinario⁸⁵ o verbal⁸⁶, según la cuantía⁸⁷. Debiendo destacar que, en este procedimiento, la carga de la prueba recae sobre el empresario que afirme que la cláusula ha sido negociada individualmente⁸⁸.

La sentencia que recaiga, en el caso de ser estimatoria, tendrá el siguiente pronunciamiento: decretará la nulidad de las cláusulas afectadas y se tendrán por no puesta conforme el artículo 83 del TRLGDCU, con las consecuencias de la nulidad de la cláusula de que se trate, como examinamos anteriormente cuando analizamos las principales cláusulas abusiva con mayor transcendencia práctica, pero por ejemplo, si se decreta la nulidad de una cláusula suelo, deberá proceder a la restitución de las cantidades satisfechas por el prestatario en dicho concepto⁸⁹.

CAPÍTULO 3.- MEDIDAS PARA EVITAR LA INCOPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

La LCI establece una serie de medidas como la transparencia del contenido del contrato de préstamo hipotecario, la evaluación real de solvencia económica del

⁸⁴ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas...*ob.cit., pág. 352.

⁸⁵ Artículo 249.2 de la LEC.

⁸⁶ Artículo 250.2 de la LEC.

⁸⁷ GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...*ob.cit., pág. 190.

⁸⁸ Artículo 82.2 del TRLGDCU.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...*ob.cit., pág. 195-196.

⁸⁹ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario...* ob.cit., pág. 678.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas...*ob.cit., pág. 197-200.

prestatario, el aumento de las funciones del notario, entre otras soluciones que ha dado el legislador español para evitar que vuelva a suceder en nuestro país la gran crisis económica y financiera que se produjo y del que todavía somos consecuente de ello, debido al gran colapso que sufrieron nuestros tribunales. Es por ello que, es necesario delimitar los presupuestos desde la fase precontractual a efectos de que, el consumidor no se vea perjudicado por una entidad colocada en posición de superioridad, sino que el usuario se encuentre protegido porque es consciente y conoce de los derechos que le asisten en materia hipotecaria y del contenido de la futura escritura de constitución de préstamo hipotecario que pretende realizar.

Por consiguiente, vamos a analizar alguna de las medidas que se ha previsto la nueva regulación:

I. LA OFERTA VINCULANTE Y EL DEBER DE TRANSPARENCIA DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

El artículo 10 de la LCI con la finalidad de establecer un periodo reflexivo del consumidor, evitar que los consumidores continúen firmando contratos de préstamos hipotecarios sin ostentar la suficiente información sobre su contenido, asesoría y, la posibilidad de que los futuros prestatarios puedan compararlas con ofertas similares, se establece la obligación de entregar al prestatario la información personalizada de las condiciones del préstamo que ofrece la entidad como el tipo de interés aplicable a la oferta, la posibilidad de reembolso anticipado, el número de cuotas, la cantidad mensual de la cuota de amortización, entre otras cuestiones que se prevé en el Anexo I de la LCI, que se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). No obstante, ha añadido el artículo 14.1 a) un carácter vinculante a dicha información, de manera que, los datos contenido en la denominada ficha serán los que deberán aplicarse para el supuesto en que, el prestatario decida formalizar el contrato de préstamo hipotecario con la entidad, durante el plazo mínimo de diez días⁹⁰.

⁹⁰ La oferta vinculante ya había sido regulada en España con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la que se establecía el plazo de, al menos, catorce días.

VÁZQUEZ-PASTOR JÍMENEZ, L., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...ob.cit.*, pág. 70-79.

No obstante, la FEIN no sólo se prevé en la LCI como la oferta vinculante, sino que se regula entre la documentación que debe entregarse al prestatario o potenciador prestatario, junto con:

- a) *Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.*
- b) *En caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.*
- c) *Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.*
- d) *Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario.*

Con la documentación que ha de ofrecerse al consumidor, se pretende que el prestatario conozca los aspectos esenciales de la operación antes de prestar su conocimiento, pudiendo valorar sobre la conveniencia de celebrar el contrato, e incluso, la posibilidad de comparar las distintas ofertas de crédito hipotecario, y acabar aceptando la oferta que mejor se adapte a sus circunstancias, que más beneficio le produzca, pero sobre todo, evitar el carácter sorpresivo de la subida de la cuota de amortización. Esta obligación se considera importante por el legislador, hasta el punto de que, le atribuye al notario la función de comprobar que se han respetado los requisitos de transparencia,

como veremos con posterioridad, y lo considera como una sanción grave por parte del prestamista cuando haya incumplido la remisión de los documentos⁹¹.

La finalidad que se persigue con la entrega de documentación es que el consumidor sea consciente y acuerde, por voluntad propia, firmar un contrato de préstamo hipotecario. Muchos autores como SÁNCHEZ LERÍA, R.⁹² señalan que: *“la cantidad de información suministrada puede producir precisamente el efecto contrario del que se pretende, de forma que el prestatario se vea desbordado por la excesiva documentación”*. No obstante, no podemos compartir esta opinión porque al consumidor se le debe entregar toda la documentación relativa al préstamo hipotecario que le ayude a conocer correctamente el contenido del mismo, no pudiendo considerarla como excesiva porque la adquisición de una vivienda con la constitución de un préstamo hipotecario es trascendental en la vida de una familia de clase media española, lo que supone que se debe conocer perfectamente el contenido del contrato y sus posibles ejecuciones en la práctica, al estar hablando de un negocio jurídico que, en muchas ocasiones, se fija como plazo para devolver el capital concedido en 30 años.

II. LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO

Como ya se ha indicado, la crisis provocó que muchos consumidores dejaran de pagar sus cuotas de amortización porque no podían hacerse cargo de las mismas, pero en muchas ocasiones fue debido a que el empresario no comprobó que el prestatario tuviera capacidad económica real para satisfacer el pago de las cuotas y, por ende, se produjeron las demandas ejecutorias y los desahucios en masa.

Con la LCI se ha procurado corregir los errores que se cometieron durante años a efectos de proteger al consumidor⁹³. Por ello, el artículo 11 y 12 de la LCI establece la obligación por parte de las entidades de préstamo de evaluar la solvencia del potencial prestatario antes de celebrar un contrato, consultando el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, dirigiéndose a alguna de las entidades privadas de información crediticia, y requiriendo al prestatario

⁹¹ Artículo 46.2.b de la LCI.

⁹² SÁNCHEZ LERÍA, L., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...ob.cit.*, pág. 98.

⁹³ La obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario estaba regulada en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en su artículo 29.

“de manera clara y directa en la fase precontractual la información necesaria y las pruebas” para facilitar esta cuestión. La solvencia del futuro consumidor se evalúa teniendo en cuenta los *“factores pertinentes para evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de préstamo, entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos”*, así como se valorará la previsibilidad de ingresos a percibir tras la jubilación. No obstante, no se establece un procedimiento unánime que deban cumplir todas las entidades financieras, sino que serán los propios prestamistas, internamente, los que fijen el procedimiento para evaluar la solvencia del consumidor⁹⁴.

Además, con la regulación de la obligación de solvencia, se establece también la obligación de que el prestamista deniegue la solicitud del préstamo cuando el resultado de la solvencia sea negativo⁹⁵, pues como ha manifestado BERROCAL LANZAROT, A.⁹⁶: *“no tiene mucho sentido imponer la obligación de evaluar la solvencia, si aun así se va a posibilitar la concesión de un crédito siendo aquella negativa”*. Y se señala que, en ese contexto, deberá comunicarse por escrito y sin demora al potenciador prestatario, los razones por las que se ha producido dicha denegación, y, establece la obligación de que, cuando la desaprobación se produzca por los datos obtenidos en una base de datos deberá remitir una copia, concretando el nombre de la misma, así como su derecho a solicitar a acceder y solicitar una rectificación de los datos contenidos en la precitada base de datos cuando consideren que no corresponde con la realidad patrimonial y económica del consumidor⁹⁷.

Con la nueva regulación no sólo se pretende corregir la concesión irresponsable de préstamos, sino que compartimos la opinión de ÁLVAREZ OLLALA, M. debiendo entender que: *“El objetivo fundamental de la evaluación de la solvencia es determinar si el prestatario tiene capacidad para devolver el préstamo a partir de sus fuentes de renta*

⁹⁴ BERROCAL LANZAROT, I., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...ob.cit.*, pág. 209.

⁹⁵ Artículo 11.5 de la LCI.

⁹⁶ BERROCAL LANZAROT, I., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...ob.cit.*, pág. 213.

⁹⁷ Artículo 11.6 de la LCI.

habituales y no en función del valor de la garantía o de la existencia de seguros de amortización, que deben considerarse medios excepcionales de cobro”⁹⁸.

Por consiguiente, es necesario dotarle de un carácter significativo a la solvencia del potencial prestatario con la que la entidad se sienta obligada a cumplir la citada obligación⁹⁹, pero que además se realice de forma correcta y, en consecuencia, se establece que cuando se haya realizado una incorrecta valoración de la solvencia, el prestamista no podrá resolver, rescindir o modificar el contrato, salvo que “*se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información*”¹⁰⁰.

Además, el legislador jugando en ventaja con respecto a la entidad y siendo consciente de las posibles artimañas que pueda utilizar, cierra todo debate que se pueda abrir sobre la posibilidad de repercutir el coste de la evaluación de la solvencia, estableciendo que no podrá repercutirse al prestatario dicho gasto.

III. LA FUNCIÓN ESPECIAL DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El artículo 51 de la Constitución establece la exigencia de que los poderes públicos están vinculados a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. Esta exigencia no se limita al control judicial, sino que, se refiere a que todos los poderes públicos deben participar en evitar la incorporación en los contratos de cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores¹⁰¹.

Por consiguiente, lo más lógico sería atribuir al notario, al ser un pilar fundamental en la constitución de préstamo hipotecario, funciones relativas al control de las cláusulas

⁹⁸ ÁLVAREZ OLALLA, M., “La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2018 parte *Legislación. Comentarios*, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

⁹⁹ Muchos autores como CUENA CASAS, M., “La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N.º. 84, 2019, págs. 50-55, critican que, a pesar de quererle dotar de importancia a efectuar la obligación de solvencia, la LCI solo contemplan sanciones administrativas y no contractuales como si se prevén en otros países, como por ejemplo en Francia que se establece la pérdida de los intereses remuneratorios. En consecuencia, afirman que con ello se sigue permitiendo la concesión de préstamos irresponsables.

¹⁰⁰ Artículo 11.4 de la LCI.

¹⁰¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C., *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 99-100.

abusivas, asesoramiento, y al riesgo que las mismas podrían implicar, como a los registradores, funciones de control de legalidad previo, que en caso de incumplimiento denieguen la inscripción en el Registro de la Propiedad.

No obstante, pese a ello, el artículo 84 del TRLGDCU atribuye a los Registradores y Notarios la función de no autorizar ni inscribir aquellos contratos o negocios jurídicos en lo que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC)¹⁰².

3.1 EL PREVENTIVO CONTROL NOTARIAL EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como hemos expuesto, conforme el artículo 84 del TRLDCU, los notarios podían denegar la autorización de los contratos que pretendan incluir cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC.

Sin embargo, con la Ley 2/2009, se atribuye mayores funciones al notario, pudiendo no sólo denegar la autorización de los contratos cuando incluya cláusulas declaradas nulas en sentencias inscrita en el RCGC, sino denegar la autorización del préstamo o garantía hipotecaria cuando no cumplan con los requisitos de la legalidad vigente¹⁰³.

Además, con la LCI se atribuye la función de formalizar un acta notarial previa a la formalización del contrato que verifique los siguientes presupuestos:

- a) Que se haya cumplido con el plazo de, al menos, 10 días sobre los documentos que deben ser puestos a disposición por parte de la entidad.
- b) Que el notario haya asesorado al consumidor sobre el contenido y alcance del mismo, constando en el acta las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.
- c) Que el notario asesore sobre las cláusulas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas

¹⁰² En este sentido, confirma la interpretación la Resolución de 24 de julio de 2008 de la DGRN.

¹⁰³ Artículo 15.5 de la LCI.

(FiAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica, haciéndolo constar en el acta.

- d) Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

Como expone la propia exposición de motivo y, como ha comentado CAVALLÉ CRUZ, A.¹⁰⁴, con el control¹⁰⁵ que realiza el notario se pretende dar seguridad jurídica a los créditos inmobiliarios, al poder ver el prestatario sus derechos garantizados mediante la comprobación del cumplimiento por parte de este fedatario público u, otorgándole, como ya hemos comentado, la posibilidad de que en caso de que no se cumpla por parte de la entidad los deberes señalando en la precita ley, pueda denegar su autorización¹⁰⁶.

3.2 EL PREVENTIVO CONTROL REGISTRAL EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Con la atribución del artículo 84 del TRLDCU de escasas funciones sobre el control preventivo de los registradores y, como consecuencia de la jurisprudencia del TS y del TJUE, la Resolución de 11 de enero de 2011 de la DGRN -en la línea ya manifestada por la RDGRN de 1 de octubre de 2010 y 4 de noviembre de 2010 - declara que: *“el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto”*.

¹⁰⁴ CAVALLÉ CRUZ, A., “La actuación notarial en la ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *La Notaria*, Nº3, 2018, págs. 7-21.

SÁNCHEZ-PARODI, I., *Los contratos de Crédito Inmobiliario, algunas soluciones legales...*ob.cit., pág. 113-114.

¹⁰⁵ LÓPEZ VOZMEDIANO, M., “Incidencias de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en la práctica de los juzgados especializados”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Nº. 84, 2019, págs. 14-17: “Aunque se califica en la Exposición de motivos y en el precepto como un complemento o comprobación, parece un auténtico control, en cuanto determina que sin la superación de esta fase la operación no podrá llevarse a efecto”.

¹⁰⁶ Artículo 115.5 de la LCI.

Se establece así, la posibilidad de que el registrador pueda rechazar la inscripción de una cláusula cuando su nulidad haya sido declarada judicialmente, pero también cuando se pretenda incorporar al Registro una cláusula abusiva, cuyo carácter pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias que concurren¹⁰⁷.

Por ello, la LCI modifica en su Disposición Adicional Primera, el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) previendo los cambios normativos, jurisprudenciales y doctrinales en el papel del registrador en materia de control de cláusulas abusivas.

¹⁰⁷ SÁNCHEZ-PARODI, I., *Los contratos de Crédito Inmobiliario...ob.cit.*, pág. 115-118.

CONCLUSIONES

1. En primer lugar, debemos destacar la importancia que ha tenido la nueva regulación en materia de cláusulas hipotecarias, la cual ha sido consecuencia de los cambios jurisprudenciales y normativos.

2. En segundo lugar, debemos apuntar las conclusiones extraídas con la nueva normativa con respecto a las distintas cláusulas que mayores problemas han suscitado en la práctica. En lo relativo a las cláusulas de interés de demora y vencimiento anticipado: en ambos supuestos, el legislador ha establecido un criterio claro y fijo para considerar conforme a derecho las cláusulas que prevean estos supuestos, prohibiéndose la posibilidad de pacto en contrario al establecerse el carácter imperativo de la norma.

Sin embargo, no podemos olvidarnos que, con la regulación anterior se permitía que se estableciesen condiciones más beneficiosas, pero nunca más perjudiciales. Por consiguiente, aun siendo conscientes de las buenas intenciones del legislador para neutralizar la voluntad del consumidor y la entidad, debemos considerar que se debería haber permitido un pacto entre las partes más beneficioso que el señalado por el imperativo legal.

Además, en el vencimiento anticipado se establece un periodo de un mes para requerir al consumidor para cumplir con las cuotas vencidas e impagadas. No obstante, debemos considerar que el legislador no ha tenido en cuenta el importe que el consumidor tendría que abonar, y que muy difícilmente una familia española de clase media pueda cumplir. Lo que nos conlleva a considerar que con la nueva regulación se debería haber previsto un plazo superior para que el prestatario pudiese atender al requerimiento.

3. Con la regulación de las cláusulas suelo, el legislador ha copiado la jurisprudencia en este ámbito, prohibiendo cualquier pacto que establezca un tipo de interés legal mínimo, siendo bastante acertado porque sigue la misma línea que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha resuelto tantas incertidumbres de la sociedad española.

4. En lo que respecta a las cláusulas de gastos, la LCI ha sido bastante importante porque recoge por primera vez la jurisprudencia en este ámbito con una pequeña novedad, señalando que, el prestamista tendrá que hacerse cargo del pago del IAJD a pesar de que la jurisprudencia en este ámbito había señalado que le corresponde al cliente, considerándose una novedad que beneficia a los consumidores y pudiendo considerarse que es consecuencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2018 sobre este ámbito, que hemos comentado con anterioridad, y que han provocado bastante interés mediático.

5. Con la LCI se han previsto medidas que debemos considerar bastante acertadas para evitar que se siga utilizando el uso de cláusulas abusivas, algunas de ellas pueden considerarse como una novedad, mientras que en otros supuestos son un refuerzo a la anterior normativa, pero todas ellas tienen en común la finalidad que se prevé en la normativa europea de que, en el momento de la firma el prestatario conozca el contenido y alcance de las cláusulas que componen su contrato, poniendo a disposición todas las herramientas posibles para obtener dicha finalidad con el deber de transparencia del contenido del contrato, la oferta vinculante, la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, el control preventivo del registrador y del notario, entre otras medidas que se han adoptado con la nueva regulación.

No obstante, debemos considerar que con la LCI se podía haber concedido un mayor plazo a la oferta vinculante, pero no ha sido así, sino que se ha recortado con respecto al que se preveía de catorce días en la Orden Ministerial de 2011. Además, la legislación no ha establecido el procedimiento a seguir para evaluar la solvencia del futuro prestatario, sino que ha permitido que cada empresario establezca el que considere oportuno y, tampoco ha regulado sanciones contractuales para los supuestos en los que se haya incumplido la obligación de evaluar la solvencia como sí que se prevé en otros países. Ello nos incita a pensar que, seguirán otorgándose préstamos irresponsables en la práctica al no haberse evaluado correctamente la capacidad económica del prestatario, pero eso no supondrá ningún perjuicio para el prestatario porque la única consecuencia que podrá tener por su actuación será una simple sanción dineraria.

6. Finalmente, debemos comentar el aumento de control que se ha concedido a los notarios y registradores, que consideramos un gran acierto al dar la posibilidad al prestatario de tener a su disposición una persona externa al negocio jurídico como es el notario, que le podrá asesorar y además, en el caso que considere que alguna de las cláusulas es abusiva o que no se ha respetado las obligaciones de la precitada ley, podrá denegar su autorización. Facultad muy similar que se concede al registrador de denegar la inscripción cuando considere que se pretende inscribir una cláusula abusiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Ed. Wolters Kluwer S.A, Barcelona, 2017.
- ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Vivienda y Crisis económica*, Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor, Pamplona, 2014.
- ÁLVAREZ OLALLA, M., “La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2018 parte Legislación. Comentarios*, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. “Los gastos de la hipoteca tras la Ley de Crédito Inmobiliario”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, ISSN 1885-009X, N^o. 84, 2019, págs. 46-49.
- CAMPOS ECHEVERRÍA, J. L., *La burbuja inmobiliaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C., *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CAVALLÉ CRUZ, A., “La actuación notarial en la ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *La Notaria*, N^o3, 2018, págs. 7-21.
- CUENA CASAS, M., “La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N^o. 84, 2019, págs. 50-55.
- FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, Ed. Wolters Kluwer España, S.A, Madrid, 2017.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales. Claves prácticas*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- LÓPEZ VOZMEDIANO, M., “Incidencias de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en la práctica de los juzgados especializados”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N^o. 84, 2019, págs. 14-17.
- MALUQUER DE MOTES, J., *La economía española en perspectiva histórica*, Ed. Pasado y Presente, Barcelona, 2014.

- MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la Contratación y Cláusulas abusivas*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2017.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2004.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2017 parte Legislación. Doctrina, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.
- SÁNCHEZ LERÍA, R. y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., *Los contratos de Crédito Inmobiliario, algunas soluciones legales*, Ed. Reus, Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M., *Presente y futuro del Mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015.
- SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Los gastos de la hipoteca tras la Ley de Crédito Inmobiliario”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, ISSN 1885-009X, Nº. 84, 2019, págs. 46-49.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2006, en el asunto C-168/05.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, en los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, número de resolución 44/2019, número de recurso 2982/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018, número de resolución 671/2018, número de recurso 2825/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2018, número de resolución 1505/2018, número de recurso 5350/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, número de resolución 705/2015, número de recurso 2658/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2015, número de resolución 654/2015, número de recurso 1329/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, número de Recurso 2351/2012, número de resolución 265/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, número de resolución 241/2013, número de recurso 485/2012.
- Sentencia de la Audiencia de Badajoz de 27 de octubre de 2016, EDJ 196606.