



Grado en Derecho.

Curso 2015/2016.

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS SUELO.**

Unfair Terms of Mortgage Loans.
Special reference to the Clauses Floor

Virginia Santaella Pérez.

42418052A.

Tutor: Prof. Dr. Antonio Aznar Domingo.

Área de Derecho Civil.

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS SUELO.

Resumen.

El presente trabajo trata de analizar las cláusulas abusivas más frecuentes, concretamente en los préstamos hipotecarios. Asimismo, se exponen las consecuencias que ha tenido la inclusión de las mismas en los préstamos hipotecarios. Principalmente una gran crisis financiera de la que han sido responsables las entidades bancarias. Sin embargo, también se revela que la falta de normativa que proteja al consumidor así como su desconocimiento en una materia tan compleja ha contribuido en mucho en ello.

Entre las soluciones a lo anterior, se ha hecho alusión principalmente al incremento de normativa en la materia. También, se ha demostrado que ampliar las facultades de los Notarios y Registradores en el control de las cláusulas abusivas evitaría las graves consecuencias que ha tenido la inclusión de las mismas en los citados préstamos que influyen en un derecho fundamental como es la vivienda.

Además, por su actualidad se ha hecho referencia a las cláusulas suelo, debido al gran debate que hay en torno a las mismas por la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la materia y la tan esperada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se dictará a finales del presente año.

Palabras clave: cláusulas abusivas; préstamos hipotecarios; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Notario; consumidor.

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS SUELO.

Abstract.

This paper analyzes the most frequent, particularly in mortgage lending unfair terms. Also, the consequences has been the inclusion of the same in mortgage lending are exposed. Mainly a financial crisis that they have been responsible banks. However, it also reveals that the lack of regulation to protect consumers and their ignorance on such a complex matter has contributed much about it.

Among the solutions to the above, reference has been made mainly to increased legislation on the matter. Also, has been shown to expand the powers of notaries and registrars in the control of unfair terms avoid the serious consequences that has had the inclusion of the same in those loans that affect a fundamental right as it is housing.

Furthermore, its present has been referred to the clauses floor, due to the great debate that is around them by the Supreme Court ruling on the matter and awaited Judgment of the Court of Justice of the European Union to be issued at the end of this year.

Keywords: unfair terms; mortgage loans; Court of Justice of the European Union; Notary; consumer.

ÍNDICE

1.	Introducción	5
2.	Desarrollo	7
2.1.	Origen y normativa	7
2.2.	Marco teórico y cláusulas abusivas frecuentes	15
2.3.	Especial referencia a las cláusulas suelo	21
2.4.	La importancia del papel del Notario	27
2.5.	La postura del TJUE	31
2.6.	Estado actual con la reforma legislativa.	34
3.	Conclusiones.	39
4.	Bibliografía	42

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como fin hacer un estudio pormenorizado de las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, cómo ha incidido en la crisis financiera actual, la falta de transparencia y la irresponsabilidad en la concesión de préstamos hipotecarios. Asimismo, y por su actualidad, se hará especial referencia a las cláusulas suelo, como una cláusula muy dañina para los contratantes de los referidos préstamos.

Se trata de analizar un régimen de concesión de préstamos que ha incidido mucho en la crisis financiera, las consecuencias que ello ha derivado, así como los avances y retrocesos que ha habido para la protección del solicitante de un préstamo hipotecario. Además, se expondrán las medidas que se han tomado, es decir, la regulación en la protección al consumidor frente a los préstamos hipotecarios y sus cláusulas.

Para llegar ello, no habrá que olvidar la posición de Europa y en concreto de España ante la actitud de las entidades financieras que ha tenido devastadoras consecuencias. Para esto se estudiará y se hará referencia a las medidas y pronunciamientos que se han tomado por los organismos públicos.

Antes de ahondar en las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, es necesario tener un concepto claro y conciso de lo que son las Condiciones Generales de Contratación, ya que, para entender el concepto de cláusula abusiva hay que tener en cuenta que estas son una subespecie dentro de otra categoría más amplia que es la de las Condiciones Generales de Contratación. Pues bien, según la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) y tal y como se expresa en el art. 1.1 de la citada ley, son aquellas cláusulas predispuestas, es decir, colocadas previamente por el empresario, en este caso la entidad de crédito, sin la participación de los consumidores y ante las cuales el consumidor puede o aceptarlas o no, pero en bloque, sin negociarlas. Estas aparecen en casi la totalidad de los contratos, siendo por su parte las condiciones particulares aquellas relativas al precio, descripción del producto, etc. con la finalidad de ser incorporadas en una pluralidad de contratos.

Por tanto, se desprende el riesgo que provoca que sea una de las partes las que imponga las condiciones generales sin posibilidad de negociación, ya que, recordemos

un contrato se basa en el consenso de las partes contratantes. Es por ello que las condiciones generales tienen que tener un fuerte control para que no perjudiquen al consumidor. Para ello se establece por la LCGC en su artículo 7 que las condiciones que no hayan sido firmadas por el consumidor no quedaran incorporadas al contrato y por su parte, serán nulas aquellas que la contravengan en perjuicio del consumidor.

Lo anterior denota que en las condiciones generales de contratación, las cláusulas abusivas son una categoría rechazable, sancionable y perseguible de oficio. Su definición legal se encuentra en el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 cuyo tenor literal expone: *‘1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato’.*(...) 3. *El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas’.*

A su vez, y en cuanto al derecho interno el artículo 82.1 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, en adelante TRLGDCU) dispone: *‘se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de os derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato’.*

Tras esta breve exposición sobre los contenidos básicos para abordar el presente trabajo, a continuación se tratará de desarrollar de forma específica todo lo relativo a las cláusulas abusivas y como han incidido en los préstamos hipotecarios.

2. DESARROLLO.

2.1. Origen y normativa.

En primer lugar, es necesario hacer un análisis del origen de las cláusulas abusivas así como su trayectoria normativa tanto a nivel de la Unión Europea como y sobre todo en nuestro Derecho interno.

El hecho de que hoy encontremos en la mayoría de los préstamos hipotecarios cláusulas abusivas tiene su origen en las deficiencias en el funcionamiento del mercado de crédito pues durante años, este mercado creció de forma artificial: se unió el gran poder crediticio de los bancos con la imprudencia de los consumidores. Esto produjo que las entidades financieras concedieran créditos de forma abusiva e irresponsable, ya que, los contratos de préstamo se generaban en masa, así, la necesidad de la población de financiación mayormente para sus futuras viviendas, hace que al producirse viviendas en masa, se contrate también en masa, sin tiempo para negociar, encontrándonos con muchas viviendas que vender y muchas personas dispuestas a comprar.

Además, los clientes cuyo conocimiento sobre el asunto era casi nulo, firmaban contratos sin entenderlos, sin estudiar las consecuencias de los mismos, así como su capacidad económica confiando en las entidades bancarias lo que llevó a un sobreendeudamiento de las familias que no solo afectaría a la economía de las mismas sino a la economía global de toda España por el endeudamiento y la consecuente reducción del gasto que produciría el aumento de la tasa de desempleo entre otros, ya que la preocupación de la población se hizo notar en el mercado.

Ante este panorama, la gran demanda de la población y la consecuente gran oferta de créditos de los bancos se pone en auge la comercialización de créditos hipotecarios en un escenario con falta de transparencia y de responsabilidad en toda la formación del contrato con pocas explicaciones y escasa calidad del asesoramiento a los ciudadanos cuyos conocimientos en la materia eran deficientes, lo cual les llevó a firmar sin leer, conocer ni entender. Así, los bancos aprovecharon la situación para utilizar contratos oscuros, llenos de cláusulas abusivas con clientes que no entendían el alcance de las

mismas ni las obligaciones asumidas. Como consecuencia, se generó un gran riesgo para los consumidores que se tradujo en una crisis financiera.

Esta situación de sobreendeudamiento provoca que pocos años después cuando estalla la crisis financiera se produzca la ejecución de las hipotecas lo que implicó desahucios en masa.

Tras ello, hoy nos encontramos con un panorama en el que los clientes no confían en las entidades financieras por la falta de transparencia, lo que provoca que tengamos un mercado de crédito ineficiente que no cambiará si las entidades no se involucran en la explicación, asesoramiento y estudio de la capacidad financiera.

No obstante, cabe decir que antes de la crisis ya se contaba con normativa para proteger a los consumidores en el ámbito del Derecho bancario, concretamente en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. Por su parte, también el Ministerio de Economía y Hacienda dictó la Orden, de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, desarrollada posteriormente por el Banco de España que dictó la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Además, la normativa se intensificó pocos años más tarde por las necesidades de determinados contratantes de préstamos hipotecarios con la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Esta Orden tenía un contenido más completo, en el que se incluían numerosas obligaciones a las entidades financieras con los clientes para que las condiciones fueran negociadas con los mismos. Entre otros, merece destacar los deberes que imponía al Notario para que comprobase, explicase y advirtiera del coste de la operación de crédito.

Por último, hay que tener en cuenta que quien contrate un préstamo hipotecario con garantía sobre su vivienda puede ser calificado como consumidor a los efectos de la aplicación de los mecanismos de protección al consumidor, contenidos en el TRLGDCU¹.

¹ 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 su artículo 3 dispone que se entiende por consumidor y usuario: *‘A efectos de esta norma y sin perjuicio de*

En cualquier caso y a pesar de la normativa existente destinada a la protección de los clientes y las obligaciones de transparencia de las entidades financieras, no se evitó el desastre final que fue la detonación de la crisis.

Esto hace que se produzca toda una reforma normativa para la protección de la clientela bancaria. Con la globalización se intensifica tanto la regulación de Europa como la de España, con una revisión de los iniciales esquemas de intervención pública en el mercado, que es mayor debido a la necesidad de protección de los destinatarios de los préstamos hipotecarios: consumidores y usuarios.

Así, ya iniciada la crisis, se continúa avanzando e intensificando la intervención del Gobierno que aprueba normativa con el fin de proteger a los deudores hipotecarios tomándose diferentes medidas:

Se publica la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicio de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que extendió parte de los mecanismos de protección de clientes bancarios a los consumidores que contratasen un préstamo o contrato hipotecario con una persona física o jurídica que no tuviera la condición de entidad de crédito.

Asimismo, con la crisis se ponen de manifiesto otras insuficiencias que intentan ir a la raíz del problema protegiendo la fase precontractual, ya que no basta solo con la información precontractual que hasta ahora se venía ofreciendo, porque muchas veces no es leída o entendida por el futuro contratante que carece de conocimientos suficientes.

Por tanto, nos encontramos con que desde el principio se ve mermada la posición del cliente afectando gravemente a su situación financiera.

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'.

Por este motivo, que se publica la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago. Sin embargo, la reforma fundamental vino con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que obliga a un esfuerzo de los deberes precontractuales de información e introduce el principio de información responsable del crédito. Con ella, se obliga a las entidades a esforzarse en la evaluación de la solvencia de los clientes, así como las explicaciones adecuadas para que el cliente pueda decidir por sí mismo el ajuste del crédito a sus posibilidades y las consecuencias de su contratación haciendo especial hincapié en la transparencia de las condiciones.

La citada Ley viene a ser desarrollada por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios². Con esta orden se consigue ilustrar sobre las normas de transparencia, actualizar y mejorar el contenido de la Ley y desarrollar el principio de concesión responsable³.

Sin embargo, en cuanto al **ámbito subjetivo** de la aplicación de las nuevas normas, las reglas contenidas en las Órdenes EHA 1718/2011 así como las Circulares del Banco de España que las desarrollan, se aplican a servicios bancarios dirigidos a determinados clientes en territorio español o por entidades de crédito españolas o entidad de crédito extranjera en España pues quedan sometidas al control del Banco de España aun cuando su supervisión corresponda a las autoridades del país miembro de origen. Lo dispuesto solo será de aplicación a los establecimientos financieros que tengan la condición de entidades de crédito⁴.

²Como desarrollo a la Ley de Economía Sostenible se promulga la citada Orden EHA 2899/2011 que dedica el capítulo segundo del título III a las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios.

³A ello se refiere la citada Orden EHA 2899/2011 en su artículo 18, que se refiere al préstamo responsable en relación a la evaluación de solvencia teniendo en consideración la situación de empleo, ingresos, patrimonial, y financiera.

⁴Según la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario en su artículo 2: ‘Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen: a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito; b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros; c) las cooperativas de crédito; d) los establecimientos financieros de crédito’.

Por otra parte, las normas contenidas en la Orden EHA/ 2899/ 2011, solo se aplican a personas físicas que sean o puedan ser clientes de la entidad. En la medida en que la persona física actúe en el ámbito de su actividad empresarial o profesional las partes podrán acordar la renuncia mediante pacto a la aplicación de la citada Orden cuando actúe en este ámbito, salvo que el crédito recaiga sobre una vivienda en cuyo caso de forma imperativa la protección de la fase precontractual se regirá por la Orden EHA/2899/2011. Asimismo, y en cuanto a las comunidades de bienes, se les extiende la protección por cuanto los clientes son la colectividad de personas físicas que la constituyen, es por ello que la Circular del Banco de España 5/2012 las incluye en su ámbito de aplicación.

Pues bien, hay que tener en cuenta que tanto la normativa bancaria como la contenida en la Ley 1/2013⁵ otorgan protección al consumidor, considerando consumidor a cualquier persona física y ampliando su protección en contraposición a lo que se hace en el ámbito de la UE. Nuestro Derecho interno la amplía incluyendo no solo a la persona física en general, sino también algunos supuestos en los que la persona física actúa en el ámbito de su actividad empresarial. Además, la Ley 2/2009⁶ protege a las personas jurídicas que actúan al margen de una actividad empresarial o profesional.

En cuanto al **ámbito objetivo**, las normas de transparencia precontractual contenidas en la Orden EHA/2899/2011 se aplicarán, tal y como dispone su artículo 19, a cualquier contrato de crédito hipotecario en que la garantía recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. En este sentido, el concepto de préstamo debe interpretarse en un sentido amplio, refiriéndose a cualquier figura jurídica que comporte la concesión de financiación por la entidad de crédito, por tanto, quedan comprendidos tanto los créditos con garantía hipotecaria para adquirir una vivienda por un empresario

⁵Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Esta ley es la que más innovaciones ha traído en la lucha contra las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios.

⁶Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

individual para financiar su actividad, así como los obtenidos por personas físicas para adquirir una vivienda. Es destacable, además, que la nueva normativa no exige que el inmueble se destine a vivienda habitual para otorgarle plena protección. Por ello, se puede determinar que la Orden pretende proteger al consumidor, sea quien sea y cual sea el destino de la vivienda, pues abarca todos los préstamos, entendiéndose que independientemente del tipo que sea el consumidor se va a encontrar en una situación de asimetría informativa con la entidad de crédito.

Como ya se expuso con anterioridad, el problema hay que atacarlo de raíz, para que desde un principio la información sea clara, transparente. Por consiguiente, no tendrá efecto la información suministrada por la entidad de crédito si estos no son capaces de conocer su significado. Sin embargo, y aunque esta información sea suficiente, en algunas ocasiones los clientes por su falta de conocimientos en la materia pueden no entenderla. Es por ello, que una vez más hay intervención de la Unión Europea y de España que ha puesto a disposición de la población instrumentos de educación financiera. Son iniciativas para mejorar la cultura financiera y consecuentemente la capacidad de comprensión, en particular los préstamos hipotecarios, dada su importancia, pues la mayor parte de la población recurre a los mismos en algún momento de su vida. Consecuentemente, la Orden EHA/2899/2011 impuso al Banco de España la obligación de elaborar una Guía del préstamo hipotecario para afrontar el proceso de contratación de la mejor manera conociendo las características de los préstamos, los productos, los deberes y responsabilidades, así como las consecuencias de los mismos y las diferentes iniciativas para desarrollar el conocimiento de la materia financiera por la sociedad⁷.

Esta intervención viene cuando, tras el desastre, nos dimos cuenta de la capacidad de los Bancos para redactar las condiciones generales que imponen a los prestatarios de los contratos de préstamo hipotecario, a sabiendas de los privilegios que hasta ahora les ha brindado el sistema hipotecario español. Ante ello, el Tribunal de Justicia de la

⁷La puesta en marcha de estas iniciativas tienen su origen en el Plan de Educación Financiera 2008-2012 en el que ha intervenido mucho el Banco de España, poniendo en marcha portales educativos como '*Finanzas para todos*'.

Asimismo, en junio de 2013, se puso en marcha un nuevo *Plan de Educación Financiera para el período 2013-2017* teniendo como ideal principal incorporar esta educación en el currículo escolar.

Unión Europea (en adelante, TJUE), ha establecido límites forzando a los legisladores nacionales a modificar cuantas leyes sean necesarias para adaptarlas a la normativa comunitaria pues hasta ahora venían gozando de cierta libertad que no ha acabado en buen fin.

Asimismo, con todo lo que ha derivado la crisis financiera, la Unión Europea ha llevado a cabo un análisis en mesas redondas, a raíz de la doctrina establecida por el TJUE. Entre otros, se ha expuesto que a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de magistrados españoles, especialmente por José María Fernández Seijo, que han permitido revelar deficiencias del procedimiento de ejecución hipotecaria en el ordenamiento jurídico español, obligándose entonces así al legislador a dar respuesta a los mismos.

Estos son esencialmente procesales, tal y como refleja la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz), debido a que ha habido mucha preocupación por la protección de determinados bienes jurídicos. En este caso, sería la protección del crédito a favor de las entidades financieras en detrimento de la protección del consumidor que ha quedado en un segundo plano. Por ello, y tras el análisis normativo anteriormente expuesto se llega a la conclusión de que la protección al consumidor debe aumentar y no disminuir, debiendo tener más garantías lo cual puede conseguirse con una mejor regulación de las leyes procesales entre otras medidas. Por su parte, el juez debe protegerle de oficio, siendo imparcial e impulsando la práctica de la prueba sobre cláusulas abusivas.

Centrándonos estrictamente en lo que atañe a los préstamos hipotecarios, hay que resaltar que tras ponerse de manifiesto las deficiencias del procedimiento de ejecución hipotecaria, ha habido cambios dirigidos a adaptarlo a la nueva situación. Para ello se lleva a cabo una reforma legislativa esencial: la operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, cuyas novedades son:

- En la escritura de constitución de hipoteca tiene que aparecer si es o no vivienda habitual.
- En caso de constituirse sobre vivienda habitual los intereses de demora no pueden ser tres veces superiores al interés legal del dinero, lo cual se expresa en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria.

- En caso de que sea también sobre vivienda habitual el plazo de amortización del préstamo no puede ser superior a treinta años si la hipoteca está sometida a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario.

- El importe de la hipoteca no puede ser superior al 60% del valor tasación del bien hipotecado salvo para construcción, rehabilitación, etc., en cuyo caso podrá llegar al 80%.

- En caso de que se incorporen cláusulas suelo o techo deberá haber una declaración manuscrita del prestamista de que se ha entendido el contenido de las mismas y conoce sus riesgos.

- En cuanto al vencimiento anticipado, este solo se puede producir a partir del impago de tres mensualidades.

Asimismo, para reflejar la importancia de la Ley 1/2013 es necesario exponer la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero:

- Según el art. 552.1º, se introduce la posibilidad de que el juez aprecie de oficio la existencia de cláusulas abusivas, como ya se mencionó con anterioridad, al inicio del procedimiento de ejecución.

- A su vez, en el art. 695.1.4º se admite entre las causas de oposición a la ejecución el carácter abusivo de una cláusula o varias siempre que sean la base de la ejecución. Sin embargo, solo impedirán la ejecución hipotecaria si las citadas cláusulas son el fundamento de la ejecución y son declaradas nulas por abusivas.

- Permite además el art. 695.4 que contra el auto que desestime la oposición por lo anterior se pueda interponer recurso de apelación, accediendo por tanto a la segunda instancia.

- En relación con las costas, el art. 575.1 bis fija como límite máximo para las costas exigibles al deudor ejecutado el 5% de la cuantía reclamada en la demanda ejecutiva.

- Según el art. 647.1, se rebaja el porcentaje que el postor debe depositar como requisito para pujar. Pasa del 20 al 5 % para evitar que la subasta se declare desierta.

Con la reforma de las leyes anteriores nuestro Ordenamiento viene a ajustarse al Derecho Comunitario, después de no pocas denuncias al respecto y en las que ahondaremos a lo largo del presente trabajo.

En relación con los préstamos hipotecarios y las cláusulas abusivas, que es lo que ha tenido consecuencias más devastadoras, la desesperada situación social, la alarma a través de los medios de comunicación, las sentencias del TJUE y la sentencia del TS acerca de las cláusulas suelo, que veremos con posterioridad, hicieron que se cuestionara aún más el procedimiento de ejecución hipotecaria español llegando al punto de que la sociedad se movilizara en busca de soluciones por la masividad de los desahucios. Ello produjo que tras la iniciativa legislativa se cuestionara la materia y se promulgara la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y se modificara la LEC en los puntos ya reseñados.

2.2 Marco teórico y cláusulas abusivas frecuentes.

Una vez determinada la trayectoria y la regulación esencial en la contratación de préstamos hipotecarios, es necesario exponer que se entiende por cláusulas abusivas, siempre de acuerdo con la legislación vigente. Además, se enumerarán aquellas que se han determinado por diferentes sectores como abusivas, teniendo en consideración cuales son las más frecuentes.

Tras la breve exposición introductoria inicial sobre lo que se entiende por cláusula abusiva al amparo de la Unión Europea y del Derecho interno, a continuación se abordará un análisis según el TJUE, que a su vez se basa en los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE citada anteriormente. Pues bien, sobre ello nos dice que en un contrato una cláusula se considerará abusiva cuando se den tres condiciones:

1. Que una de las partes sea un empresario o profesional de un lado y de otro un consumidor.
2. Que no se negocie individualmente, es decir, que la cláusula haya sido prerredactada por el empresario o profesional e impuesta al consumidor sin que haya mediado negociación alguna.

3. Que vulnere el principio de la buena fe, es decir, en contravención del art. 7.1 Código Civil⁸, en este caso la entidad debe contratar con lealtad y honestidad sin pretender engaño causando un importante desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes en detrimento del consumidor.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el TJUE se encarga de aclarar que no es él, sino el juez nacional que conozca del asunto en concreto, a quien incumbe pronunciarse sobre la abusividad de una cláusula, teniendo en cuenta los criterios ya expuestos, en función de las circunstancias propias del caso concreto. Por tanto, el Tribunal de Justicia se limita a dar al órgano jurisdiccional nacional indicaciones que éste debe tener en cuenta con el fin de apreciar el carácter abusivo de la cláusula que se trate (entre otras, STJUE de 26 de abril de 2012, caso NFH).

Pues bien, se pone de manifiesto que en los contratos suscritos con las entidades bancarias se puede encontrar una gran cantidad de cláusulas abusivas que aparecen redactadas de una manera difícil de interpretar y entender, incluso en ocasiones por expertos financieros. A ello se une el tamaño de la letra, que es ínfimo, así como la extensión de la misma que hace que entrañe mucha dificultad, la cual se ve incrementada por los contratantes de préstamos hipotecarios que no conocen la materia financiera. Por ello, se hace necesario poner en marcha fuertes mecanismos de control, ya que las entidades financieras se han venido aprovechando de la situación para redactar las cláusulas de tal manera que produzcan desorientación, y que la confianza depositada por los consumidores en las propias entidades les lleve a firmar sin ser conocedoras del contenido.

En la mayoría de contratos de préstamos hipotecarios, las entidades han pretendido y pretenden situar al consumidor en una situación de desequilibrio, siendo poco transparentes y aprovechando la situación para incluir cláusulas abusivas, en

⁸Artículo 7 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: *'1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso'*.

algunas ocasiones de forma evidente y en otras enmascaradas de tal manera que a priori hagan creer que son condiciones justas.

Las vulneraciones son numerosas: falta de información, de transparencia, de equilibrio entre los contratantes. Ante estos problemas es necesaria una regulación completa y contundente, dirigida a paliar estas nefastas consecuencias y que dirijan al mercado de crédito a un funcionamiento óptimo. Para ello, además de trabajar mucho en la regulación como se expuso en el apartado normativo, también se deben ofrecer vías efectivas de reclamación, impulsando cambios que lleven a una verdadera protección del consumidor de préstamos hipotecarios.

En cuantos a los **tipos de cláusulas abusivas**, son muy numerosas, ahondaremos en las más frecuentes, ya que, se van descubriendo conforme se van dictando resoluciones judiciales que declaran su abusividad y por consiguiente su nulidad radical. Esto se deriva, como ya se ha apuntado, de que en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria son predispuestas fundamentalmente por las entidades que conceden la financiación incluyendo una serie de cláusulas como las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado por impago de cuotas o la que fija intereses moratorios.

Cláusulas abusivas más frecuentes en la contratación bancaria sobre las que se han pronunciado los tribunales españoles:

1-Intereses de demora: se han declarado como abusivos por diversas sentencias los intereses de demora elevados, tanto en préstamos personales como en préstamos hipotecarios. Así, y centrándonos en los que nos atañen en relación a los préstamos hipotecarios, destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2014 que declara abusivos préstamos hipotecarios del 18,75%. El carácter abusivo se ha determinado porque el interés de demora tiene que tener carácter indemnizatorio superior al interés ordinario pactado en el contrato pero siempre debe guardar correlación y proporcionalidad.

Por esta razón, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios sanciona con nulidad radical el establecimiento de una cláusula que establezca un interés de demora desproporcionadamente alto, ya que en ningún caso esos intereses tan altos se corresponderían con los daños efectivamente causados.

Para determinar el limbo de cuando se considera abusivo, la doctrina de las Audiencias Provinciales que viene consolidándose ha considerado que es abusivo un interés de demora 2'5 veces superior al interés legal del dinero vigente en cada momento.

Por su parte, el Tribunal Supremo, ha fijado como doctrina jurisprudencial que tiene el carácter de abusivo los intereses de demora estipulados en préstamos hipotecarios formalizados por entidades de crédito con consumidores en el caso de préstamos no negociados con el consumidor que fijen un interés de demora superior a dos puntos al interés remuneratorio pactado en el contrato. Así se ha establecido en la sentencia de 3 de junio de 2016.

2 -Cláusula de imposición de gastos al prestatario: se considera abusiva por el TS en su sentencia núm. 705 dictada el 23 de diciembre de 2015, aquellas cláusulas contractuales que incluyan en una escritura de préstamos hipotecarios la imposición al prestatario del pago de determinados gastos que por ley corresponderían al prestamista. Estos son el pago de los impuestos de Actos Jurídicos Documentados, el pago de las costas procesales derivadas de cualquier procedimiento de reclamación judicial de la deuda y los honorarios del abogado y procurador de los que se haya servido la entidad para reclamar la deuda. Por el contrario, y según el art. 8 de la Ley del Mercado Hipotecario, no se considera abusiva la previsión contractual de que el prestatario contrate un seguro de daños sobre la finca hipotecada.

3 -Comisión por reclamación de posiciones deudoras: este tipo de cláusulas obligan al consumidor al pago de una comisión bancaria por impago de cualquiera de las cuotas de amortización del préstamo en la fecha prevista. Sin embargo, no hay prueba de que respondan a un coste real a cargo de la entidad de crédito dicho impago y tampoco responde al coste de reclamación judicial de la deuda que se contempla en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹. Es por ello que por considerarse una

⁹Artículo 394 LEC: Condena en las costas de la primera instancia: *'1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

condición general de contratación no negociada con el prestatario, sentencias como la del Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de San Sebastián, de 2 de febrero de 2015, lo han confirmado.

4 -Prohibición de transmitir la finca hipoteca: siguiendo la línea establecida por el TS, se considera abusiva la cláusula que prohíbe de alguna manera la posibilidad de transmitir la finca hipotecada sin que la entidad de su consentimiento, ya que según el propio Tribunal hay que distinguir que lo que sí requiere consentimiento del acreedor es la transmisión de la deuda garantizada pero no la transmisión de la finca misma.

5 - Cláusula suelo: estas son las cláusulas que se fijan en un préstamo hipotecario incluyendo un interés variable: se fija un interés mínimo aplicable al contrato aunque los intereses ordinarios que se han acordado con la entidad financiera bajen. Ello ha sido abordado por el TS en su célebre sentencia de 8 de mayo de 2013, reiterándose en la de 8 de septiembre de 2014, considerando que esas cláusulas son abusivas y en consecuencia nulas cuando la entidad de crédito no cumpla con el deber de transparencia a la hora de establecerlas, es decir, el consumidor tiene que haber entendido de forma real lo que comportan. Sin embargo, y debido a la actualidad de esta cláusula se ahondará en ella más adelante.

6 -Cláusula de vencimiento anticipado: estas cláusulas permiten a la entidad declarar vencido el préstamo antes del plazo pactado y reclamar por tanto de forma anticipada el importe de todo lo adeudado cuando se den las circunstancias que la entidad determine, como es el impago de alguna cuota. Pero el TJUE vino a pronunciarse sobre ello en la sentencia de 14 de marzo de 2013 considerando que el

3. Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas.

Cuando el condenado en costas sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, éste únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en defensa de la parte contraria en los casos expresamente señalados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

4. En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte'.

juez nacional a la hora de declarar el carácter abusivo de dichas cláusulas tendrá que tener en consideración: si el incumplimiento del deudor es una obligación esencial del contrato, que sea grave según la cuantía y duración del préstamo, la facultad de la entidad para declarar anticipado el contrato y si la legislación nacional dota al consumidor de poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

Tras ello, el TS en sentencias como la de 16 de diciembre de 2009 ha admitido la cláusula de vencimiento anticipado como válida siempre que concurra justa causa, es decir, por el incumplimiento del deudor de alguna de sus obligaciones esenciales pero no en cuanto sean irrelevantes. Por tanto, se pueden considerar abusivas las cláusulas que permiten el embargo de la finca hipotecada y/o incumplimiento de prestaciones accesorias. En cuanto al vencimiento anticipado por falta de pago de alguna de las cuotas, ha admitido que es necesario el impago de al menos tres cuotas o un número de cuotas equivalente a tres mensualidades.

7 -Cláusula de compensación de saldos: en este caso, se trataría de una cláusula que contempla la posibilidad de que la entidad aplique el saldo existente en una cuenta del deudor en la entidad al pago de cualquier crédito a su favor aunque esta cuenta tenga varios titulares. Sin embargo, el TS en la sentencia de 16 de diciembre de 2009 considera que serán válidas en cuanto haya habido una adecuada información al prestatario, que haya sido redactada de forma transparente y comprensible.

8 -Cláusula de redondeo al alza: estas cláusulas están presentes en préstamos hipotecarios con interés variable y determina que el tipo de interés pactado y aplicable al consumidor se redondeará siempre al alza dando como resultado puntos enteros. Sin embargo, el TS en la sentencia de 4 de noviembre de 2010 la ha declarado abusiva por cuanto causa un importante desequilibrio en las posiciones de prestamista y prestatario a favor del primero derivando un importante perjuicio al consumidor.

9 -Pacto de liquidez: según esta cláusula, la entidad acreedora puede determinar de forma unilateral, sin contar con el deudor, el importe de la cantidad adeudada una vez producido el impago del préstamo a efectos de su reclamación judicial. En principio, el TS considera que no es abusiva por cuanto es un requisito procesal de la ejecución determinar la deuda, lo cual no impide que el deudor impugne la cantidad expresada por la entidad.

10 -Renuncia a la notificación en caso de cesión del préstamo: es una cláusula por la cual el consumidor renuncia a ser notificado en el supuesto de cesión del contrato de préstamo a otra entidad por fusiones, etc. Sin embargo, el TS declara que es una cláusula abusiva, ya que la ley impone la notificación de la cesión del crédito sin haber consentimiento anticipado para una cesión futura.

En el análisis anteriormente expuesto, se ha hecho una exposición de las cláusulas que actualmente son más frecuentes. Sin embargo, no hay una lista cerrada, y como ya se dijo, después de que el TJUE pautara las reglas básicas para determinar cuando estamos ante una cláusula abusiva, le corresponde a los tribunales en sus sentencias apreciar según el caso concreto la abusividad y nulidad de las mismas.

Aun con ello, algunas cláusulas son abusivas de antemano porque se dan circunstancias como hacer depender el contrato de la sola voluntad del empresario, limitar derechos básicos de los consumidores reconocidos legalmente, falta de reciprocidad, imponer garantías desproporcionadas o que modifican la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, ya que recordemos recae sobre el empresario. Por tanto, atendiendo a las circunstancias particulares del caso se irá declarando la abusividad o no de una cláusula partiendo de la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor.

2.3. Especial referencia a las cláusulas suelo.

En el presente trabajo, se quiere hacer una especial referencia a la explicación de la cláusula suelo por su especial actualidad e importancia en los préstamos hipotecarios.

Pues bien, en primer lugar, y partiendo del concepto expresado anteriormente sobre qué se entiende por cláusula suelo se pasará a exponer la posición del TS sobre la referida cláusula así como la posición de las entidades bancarias y el futuro próximo de la cuestión que depende del pronunciamiento que disponga el TJUE.

El debate jurídico, sobre todo en un primer momento giraba en torno a si la cláusula suelo era abusiva o no, es decir, si provocaba un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato teniendo en cuenta todas las circunstancias del mismo. Existen varios pronunciamientos jurisprudenciales sobre la

cuestión de los cuales algunos afirman su validez¹⁰, pero son mayoritarios los que sostienen su nulidad¹¹.

A su vez, se ha determinado el carácter abusivo de las cláusulas suelo por el desequilibrio que provoca la no existencia de una cláusula techo correspondiente a la cláusula suelo. Así se ha evidenciado por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (AC 2010/1550) para argumentar como abusiva la cláusula suelo. Por su parte el TS no lo menciona en la sentencia que abordaremos a continuación como uno de los presupuestos para apreciar la abusividad. Sin embargo, cabe entender que hay un desequilibrio importante en las partes cuando hay cláusula suelo y no cláusula techo, aunque a su vez, la presencia de esta última no tiene porqué provocar por sí misma el equilibrio.

El primer gran pronunciamiento sobre ello, fue del TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, que ha mediatizado toda la discusión pues en ella, el referido tribunal afirma la nulidad de las cláusulas suelo en cuanto concurren en ellas la falta de transparencia pero se rechaza la retroactividad en las devoluciones, les da efectos '*ex nunc*'. Por tanto, el TS, a pesar de declarar la nulidad por falta de transparencia de las referidas cláusulas, afirma que solo se producirá con efectos de 9 de mayo de 2013, es decir, a partir de su pronunciamiento, lo que obliga a analizar también este aspecto del problema.

La STS ha optado por entender que las cláusulas suelo incumple los requisitos de transparencia cuando no está correctamente redactada, o cuando es incomprensible, en definitiva, cuando no permite conocer su significación y su alcance. La exigibilidad de transparencia se desprende de lo previsto en el art. 5.5 de la LCGC.¹²

Asimismo, se ha optado en la sentencia por determinar las circunstancias que determinan el carácter no transparente de las cláusulas y son:

¹⁰Sentencias que afirman su validez:

SAP Burgos de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012,67852).

SJ Mercantil núm. 12 Madrid de 3 de febrero de 2012 (AC 2012,1249).

¹¹ Sentencias que afirman su nulidad:

SAP Cáceres de 24 de abril de 2012 (JUR 2012, 154622).

SAP Zaragoza de 8 de mayo de 2012 (AC 2012, 1007).

SAP Alicante 13 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 2311).

¹² El art. 5.5 de la LCGC expone que 'La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez'.

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

Por este motivo, se formuló aclaración para puntualizar si la falta de transparencia debía entenderse cuando concurrieran todos los puntos anteriormente citados, a lo que el TS respondió en el Auto núm. 12 de 3 de junio de 2013 alegando que:

‘No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula’. Por tanto, a la luz de lo anterior se entiende que la lista de causas que hacen que una cláusula y en concreto la cláusula suelo no sea transparente no es *numerus clausus* ni tienen porqué concurrir todas. Habrá que estudiar cada caso por separado para poder hacer una determinación sobre la posible nulidad de la cláusula.

El Alto Tribunal quiso resaltar la importancia de la información a la que tienen derecho los consumidores y su protección, ya que en este caso, debían haber sido informados de que cuando el tipo de interés baja hasta un nivel, el préstamo pasa a tener un interés fijo que solo variará al alza. Ello se produce como norma general por las variaciones del Euribor¹³ que es el principal índice de referencia de la mayoría de

¹³Euribor: (acrónimo de *Euro Interbank Offered Rate*), es el tipo europeo de oferta interbancaria). Es un índice de referencia publicado diariamente que indica el tipo de interés promedio al que las entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario del euro (es decir, a otros bancos). Se

hipotecas con un tipo de interés variable. Consecuentemente, tras la caída del Euribor en 2009 y 2010 los hipotecados se deberían haber visto favorecidos por ello, sin embargo, la citada cláusula lo impedía siendo completamente desconocedores de ello los consumidores.

No se trata ya de que los consumidores no entendieran lo que significaba la cláusula en sí (que también), si no que algunas entidades financieras actuaron con mala fe pues probablemente podían prever que los efectos recogidos en las cláusulas teniendo en cuenta las circunstancias y el momento económico producirían el resultado esperado a favor de los bancos y en detrimento de los consumidores que se encontraban en una situación de asimetría informativa que confirmaría la falta de transparencia.

Con este pronunciamiento, se hace hincapié en que estas cláusulas con tanta trascendencia en un contrato tan complejo como es el de préstamo hipotecario, no puede pasar inadvertido para el consumidor las consecuencias que las variaciones económicas

calcula usando los datos de los 24 principales bancos que operan en Europa, y su valor anual es muy utilizado como referencia para los préstamos bancarios. Se trata, por tanto, de un tipo de interés de mercado y no de un tipo de interés que fije el Banco Central Europeo.

A pesar de no ser el único indicador, sí es el que se usa en la mayoría de casos, como en España, que acogió el Euribor sustituyendo al Mibor (índice más usado anteriormente) a raíz del traspaso de competencias del Banco de España al Banco Central Europeo con la entrada del euro en nuestro país.

Evolución del Euribor.

El valor del Euribor a 12 meses sufrió un importante descenso a lo largo del año 2002, tomando valores bajos durante los tres años siguientes (en comparación con años anteriores).

En el último trimestre de 2005, su valor comenzó una escalada constante que a lo largo de 2006 le devolvió a valores similares a los tomados antes de dicha bajada. En junio de 2008 tuvo una de las subidas más espectaculares al subir tres décimas desde el valor del día anterior y alcanzar el valor de 5.417%.

El máximo alcanzado en el Euribor a un año durante el 2008 fue el día 2 de octubre que consiguió llegar hasta el 5,526%.

A continuación, el Euribor comenzó a bajar progresivamente como consecuencia de un aumento del crédito y un descenso de los tipos de interés del Banco Central Europeo.

Durante el año 2015 marcó valores mínimos: 0,298% en el mes de enero, 0,180 % en abril y 0,105% en noviembre. En el 2016 ya se empezó a alcanzar los valores negativos: A final de junio ha sido -0,021 %

En las estadísticas que el BANCO DE ESPAÑA publica en su página web (www.bde.es), en el apartado “Estadísticas tipos de interés y tipos de cambio”, sobre los detalles del EURIBOR se remite a la página: http://www.euribor.org/html/content/euribor_data.html

puede tener para el mismo. Es por ello que el TS obliga a determinadas entidades a eliminarlas al menos en la forma en la que las venían incluyendo hasta ahora.

Tras esta sentencia el referido Tribunal, a pesar de que el fondo de lo que expone resulta muy favorable para los consumidores, saltan las alarmas y ello es debido a la irretroactividad, ya que, los expertos se preguntan por qué si algo es nulo no lo es hasta sus últimas consecuencias, es decir, si las cláusulas son nulas no hay razón para que solo lo sean a partir del pronunciamiento del TS. Sin embargo, la resolución fue hecha en el marco de una acción colectiva de cesación donde no se ejercitó una acción de condena a la restitución sino la nulidad y eliminación de las cláusulas con la prohibición de su uso futuro.

La base para argumentar el hecho de que el TS en su sentencia de 2013 limitara la devolución de las cantidades solo a partir de ese momento fue la mala situación en la que se encontraba el sector financiero en ese momento, considerando que en caso de tener que devolver todas las cantidades pagadas por los consumidores se podría en cuestión la economía nacional y el recién rescate del sector. Sin embargo, de la mala praxis de los bancos hasta entonces no pueden ser responsables los consumidores, que no deben si no ver reforzados sus derechos ante tal panorama.

Así, muchas Audiencias Provinciales se decantaron por la opción de la irretroactividad total (AA.PP de Jaén (SS 27 marzo y 4 de abril 2014), Málaga, Sección 6ª (S. 12 de marzo de 2014), Barcelona, Sección 15 (S. 16 de diciembre de 2013) y un largo etcétera. Para ello, estas AA.PP se basan en el artículo 1303 del Código Civil¹⁴ así como en la primacía del derecho europeo y del TJUE, considerando que lo resuelto el 9 de mayo de 2013 en relación con la devolución de las cantidades no se aplica cuando se ejercita una acción individual de condena, ya que, en estos casos, la nulidad de las cláusulas debe producir efectos *'ex tunc'* suponiendo la devolución íntegra de las

¹⁴ Artículo 1303: *'Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes'*.

Asimismo, y en relación con el anterior,

Artículo 1304: *'Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera'*.

cantidades al amparo del art. 1300 del Código Civil¹⁵ por razones de Seguridad Jurídica y protección de la economía nacional además de los derechos de los consumidores.

Por tanto, es importante resaltar la postura de la Comisión Europea al respecto, pues la misma en el informe de 13 de julio de 2015 se muestra contraria a la STS español en la que se consideran nulas las cláusulas suelo, en concreto, se muestra en desacuerdo en relación con la irretroactividad, considerando que los bancos tienen la obligación de devolver a los usuarios todas las cantidades cobradas de más por esta cláusula abusiva.

Asimismo, el propio TJUE se ha pronunciado sobre las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios en contratos celebrados con consumidores, incluyendo en esta categoría a los profesionales que contraten fuera de su actividad habitual.

Tras aducir la Comisión Europea su punto de vista al respecto, remite el informe al TJUE solicitándole que estudie la situación para que la banca reintegre la totalidad de cantidades percibidas indebidamente como consecuencia de estas cláusulas suelo que sean declaradas nulas en cualquier Juzgado o Tribunal, rebatiendo así la sentencia del Tribunal Supremo.

Debe tenerse en consideración que el informe de esta Comisión no es vinculante pero es muy significativo que considere la retroactividad total y no se adhiera a lo expresado en la sentencia del Alto Tribunal español. Además, añade que según los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE: *'no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidores en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia'*.

Hecha la exposición anterior, cabe mencionar el punto en el que nos encontramos hoy.

Actualmente, el futuro próximo de la cuestión de las cláusulas suelo y su posible retroactividad está en manos del TJUE. Este celebró una sesión el 26 de abril de 2016,

¹⁵ Artículo 1300: *'Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley'*.

la vista oral para debatir si aplicar la retroactividad total de las cláusulas suelo al momento de la firma de los préstamos hipotecarios en las cláusulas declaradas nulas o por el contrario, ratificar la doctrina del TS español ofreciendo la devolución a partir de 2013.

Han intervenido los Abogados de los afectados y de las entidades financieras implicadas en estos asuntos (Cajamar, Banco Popular y BBVA) exponiendo sus argumentos que han girado en torno a las consecuencias económicas de la retroactividad total de las referidas cláusulas. Por su parte, la defensa de los afectados ha determinado que solo supondría ventajas para la seguridad jurídica, sin suponer un riesgo para la economía española pues facilitaría el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con los préstamos hipotecarios por los clientes. A su vez, la devolución se haría de forma paulatina según las sentencias de los juzgados vayan declarando la nulidad de las referidas cláusulas por abusivas. Asimismo, Abogados como Emilio Irlés y Teresa Torres han determinado que *‘inyectar en multitud de hogares 5000, 6000 o 7000 euros conllevaría a incentivar el consumo, la posibilidad de ahorro y el cumplimiento correcto de las obligaciones de esos ciudadanos con las propias entidades financieras.’*

Por su parte, la Abogacía del Estado ha defendido la STS que declaró nulas las cláusulas suelo en contratos hipotecarios limitando su devolución a las cantidades en el tiempo considerando que *‘es un importante hito a favor de la máxima protección del consumidor’*, y recalando que la referida sentencia *‘eleva el nivel de protección estableciendo una exigencia superior a la prevista en la normativa sectorial vigente’*.

En cualquier caso, vemos que en la vista de abril se han manifestado las diferentes opiniones y posturas por los expertos y ahora queda en manos del TJUE el futuro de las tan debatidas cláusulas suelo.

Hasta entonces, el TS ha suspendido tramitar todos los recursos sobre las cláusulas suelo que tiene pendientes. No podemos olvidar las consecuencias que esto supondría para los bancos ascendiendo el coste de la devolución a unos 7.600 millones de euros según el Banco de España para los bancos afectados.

El siguiente paso de este proceso se producirá el 12 de Julio cuando se conocerá la postura del abogado general del TJUE sobre el alcance de la cuestión que aunque no es

vinculante para el TJUE sirve como base legal para la postura del citado tribunal cuyo fallo se conocerá a finales de año.

2.4 La importancia del papel del Notario.

Este epígrafe tratará de exponer cual es el papel del Notario y la responsabilidad que asumen en los préstamos hipotecarios. Los Notarios tendrán que dar fe del contrato así como tener la certeza de que el consumidor conoce los términos del mismo.

Por lo anterior, se ha querido abordar el papel del Notario por el valor, que a mi juicio tiene en la contratación de los citados préstamos.

Pues bien, los Notarios, aunque también los Registradores de la Propiedad pueden y deben advertir, en los contratos en los que aparezcan cláusulas abusivas a los consumidores. Además también deberán rechazar cláusulas por abusivas siempre que esas cláusulas hayan sido declaradas nulas por resolución judicial firme.

Ello ha sido consecuencia de que no ha habido un control real notarial y registral de las cláusulas abusivas. En este sentido vemos que hay un vacío en cuanto a lo sucedido con las cláusulas suelo.

Asimismo, la normativa europea puso instrumentos en manos de los estados miembros para prevenir esta situación, así lo expresa el art.7 de la Directiva 93/13: *“Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”*.

A la luz de lo anterior, la Directiva es abierta para que cada estado regule de la manera que crea más conveniente para la protección del consumidor, sin imponer la previa declaración judicial de abusividad de una cláusula. Sin embargo, España se decanta por un control judicial que hace que el consumidor se encuentre en una situación desprotegida por el sobreesfuerzo que supone para defenderse del empresario, en este caso la entidad bancaria. Ello conlleva a que la tutela eficaz del consumidor es la que le da el Notario en el mismo momento de celebración del contrato, de la firma, evitando ir a los Tribunales por el coste y el tiempo que ello supondría.

Sin embargo, el Notario solo podrán eliminar cláusulas por abusivas cuando hayan sido declaradas en sentencia inscrita en el Registro de las Condiciones Generales de Contratación, así se expresa por el art. 84 del TRLGCU¹⁶, pero el retraso en la inclusión que acumula la hace insuficiente.

Por tanto, se aprecia como el papel de Notarios y Registradores se desaprovecha, por cuanto, el papel del Notario según el art. 147 del Reglamento Notarial se limita a: *“Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”*. Es por lo anterior, que el papel del Notario no se hace del todo eficaz por cuanto interviene en la fase final, cuando ya el prestatario ha sido informado y convencido por la entidad financiera del préstamo hipotecario a los solos efectos de la firma pues cuando una persona se encuentra ya en la Notaría normalmente lo hace ya con la firme idea de firmar el contrato de préstamo hipotecario y para apreciar la abusividad tendría que haber resolución judicial firme, por tanto, se hace inviable para los consumidores.

Por su parte, y para incrementar las medidas de protección, la Ley 1/2013 prevé que en los préstamos hipotecarios se incluya en la escritura pública una expresión manuscrita del contratante que exprese que ha sido advertido de los riesgos derivados del contrato. Para ello tienen que darse los requisitos de ser persona física y que se trate de un préstamo hipotecario sobre vivienda habitual. Con ello vemos como a raíz de la crisis financiera se han tomado medidas que aunque leves, intenten evitar de nuevo lo sucedido.

¹⁶ Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas: *‘Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación’*.

De hecho, una medida muy importante que se ha tomado de forma activa por los Notarios fue la creación en Junio de 2013 del Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (en adelante, OCCA). Los Notarios han querido tomar las riendas tras estallar la crisis financieras intensificando su papel a la luz del art. 129 de la Ley Hipotecaria que en su apartado f) expresa que *“Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos”*.

El citado órgano se inaugura con el objetivo de que los consumidores obtengan una tutela preventiva por parte de los Notarios para prevenir la inclusión de estas cláusulas en los contratos entre empresarios y consumidores. Entre otras, las medidas que se tomarán será la creación de un archivo informático para que todas las sentencias firmes que declaren abusiva una cláusula puedan ser consultadas por un Notario.

La más importante medida por tanto será impedir que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con consumidores que se recojan en escritura pública. Ello incrementará la seguridad jurídica y ayudará a prevenir futuras impugnaciones judiciales y suplirá la ineficacia que se había venido percibiendo en el Registro de Condiciones Generales.

Este órgano de tantísima importancia y que tanto habían demandado los propios Notarios y además incluso algunas entidades financieras y empresarios, está integrado como no podía ser de otra manera por Notarios y profesionales expertos en la materia y depende de la Comisión De Consumidores del Consejo General del Notariado.

Así, el propio José Corral, presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor del Notariado ha expresado que como se venía demandando y más aun con la situación financiera que se ha propiciado en nuestro país que *‘los notarios pueden aumentar la protección de los consumidores si cuentan con las herramientas necesarias, porque son funcionarios públicos imparciales, no operadores de mercado. Su intervención persigue buscar seguridad jurídica en la contratación’*.

Por otra parte, también Justicia tras estallar la crisis financiera aúna esfuerzos por incrementar por ley el papel del Notario, para potenciar el control de transparencia en

los contratos. Así lo manifestó en 2013 Áurea Roldán, subsecretaria de Justicia. Por su parte, Carlos Lesmes, presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, ha querido destacar la importancia de la colaboración entre el Notariado y la Judicatura para dar respuestas jurídicas efectivas a los ciudadanos.

Se ha puesto de manifiesto que se han incrementado los esfuerzos por parte del Gobierno y de los Notarios para cambiar la situación que se ha producido, cuyas consecuencias con la cantidad de préstamos hipotecarios que se han venido firmando en los años anteriores, mientras se gestaba la crisis financiera han sido nefastas.

Con las jornadas que se han celebrado entre Jueces y Notarios se ha querido destacar la importancia del control judicial y notarial de las cláusulas abusivas, tal y como han venido reclamando los ciudadanos: seguridad jurídica desde los distintos sectores profesionales del Derecho, protegiendo sus intereses.

Ello se ha reflejado en la jurisprudencia del TJUE, también, en relación con el derecho interno lo dispone expresamente el artículo 84 TRLDCU mencionado anteriormente y lo reitera el artículo 18.1º de la ley 2/2009 de 31 de marzo, sobre consumidores de préstamos y créditos hipotecarios¹⁷. En ellos se exponen los deberes notariales y registrales en relación con los préstamos hipotecarios. Por su parte, nos lo recuerda reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, especialmente en su resolución de 1 de octubre de 2010.

Con ello, cabe decir que el Notariado ha apoyado siempre reformas legislativas para mejorar la protección a los consumidores, por ello ha organizado jornadas de debate para incentivarlo.

Así que, aunque vemos que por una parte con el estallido de la crisis financiera se ha visto cuestionado el papel de los Notarios en su función, también se pone de manifiesto con lo expuesto con anterioridad que no han tenido instrumentos suficientes

¹⁷ Artículo 18 Deberes notariales y registrales: *‘1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.*

Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley’.

para hacerlo en algunas ocasiones y que la contratación en masa de los años en los que se gestaba la crisis y con los escasos medios y potestades de los notarios hacían que fuese especialmente difícil. Es por ello que como se acaba de apuntar, se organizaban jornadas en las que se señalaban carencias como la del Registro de Condiciones Generales de Contratación y se crea el OCCA. Así, a pesar de las deficiencias que ha habido, y que sigue habiendo se ha recorrido en el camino de la protección a los consumidores.

2.5 La postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En lo que se refiere a la postura del TJUE (o Tribunal de Luxemburgo) en el tan debatido asunto de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, esta ha sido determinante por cuanto es un órgano superior por el que se rige nuestro Derecho interno. A lo largo del presente trabajo se ha puesto de manifiesto brevemente cual ha sido su postura ante el asunto a tratar, y ahora se analizará con más detenimiento.

Muy importante en el tema que se está abordando es la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que como ya se dijo anteriormente viene a establecer una especial protección a los mismos. Pues bien, sobre la misma se ha pronunciado el TJUE interpretando que la protección que presta se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad, hay un desequilibrio entre las partes del contrato, ya que, nos encontramos con la entidad financiera tremendamente superior en cuanto a información y protección lo que ha llevado hasta ahora a que el consumidor cuyos conocimientos en la materia no son profundos se adhiera a las condiciones redactadas de forma unilateral por la entidad.

Como vemos, la crisis financiera que se ha producido y en la que han incidido tanto las cláusulas abusivas no ha resultado ajena a Europa, así ha mostrado su preocupación con mesas redondas para estudiar la situación, con informes, con normativa y con jurisprudencia dándole instrucciones al órgano jurisdiccional nacional para que aprecie el carácter abusivo de las cláusulas pues le corresponde de oficio. Asimismo, la importancia del asunto no puede estar más justificada cuando lo que está en juego es el presente y futuro de nuestras familias pues el bien hipotecado es la vivienda habitual y en la mayoría de los casos es la vivienda única de las unidades familiares. Ello no ha resultado ajeno al TJUE que a través de numerosas sentencias lo ha reflejado.

Principalmente ha incidido en que el procedimiento de ejecución hipotecaria ha sido contrario a la Directiva 93/13 afirmando en numerosas sentencias que ya se han mencionado que *“así ocurre con mayor razón, asegura el Tribunal, cuando el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia”* (STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz).

Además, expone que el sistema procesal español, considerado en su conjunto, *“expone al consumidor o, incluso, a su familia, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta”*, teniendo en cuenta que la vivienda es *“una necesidad básica del consumidor”* (STJUE de 17 de julio de 2014, caso Sánchez). Por lo tanto, en palabras del propio Presidente del Tribunal de Justicia, en Auto de 5 de junio de 2014, *“el riesgo que corre el propietario de perder su vivienda habitual le sitúa, junto con su familia, en una situación particularmente delicada.”*

Una sentencia de gran repercusión por su contenido es la del caso Monika de 10 de septiembre de 2014. Esta menciona, dos resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de mayo de 2008, caso McCann; y de 25 de julio de 2013, caso Rousk. Se concluye que *“La pérdida del hogar es la forma más extrema de injerencia en el derecho al respeto del domicilio. Cualquier persona que pueda sufrir una injerencia de esta magnitud debería, en principio, poder hacer que un tribunal independiente decidiese sobre la proporcionalidad de la medida adoptada”*.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, combatir las cláusulas abusivas es esencial aunar esfuerzos por parte de todos los organismos y como vemos especialmente si incide sobre un derecho fundamental como la vivienda, declarada así por el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y también en nuestra Constitución en el art. 47¹⁸.

Siguiendo con la jurisprudencia, la sentencia de 12 de junio de 2012 del TJUE, resolvió una cuestión prejudicial planteada por la sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona que es importante por cuanto se planteó la posibilidad de que un juez

¹⁸ Artículo 47: *‘Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.*

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos’.

pueda rechazar *'in liminelitis'*, es decir, al inicio del procedimiento y de oficio una cláusula de interés de demora al 29%. Así, el TJUE lo aborda exponiendo que estudiando el caso concreto, la situación de desequilibrio entre las partes solo puede solucionarse a través de un órgano imparcial, ajeno a las partes debiendo el juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE subsanando el desequilibrio existente.

Sin embargo, hay que subrayar que la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva con su correspondiente corrección y subsanación por los tribunales no conlleva la nulidad de todo el negocio jurídico, es decir, en el caso que nos atañe de los préstamos hipotecarios, el préstamo va a seguir subsistiendo pero con las correcciones que procedan por el órgano jurisdiccional aunque en el caso de ejecución hipotecaria si procediera, quedaría fuera de la ejecución lo declarado abusivo.

En lo que se refiere a las cláusulas abusivas y el TJUE, también es preciso tener en cuenta la trascendencia que tendrá la próxima sentencia que abordará lo referido a las cláusulas suelo, aunque sobre ello ya se incidió en el epígrafe que precede relativo a las cláusulas suelo.

Hay que concluir en relación al TJUE, que este, a través de la jurisprudencia ha intentado salvar la precariedad del sistema de ejecución hipotecaria que existía en nuestro ordenamiento jurídico, afirmando ya no solo a través de sus sentencias sino del propio abogado general de la UE y a través de informes o consultas la precariedad del mismo en cuanto a la protección al consumidor, principal punto de referencia del TJUE y por el que ha trabajado en cada una de sus sentencias, para dejar claras las bases que deben regir en nuestra normativa y que han sido urgentes por la situación de precariedad en la que se encuentran los consumidores y lo que está en juego: sus viviendas. Es por ello que el TJUE ya ha dictado tres sentencias contra España por vulneración de la normativa de protección a consumidores en las ejecuciones hipotecarias.

La situación social y política sobre desahucios es insostenible en un contexto de aumento del número de familias desalojadas, por tanto, las medidas de lucha contra las referidas cláusulas, especialmente en las hipotecas en las que las familias se juegan algo más que dinero, es urgente.

Sin embargo, en el epígrafe que prosigue a continuación se abordará la reforma legislativa que se ha llevado a cabo hasta el momento, la protección que el consumidor ha recibido y las expectativas de futuro en relación con ello.

2.6. Estado actual de la cuestión.

Para abordar este apartado, se expondrá la situación que hemos afrontado en los últimos años con la crisis financiera, las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y los mecanismos que se han puesto en marcha para superar la situación. A su vez, se desarrollará el panorama actual y como se afronta el futuro.

Es necesario destacar que la aguda crisis financiera en la que nos encontrábamos años atrás, tuvo un gran aliciente para gestarse y fue la escasa regulación de nuestro Ordenamiento Jurídico para proteger al consumidor y dar instrumentos normativos suficientes a los operadores jurídicos para evitar la situación. Asimismo, la regulación con la que se contaba no era factible en la práctica por el desconocimiento de la ciudadanía y el provecho que de ello conseguían las entidades financieras que tampoco quisieron evitarlo.

Todo ello provocó el mal funcionamiento del mercado. En palabras del Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, D. Conrado Gallardo Correa: *“las cláusulas abusivas ponen en peligro el propio funcionamiento de la economía de mercado.”* Por tanto, las consecuencias que se producen no se circunscriben al beneficio de las entidades de crédito en detrimento de unos pocos, van más allá, afectado a toda la sociedad, poniendo en peligro nuestra economía en su conjunto.

La sanción prevista para la cláusula abusiva es el máximo reproche que el Ordenamiento Jurídico permite: la nulidad de pleno derecho. Así se dispone en el Derecho Comunitario, al establecer el artículo 6.1º de la Directiva 93/13/CEE que *“no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y (...el contrato seguirá...) siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”*. Por su parte el Derecho Patrio establece en el artículo 83.1º del TRLDCU: *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*. Su control corresponde de oficio a jueces y tribunales. Así lo ha declarado reiterada jurisprudencia

del Tribunal Supremo Español y, especialmente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por este motivo, la mayor parte de los esfuerzos se han centrado en la protección al consumidor como se ha visto a lo largo del presente trabajo. Sin embargo, han tenido que ocurrir no pocas desgracias para que el legislador nacional se decantase por proteger levemente a los consumidores, la parte más vulnerable expuesta con un derecho fundamental como es la vivienda.

Actualmente, los índices indican que la situación discretamente comienza a mejorar. En relación con el mercado financiero, las miradas se centran en lo que decidirá el TJUE a finales de año, ya que, las entidades de crédito se oponen frontalmente a devolver las cantidades a los prestatarios como consecuencia de las cláusulas suelo. Pero todo apunta que no será así, que se dictaminará el carácter retroactivo de las mismas, ya que, no es racional que una cláusula declarada abusiva y por tanto nula no lo sea hasta sus últimas consecuencias, penalizando esa *mala praxis* de principio a fin, durante todo el tiempo que se produce. Si ello no fuera así no habría Seguridad Jurídica.

Como se vio al inicio del desarrollo del trabajo, en la normativa, la protección al consumidor ha aumentado, con la mejora de la previa información financiera como complemento a las medidas de transparencia, ya que, la información que se les suministre a los clientes no tendrá ningún efecto si no comprenden su significado y alcance. Es por ello que como ya se apuntó anteriormente, la educación financiera es un complemento necesario, tanto ha sido así, que la propia Unión Europea en los últimos años ha impulsado un conjunto de iniciativas para mejorar la educación financiera de manera continua. Un ejemplo de ello es el art. 6 de la Directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles que obliga a los estados miembros a adoptar medidas de educación de los consumidores en la responsabilidad a la hora de contratar préstamos y en particular en relación a los créditos hipotecarios.

Lo anterior unido a los deberes específicos que tienen ahora los bancos de suministrar información estandarizada sobre préstamos hipotecarios con la FRIPE (Ficha de información precontractual) y FIPER (Ficha de información personalizada), han mejorado levemente la situación. Ellos son algunos de los instrumentos que

exigirán un contenido mínimo de información de forma ordenada y sencilla para adoptar una decisión clave sobre la contratación de un préstamo hipotecario.

Por su parte, la FIPRE contiene los datos más relevantes de cada modalidad de préstamo que ofrece una entidad de crédito. La FIPER tiene por objeto proporcionar al cliente información más específica atendiendo a su demanda de crédito y su situación financiera. Sin embargo, se observan deficiencias graves y es que la configuración de la FIPER no obliga a la entidad a conceder el préstamo en las condiciones fijadas en la ficha y pasado su periodo de validez puede ofrecer condiciones distintas. Por ello nuevamente nos encontramos con un documento con escaso valor para el cliente que lo deja en una situación de incertidumbre y desequilibrio, salvo que el cliente solicite una oferta vinculante.

Con lo anterior, se pone de manifiesto que en lo que esta materia atañe, la legislación nacional necesitará de una revisión profunda en pro de los consumidores más allá de parches por denuncias concretas del TJUE, ya que si no nos encontraremos en un círculo de difícil salida pues si los consumidores no tienen confianza para invertir en nuestro mercado por la desprotección que encuentran caeremos en crisis económicas difícilmente superables.

En cuanto al futuro, no cabe la menor duda de es fundamental la prevención, mayor control y aprender de lo sucedido con las cláusulas abusivas, en concreto en relación a los préstamos hipotecarios, ya que estos son necesarios para nuestra sociedad. Es por ello, por lo que a pesar de que las medidas que se han venido tomando hasta ahora no son incorrectas pero si incompletas. Necesitamos de una apuesta más potente que choque frontalmente con las malas prácticas que la crisis financiera ha revelado que se practicaban.

Si, es necesaria la ejecución hipotecaria, pero es necesaria con las mismas garantías para la entidad que para el prestatario que se ha visto abocado hasta la nueva regulación a no poder poner límites a la misma cuando las causas de la ejecución se referían a vicios del contrato.

Para intensificar esa depuración y control sobre las cláusulas contamos con los instrumentos que necesitamos solo necesitamos saber explotarlos. Para ello se tendría que tener muy en consideración la labor de control aunando los esfuerzos de los

Notarios en el momento de la autorización del documento público que contiene el crédito hipotecario y por su parte, los Registradores en el momento de inscripción del título en el Registro de la Propiedad. De esta manera, a los juzgados y tribunales les llegará el menor número posible de títulos afectados por esta tacha. Para llevar a cabo todo ello es necesaria mayor regulación del derecho material en cláusulas abusivas y controles previos a la vía judicial con figuras como los Notarios y Registradores que dada su formación y conocimiento en la materia deberían salir reforzados de esta situación. Hasta ahora sus facultades son de control genérico de la legalidad pero no es suficiente, ya que las reglas del mercado se han revelado insuficientes para erradicar por sí mismas las cláusulas abusivas.

Como dicen Estrada y Fernández “es necesario que el legislador dé un paso al frente que dote estas posibilidades de control previo de una mínima y adecuada seguridad jurídica, tanto para quienes se pueden ver perjudicados por él (acreedores) como para los deudores. Y sin duda, también para los registradores y notarios temerosos o recelosos de tal control”.

Para terminar, es necesario poner de manifiesto nuevamente que necesitamos de prontas soluciones, ya que, la experiencia ha demostrado que el mercado requiere de normas de control y la injerencia a través de regulación que ponga en equilibrio a las partes aunque siempre manteniendo un amplio nivel de autonomía de la voluntad. Por ello, especialmente en el campo de las cláusulas abusivas es necesaria la prevención con una fuerte regulación que proteja a los consumidores.

3-. CONCLUSIONES:

Con toda la exposición anteriormente expuesta se ha realizado un análisis de cómo han incidido las cláusulas abusivas en la contratación, pero especialmente en los préstamos hipotecarios.

Tras ello, las conclusiones a las que se han llegado son:

Primera.- la importancia de la contratación de los préstamos hipotecarios con las máximas garantías, porque en la mayoría de préstamos hipotecarios que se han contratado en España sobre los que posteriormente hay riesgo de ejecución hipotecaria lo que está en juego es algo más que dinero, es el derecho fundamental a la vivienda proclamado así tanto por la Constitución en nuestro Derecho interno como a través de la Carta Europea de Derechos humanos.

Segunda.- Las cláusulas abusivas que han impuesto las entidades bancarias a los prestatarios han ido más allá, se han aprovechado de la confianza depositada por las personas con carencias en materia financiera.

Por este motivo y tras el recorrido hecho a lo largo del trabajo, se ha intentado encontrar respuesta al por qué hemos llegado a una crisis financiera tan aguda llegando a la conclusión de que en los años en los que se gestaba la crisis financiera, la regulación que protegía al consumidor era escasísima y además tampoco se conocía por los mismos, no se aplicaba en la práctica. Ello llevó a intentar sacar el máximo provecho de la situación por las entidades financieras habiendo un importante desequilibrio entre la posición de los bancos y los consumidores.

Tercera.- Una vez constatadas las devastadoras consecuencias que han tenido las cláusulas abusivas en la crisis financiera, es necesario adoptar medidas fuertes para solucionar situación y para que no se produzcan los mismos resultados en el futuro por las mismas causas.

Cuarta.- Es conveniente aprovechar la experiencia para observar las carencias de nuestro sistema. Para ello, en relación con las cláusulas abusivas, es preciso tal y como nos viene advirtiendo Europa a través de su regulación y en numerosas sentencias, que el legislador español intervenga con legislación al respecto.

Quinta.- Se concluye además, que a pesar de las numerosas reformas tendentes a mejorar la situación como ya se vio en lo que se refiere a la ejecución hipotecaria, en materia de protección al consumidor ha habido mejoras pero es necesaria una regulación completa, que tenga en cuenta la práctica de las relaciones de las partes en la contratación contractual para proteger al consumidor que en un contrato de préstamo hipotecario se encuentra con que su contraparte es una entidad bancaria, por tanto con más ventajas en cuanto a conocimientos y poder de disuasión.

Sexta.- Entre las medidas adoptadas hasta ahora, me ha parecido especialmente buena la que se propone a través del Banco de España para que nuestra sociedad se forme en conocimientos financieros y tenga unas ideas básicas en tanto que a lo largo de nuestra vida el trato con las entidades financieras es algo casi esencial para algo tan básico como tener una vivienda. Sin embargo, la regulación necesita de mayor difusión, de nada sirve que esté en el papel si los ciudadanos no la conocen.

Séptima.- Otra de las soluciones para aunar fuerzas y combatir estas cláusulas, son figuras tan importantes como los Notarios y por su parte también los Registradores, por ello, se ha querido dedicar un epígrafe a los mismos, para destacar su papel ya que

como funcionarios públicos defensores de la legalidad tienen muchas posibilidades si se les dan potestades más concretas para luchar contra las mismas. Son un importante filtro en lo que a las cláusulas abusivas se refiere.

Octava.- la importancia de la decisión del TJUE en relación con las cláusulas suelo, por ello, se han desarrollado las mismas, por la actualidad que tienen. Las miras están puestas en lo que decida el Alto Tribunal, aunque todo apunta que declarará la retroactividad de las mismas. Su decisión será esencial para nuestra seguridad jurídica tras la tan cuestionada sentencia del Tribunal Supremo que merma dicho principio. Sin embargo, habrá que esperar a finales del presente año para conocer la sentencia del TJUE.

Novena.- Al margen de toda la discusión que hay en relación a las cláusulas suelo y los efectos *ex tunc* o *ex nunc*, personalmente considero que sin lugar a dudas las mismas tienen que tener efectos *ex tunc*, es decir, retroactividad total. Las cantidades que los bancos han percibido indebidamente como consecuencia de esta cláusula en los contratos de préstamo debe ser devuelta desde que se comenzaron a percibir y no desde la tan aludida sentencia de nuestro Alto Tribunal.

Las razones para llegar a esa conclusión es principalmente preservar el derecho a la seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución pues no tiene sentido que si ‘algo’ es declarado abusivo no lo sea con todas las consecuencias que conlleve. En este caso devolver por parte de las entidades bancarias las cantidades recibidas como consecuencia de las mismas. Pues aunque suponga un gran coste para los bancos hay que ser consecuente con los actos ya que la seguridad jurídica como se dijo está por encima de ello.

Décima.- Se ha demostrado con el resultado que ha tenido la inclusión de cláusulas abusivas en contratos, el desequilibrio que ha habido hasta ahora en la contratación de préstamos hipotecarios y por tanto, que el mercado no se regula por sí solo, es necesaria intervención normativa especialmente en protección al consumidor.

Décima.- Para mejorar es imprescindible la ayuda de las Administración Pública y el esfuerzo de la población para sentar las bases del derecho fundamental y constitucional de seguridad jurídica, ya que resulta muy útil para la sociedad y el progreso pues sin un mercado con unas bases sólidas, no hay progreso económico.

4-. BIBLIOGRAFÍA:

Alonso Pérez, M^a, T., Bueso Guillén, P., Hernández Sáinz, E., Lacruz Mantecón, M., Lafuente Torralba, A., Moreu Carbonell, E., et al. (2014). *Vivienda y crisis económica*. (1^a ed.), Zaragoza: Aranzadi, SA.

Busto Lago, J, M., Álvarez Lata, N. y Peña López, F. (2010). *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*.(3^a ed.). Aranzadi, SA.

4.1 Bibliografía normativa.

Constitución Española de 1978.

Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

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

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

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

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.

4.2 Webgrafía.

Adicae.net. (2014). *Catálogo de Cláusulas Abusivas. Cómo detectarlas y denunciarlas en los contratos financieros y de servicios de interés general*. Recuperado el 18 de junio de 2016. Disponible en:

http://blog.adicae.net/consumidores2014/files/2015/02/CATALOGO_clausulas_abusivas_2014_web2.pdf

El Notariado informa. (2013). *El papel del Notario en la protección del consumidor*. Recuperado el 20 de junio de 2016. Disponible en:

http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=4125720&_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_HTTP_REFERER=%2fliferay%2fweb%2fnotariado%2fel-notariado-informa%3fp_p_id%3dNOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin%26p_p_lifecycle%3d0%26p_p_state%3dnormal%26p_p_mode%3dview%26p_p_col_id%3dcolumn-1%26p_p_col_count%3d1%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_delta%3d5%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_keywords%3d%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_advancedSearch%3dfalse%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_andOperator%3dtrue%26cur%3d33

El Notariado informa. (2013). *Los Notarios crean un Órgano de Control de Cláusulas Abusivas*. Recuperado el 20 de junio de 2016. Disponible en:

www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=4148027&_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_HTTP_REFERER=%2fliferay%2fweb%2fnotariado%2fel-notariado-informa%3fp_p_id%3dNOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin%26p_p_lifecycle%3d0%26p_p_state%3dnormal%26p_p_mode%3dview%26p_p_col_id%3dcolumn-1%26p_p_col_count%3d1%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_delta%3d5%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_keywords%3d%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_advancedSearch%3dfalse%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_andOperator%3dtrue%26cur%3d33

riadoNoticiasPlugin_advancedSearch%3dfalse%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_andOperator%3dtrue%26cur%3d33

El Notariado informa. (2015). *Justicia incrementará el papel del Notario en el control de las cláusulas abusivas*. Recuperado el 20 de Junio de 2016. Disponible en:

http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column1&p_p_col_count=1&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=8571584&_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_HTTP_REFERER=%2fliferay%2fweb%2fnotariado%2fel-notariado-informa%3fp_p_id%3dNOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin%26p_p_lifecycle%3d0%26p_p_state%3dnormal%26p_p_mode%3dview%26p_p_col_id%3dcolumn-1%26p_p_col_count%3d1%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_delta%3d5%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_keywords%3d%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_advancedSearch%3dfalse%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_andOperator%3dtrue%26cur%3d13

El Notariado informa. (2015). *El Notariado ha apoyado siempre las reformas que mejoran la protección de los consumidores*. Recuperado el 20 de junio de 2016. Disponible en:

http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=8924292&_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_HTTP_REFERER=%2fliferay%2fweb%2fnotariado%2fel-notariado-informa%3fp_p_id%3dNOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin%26p_p_lifecycle%3d0%26p_p_state%3dnormal%26p_p_mode%3dview%26p_p_col_id%3dcolumn-1%26p_p_col_count%3d1%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_delta%3d5%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_keywords%3d%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_advancedSearch%3dfalse%26_NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin_andOperator%3dtrue%26cur%3d12

Europa press. (2015). *El TS declara la irretroactividad de las cláusulas suelo*. Recuperado el 30 de junio de 2016. Disponible en:

<http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-economia-supremo-confirma-nulidad-clausulas-suelo-rechaza-retroactividad-devoluciones-20150225154654.html>

Marrero, D. (2016). *El TJUE analiza la retroactividad de las cláusulas suelo en las hipotecas*. Recuperado el 30 de junio de 2016.

Disponible en: www.idealista.com/newa/finanzas/hipotecas/2016/04/26/741892-el-tjue-analiza-la-retroactividad-de-las-clausulas-suelo-en-las-hipotecas

Pérez del Villar Cuesta, R. (2014). *Cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario a la luz de la jurisprudencia del TJUE*. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/clausulas_abusivasprestamo_hipotecario_11_737680004.html

Portillo, J. (2016). *‘Europa juzga desde hoy las cláusulas suelo españolas’*. Recuperado el 25 de junio de 2016. Disponible en:

cincodias.com/cincodias/2016/04/25/mercados/1461605618_455712.html

¿Qué es el Euribor? Recuperado el 2 de Julio de 2016. Disponible en: es.euribor-rates.eu/que-es-el-euribor.asp

Salinas Adelantado, C. (1994). La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. *Revista General de derecho*, (núm.601-602), 107535-10759.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3809314>

20minutos.es. (2015). *Los notarios abren una web para informar sobre las cláusulas abusivas de las hipotecas*. Recuperado el 2 de julio de 2016. Disponible en:

<http://www.20minutos.es/noticia/2356404/0/web-notarios/informacion-clausulas/abusivas-hipotecas/>

