PUNTUACIÓN TFM REALIZADO POR LA ALUMNA MIRIAM DELGADO VALIDO (TUTORIZADO POR LA LETRADA DEL ICATF ALMUDENA MARÍA RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, COLEGIADA ICATF 4356).

Tras ver el informe final realizado por la alumna ut supra referenciada relativo a las cláusulas abusivas en los contratos con condiciones generales de la contratación, considero que el mismo debe ser puntuado **con una nota de 9**, todo ello, atendiendo al gran esfuerzo realizado por dicha alumna al enfocar dicho informe, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también, desde un punto de vista práctico, resaltando las posturas adoptadas por nuestros tribunales, lo que ha conllevado que dicha alumna realice un análisis de las principales resoluciones dictadas al respecto. Tras leer dicho informe se puede comprobar, como el mismo no se limita a definir lo que se entiende por condiciones generales de la contratación, ni se limita a analizar la legislación dictada al respecto, sino que entra en el análisis de las cláusulas que más polémica han generado y están generado en la práctica (cláusula suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios, cláusulas de gastos). Concretamente, en dicho informe, se analizan dichas cláusulas atendiendo a lo que al respecto han resuelto nuestros españoles (fundamentalmente, por nuestro Tribunal Supremo), así por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que ha conllevado que nuestros tribunales cambien la postura que habían mantenido al respecto), resaltando incluso algunas cuestiones prejudiciales elevadas por nuestro TS al TJUE referente a algunas de dichas cláusulas, que están pendientes aún de resolver.

Por tanto, a la vista de lo anteriormente expuesto, quien suscribe el presente, puntúa dicho informe con **una nota de 9.**

NOMBRE RODRIGUEZ DOMINGUEZ ALMUDENA MARIA - NIF 78619908C

Firmado digitalmente por NOMBRE RODRIGUEZ DOMINGUEZ ALMUDENA MARIA - NIF 78619908C
Nombre de reconocimiento (DN): 1.3.6.1.4.1.16533.30.1=DOMINGUEZ, sn=RODRIGUEZ, givenName=ALMUDENA MARIA, serialNumber=78619908C, title=Abogado, st=Santa Cruz de Tenerife, c=ES, o=Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife / ICATF / 2063, ou=38003 / 4356, cn=NOMBRE RODRIGUEZ DOMINGUEZ ALMUDENA MARIA - NIF 78619908C, email=almudenarodriguez@icatf.com.es
Fecha: 2018.01.19 12:01:26 Z

Máster en: Abogacía por la Universidad de la Laguna

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Universidad de La Laguna

Curso 2017/ 2018

Convocatoria: Enero

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

UNFAIR CLAUSES IN CONTRACTS WITH GENERAL CONTRACT CONDITIONS

Realizado por el alumno Miriam Delgado Valido

Tutorizado por la letrada Doña Almudena María Rodríguez Domínguez

Área de conocimiento: Derecho Civil

RESUMEN

Este trabajo se centra en el estudio de las cláusulas que se encuentran insertadas en los contratos garantizados con préstamo hipotecario para adquisición de vivienda (en particular, la cláusula suelo, la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de intereses moratorios y la cláusula de gastos hipotecarios). Analizaremos brevemente estas cláusulas, las cuales se han ido imponiendo a los consumidores como condiciones generales de la contratación, hasta que nuestro Tribunal Supremo las ha considerado abusivas. A partir de ese momento, y tras la interposición, por los órganos jurisdiccionales nacionales, de varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizaremos el alcance de dicha jurisprudencia y cómo han tenido que reaccionar los órganos jurisdiccionales nacionales para paliar estas diferencias y acatar lo establecido por la normativa comunitaria, además de la realización de un estudio de las principales sentencias, tanto del Tribunal Supremo, nuestro tribunal superior en todos los órdenes (salvo las competencias del TC en materia de garantías y derechos constitucionales), como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT

This work focuses on the study of the clauses inserted in guaranteed contracts with residential loan (in particular the “ground clause” or minimun interest rate, the clause on early termination, the moratorium interest clause and the mortgage cost clause). These clauses, which will be briefly analysed here, have been gradually imposed on consumers as general terms and conditions until our Supreme Court have considered them unfair. From then on, and after the national courts have referred several questions to the Court of Justice of the European community, we will analyze the scope of that case law and how the national courts have had to react in order to palliate these differences and to comply with what is established by th Community regulations. In addition, we will study the Supreme Court’s main decisions, as well as the main ones of the Court of Justice of the European Community.

ÍNDICE

1. Cláusulas abusivas en los contratos con condiciones generales de la contratación_____pág.4

2. Cláusula suelo
   2.1.Introducción_____pág.6
   2.2.Falta de transparencia de la cláusula_____pág.7
   2.3. Análisis de la STS de 9 de mayo de 2013_____pág.9
   2.4.Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016_____pág. 17

3. Cláusula de vencimiento anticipado
   3.1.Concepto_____pág. 19
   3.2.Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017_____pág. 22
   3.3.Cuestión prejudicial elevada por el TS 08/02/2017_____pág. 26

4. Cláusula de intereses moratorios
   4.1.Introducción_____pág.29
   4.2.El límite del art. 114.3 LH_____pág.29
   4.3.Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015_____pág.33
   4.4.Cuestión prejudicial elevada por el TS Europa_____pág. 34

5. Cláusula de gastos en préstamos hipotecarios_____pág.37

6. Conclusiones_____pág.40

7. Bibliografía y otros recursos_____pág.41

1. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON CODICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

En este estudio vamos a analizar algunas de las cláusulas que se incluyen en los contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda; más detalladamente nos centraremos en las que han suscitado más problemas en la práctica: la cláusula suelo, la de vencimiento anticipado y la de intereses moratorios.

El contenido de estos contratos de préstamo con garantía hipotecaria con los que se financian las adquisiciones de vivienda por particulares es predispuesto fundamentalmente por las entidades que conceden la financiación incluyendo esta serie de cláusulas. La legalidad de las mismas se empieza a cuestionar fundamentalmente cuando, como consecuencia de la crisis económica, se desencadenan procedimientos de ejecución hipotecaria cuya regulación parece impedir al particular ejecutado hacer valer que dichas cláusulas pueden ser contrarias a Derecho.[1]

En este sentido, los tribunales españoles vulneraban el principio de efectividad: ante la imposibilidad del juez hipotecario de apreciar la abusividad de la cláusula se obligaba al consumidor a acudir a un nuevo proceso declarativo en el cual, si bien puede determinarse tal abusividad, ello no impedía que se continuara con el proceso de ejecución, por lo que la venta no se interrumpe y queda frustrada la tutela del consumidor. Ante tal situación el consumidor únicamente podía acudir al ejercicio de una acción de daños y perjuicios, lo que no supone una protección efectiva de sus derechos e intereses, pues no reparaba en ningún caso la pérdida de su vivienda con el desalojo y perjuicios que ello supone.

Pero además, no solo el derecho a la tutela judicial se ve infringido, sino que también lo hace el artículo 6 de la *Directiva de consumidores (93/13/CEE)*, cuyo objetivo

[1] Alonso Pérez , Mª Teresa "*Vivienda y crisis económica"*(estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica) Thomson Reuters ARANZADI, 2014, Capítulo 3: *"Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda"*), pág. 151 (STJUE de 14 de marzo de 2013-Caso Aziz).

básico es evitar que los consumidores tengan que soportar cargas adicionales en la búsqueda de dicha tutela de sus derechos.[2]

Esta regulación en España parece haber sido superada con la nueva doctrina que ha venido aplicando el TJUE: dado que las normas de derecho procesal interno no pueden constituir un obstáculo para la aplicación real y efectiva del Derecho de la Unión, lo correcto es aplicar la sentencia del *TJUE de 21 de diciembre de 2016*, que impide limitar los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo.

La jurisprudencia del TJUE posibilita el control de oficio parte de los órganos jurisdiccionales de las cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores y usuarios. Asimismo, el Juez puede abordar de oficio las consecuencias o efectos de la declaración de nulidad de estas cláusulas aunque no medie denuncia de la parte afectada, siempre que ello no cause indefensión alguna a las partes. Por tanto, puede resolver lo que en derecho proceda salvo que el consumidor renuncie a la nulidad y/o a sus consecuencias de manera consciente, libre, voluntaria e inequívoca, en cuyo caso debe respetar dicha voluntad.[3]

Para poder comprender mejor esta situación analizaremos brevemente los aspectos normativos tanto de nuestro derecho interno como comunitario, en relación con este tipo de cláusulas. De este modo, las dos normas fundamentales a tener en cuenta son el Texto refundido 1/2007, de 16 de noviembre de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias., y la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993.

---

[2] Ferrer Rojas, Javier: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11409-pasado-presente-y-futuro-del-sistema-de-ejecucion-hipotecaria-en-espana/#_Toc465938438, 2016, 2.1.2. De los pronunciamientos del TJUE y la (in)adecuación del proceso de los arts. 682 y ss. LEC a la normativa comunitaria.

[3] http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/12401-el-tribunal-de-apelacion-puede-aplicar-de-oficio-los-efectos-derivados-de-la-declaracion-de-nulidad-de-la-clausula-suelo-en-base-a-la-reciente-doctrina-del-tjue/ 11 de octubre de 2017.

2. LA CLÁUSULA SUELO

2.1 INTRODUCCIÓN

La cláusula suelo es una cláusula típica en los préstamos hipotecarios a interés variable, que por sí sola resulta gravemente lesiva para los intereses de los consumidores prestatarios, al impedirles beneficiarse de las bajadas de tipo de interés en el mercado.[4]

La eficacia de la cláusula suelo se cifra en que el interés remuneratorio de un préstamo fijado por referencia a un índice variable no pueda descender por debajo de un tipo de interés determinado en el contrato como mínimo. Esta cláusula impide a los prestatarios beneficiarse del abaratamiento del crédito cuando se produce un descenso del índice de referencia por debajo del tope mínimo fijado para el interés remuneratorio.[5] Además, a partir de ese momento y mientras el índice de referencia no supere el mínimo fijado, el préstamo concertado a un tipo de interés variable se convierte en un préstamo a interés fijo.

Esta cláusula suele ir acompañada de una cláusula techo, como modo de evitar situaciones de desequilibrio contractual e impedir la nulidad por abusiva de dicha cláusula. Con esa dualidad de cláusulas (suelo y techo) se busca pasar el filtro de legalidad de las cláusulas hipotecarias, al considerarse que de ese modo no se produce desequilibrio contractual con el consumidor o prestatario: la primera se establecería en beneficio del acreedor prestamista, la segunda, en provecho del prestatario.[6]

El debate jurídico giraba en torno a si la cláusula suelo era abusiva o no. Existen ya bastantes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto: la *STS de 9 de mayo de 2013* ha mediatizado toda la discusión y afirma que las cláusulas suelo que se sometieron a su

---

[4] Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel y De lucchi López Tapia, Yolanda: *"Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores"*capítulo 1, pág. 72, 2013.

[5] Alonso Pérez , Mª Teresa "*Vivienda y crisis económica"*(estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica) Thomson Reuters ARANZADI, 2014, Capítulo 3: *"Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda"*), pág. 152.

[6] Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel y De lucchi López Tapia, Yolanda: *"Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores"*capítulo 1, pág. 73, 2013.

consideración son nulas por concurrir en ellas una serie de circunstancias que permiten sostener que no son transparentes. Otro problema que se deriva de esta cuestión es que esta resolución afirmó el carácter irretroactivo o ex nunc, derogando la regla general de retroactividad o eficacia ex tunc de la nulidad consagrada en el artículo 1303 del Código Civil, lo que nos obliga a analizar también este aspecto del problema.

2.2 FALTA DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA

En términos generales, una cláusula 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 exigencia de claridad se desprende del artículo 5.5 de la Ley Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.(LCGC en adelante) " *La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez."* y, para la contratación con consumidores en base a cláusulas predispuestas, de lo prevenido en el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU)**:** ***" 1.*** *En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:*

> ***a)*** *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*
>
> ***b)*** *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del*

contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) *Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

2. *Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor."*

Existe actualmente un desarrollo normativo de los deberes de información precontractual como mecanismos preventivos de protección del consumidor. Con ello lo que se intenta garantizar es que el consumidor preste un consentimiento libre y consciente, que carezca de vicios que puedan conllevar la nulidad del contrato. Cabe destacar en este sentido la *Recomendación 2001/193/CE de la Comisión de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda (DOUE de 10)* (en esta normativa comunitaria se prevé la necesidad de informar a los prestatarios de las consecuencias de este tipo de cláusulas), además de la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (artículo 6 que obliga a que en la escritura pública el prestatario incluya una declaración manuscrita de que ha sido informado de los riesgos del contrato cuando concurran una serie de circunstancias).

Sin embargo, como de lo que se trata es de comprobar si el consumidor prestatario ha podido conocer el contenido de la cláusula y de todas las implicaciones que ello conlleva, el cumplimiento de estos requisitos de transparencia deben examinarse a la luz de las circunstancias que acompañan cada caso concreto: redacción y ubicación de la cláusula en el contrato, nivel de formación del consumidor, sus conocimientos financieros, profesión, edad, etcétera.

Coincidiendo con Mª TERESA ALONSO PÉREZ[7], que tiende a pensar que incluso en la época o memento en que se empezaron a usar este tipo de cláusulas y su

[7] Alonso Pérez , Mª Teresa "*Vivienda y crisis económica"*(estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica) Thomson Reuters

problemática no era de conocimiento general, la mayoría de los consumidores entendían su significado, pero lo que seguramente desconocieron o no previeron fue el desfase entre el tipo de interés fijado como mínimo y el que resultaría de aplicar el índice de referencia más, en su caso, el diferencial concretado. Sin embargo, las entidades que incorporaban dichas cláusulas en sus contratos probablemente habían calculado perfectamente sus efectos y acaso hasta fijado el momento en que las mismas iban a ser operativas sin informar de estos detalles a los consumidores, tesis que permitiría afirmar la falta de transparencia.

2.3 ANÁLISIS DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

La STS de 9 de mayo de 2013 manifiesta que las cláusulas suelo que se someten a su consideración no cumplen el nivel de transparencia que debieran.

Esta sentencia constituye un hito fundamental que pone fin al debate sobre la licitud o ilicitud de la cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria, estableciendo que las mismas pueden someterse, no sólo a un control de incorporación, entendido en el sentido de claridad en su redacción, sino también a un control específico de transparencia -o de comprensibilidad real por el consumidor de la carga asumida en virtud del contrato[8]

En esta sentencia, el Tribunal Supremo se plantea si Ausbanc (Asociación de Usuarios de los servicios bancarios) tiene legitimación para formular una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores abstractos, teniendo en cuenta que fue expulsada del Registro estatal de asociaciones de consumidores y usuarios: en este caso resuelve que sí tiene esa legitimación estimando el recurso: "*d) La pérdida sobrevenida de las condiciones legales precisas para litigar, como consecuencia de una sanción afecta al principio pro actione y debe ser objeto de una interpretación restrictiva.*

ARANZADI, 2014, Capítulo 3: *"Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda"*), pág. 156 ss.

[8] Cohen Benchetrit, Amanda, Magistrada especialista CGPJ en asuntos propios de lo Mercantil. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Transparencia-inclusion-clausula-suelo-subrogacion-prestamo_11_1018930003.html, ,8 de noviembre de 2016.

e) Esta interpretación restrictiva es especialmente intensa cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos, ya que las consecuencias de la sanción se proyectan sobre terceros, máxime cuando se trata de intereses colectivos de los consumidores que los tribunales tienen el indeclinable deber de tutelar."

Lo relevante en el supuesto comienza a partir del Fundamento de derecho sexto, párrafo 108, en el cual se examina la base jurídica del control de las cláusulas abusivas, derivado de la situación de inferioridad de los consumidores: *"el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas"*. Examina, a su vez, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión el carácter de orden público del control de las cláusulas abusivas impuestas a los consumidores, que obliga al Juez a declarar su nulidad incluso de oficio, esto es, aunque no lo haya solicitado el consumidor afectado: *"La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13."*

En el Fundamento de Derecho séptimo el Tribunal Supremo estudia si una cláusula relativa a los elementos esenciales del contrato puede calificarse como condición general del contrato, y cuál sería su régimen jurídico. Para aclarar esta cuestión es preciso poner de manifiesto que se entremezclan conceptos y regímenes jurídicos distintos:

- Tal y como manifiesta el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC): *"son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"* .Para calificarse como condición general de la contratación la cláusula contractual ha de tener una serie de

requisitos que ha construido la doctrina: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

- Por otro lado, existen cláusulas que son impuestas a consumidores: en este sentido es toda cláusula que un empresario impone a un consumidor, pero no tiene por qué tratarse de una condición general de la contratación, ya que puede ser impuesta a un sólo cliente. Su régimen jurídico se encuentra en el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, aprobado por el R. Decreto-legislativo 1/2007 (LDCU), con antecedente en la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El Tribunal Supremo afirma, a diferencia de lo que había sostenido la Audiencia Provincial de Sevilla, que el hecho de que una cláusula se refiera a los elementos esenciales del contrato no impide que sea condición general de la contratación. Lo que sí afirma ya es que para que sea válida tiene que haber sido conocida por el cliente antes de dar su consentimiento; y además tiene que ser transparente, pues sin consentimiento, no hay contrato: "*Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la transparencia de las cláusulas, no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una clausula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC"*

El Fundamento de derecho octavo examina si la cláusula suelo es objeto de imposición a los consumidores o aceptada libremente por éstos. Concluye, el TS, en contra de la sentencia recurrida, considerando que sí hay imposición, en el caso concreto se presentó una oferta determinada sin posibilidad de discutirla. Si el Banco sostiene que no hay imposición, le corresponde la carga de probar que ha habido una negociación real y efectiva, con posibilidad real por parte del cliente de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión. (párrafo 165 "*d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada*

no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.") También recuerda nuestro Alto Tribunal que los hechos notorios no exigen prueba, que la práctica de imponer el suelo es una práctica extendida suficientemente notoria, y que el hecho de que la cláusula sea impuesta "*no comporta su ilicitud".*

El Fundamento de derecho noveno examina la cuestión de que si la existencia de la cláusula suelo está contemplada en varias normas esto podría excluir que pueda ser abusiva. En este sentido se citan ciertas normas tales como la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, la Orden de 5 de mayo de 1994; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares; y en el ámbito europeo la propuesta de Directiva n° 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, la cual admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo aclara que lo que hacen esas normas no es establecer el contenido de la cláusula, sino imponer a las entidades financieras unas normas de información a la clientela sobre el contenido de sus contratos, por lo que sí es aplicable plenamente la LCGC, aplicando el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida: *"[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".*

El Fundamento de derecho décimo, respecto al control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato, se refiere a si esta cláusula suelo describe y define el objeto principal del contrato y si esta cuestión excluye que pueda ser objeto de un control de contenido o de abusividad: finaliza este Fundamento diciendo que la inviabilidad del control de abusividad no excluye el doble control de transparencia que a continuación va a describir: De lo expuesto cabe concluir: "*a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.*

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que,

como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."

El Fundamento undécimo comienza con el análisis del control de la inclusión de las condiciones generales en el contrato; señala una descripción de las obligaciones que la OM de 1994 impone a las entidades financieras tales como entregar un folleto informativo y luego una oferta vinculante con las condiciones económicas del préstamo (que incluiría la información sobre el suelo, si existiere), después permitir que el cliente consulte el borrador de la escritura durante tres días en la notaría; y por último, que el Notario advierta expresamente, entre otras cosas, si las limitaciones al alza y a la baja del tipo de interés no son semejantes. Entiende que partiendo de ese supuesto cumplimiento de las obligaciones legales, la cláusula suelo sí cumpliría también los requisitos de claridad, concreción, sencillez y legibilidad que se exigen para la válida incorporación de las condiciones generales a los contratos: "*Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 , garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor."*

En el Fundamento decimosegundo se examina si la cláusula cumple con el requisito de transparencia cuando está incorporada a contratos con consumidores. Explica que la Directiva 93/13/CEE exige que las cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. La LDCU exige aún más: que esté dispuesta de tal forma que el consumidor pueda conocer realmente cómo va a operar esa cláusula en la economía del contrato.

Se entiende, de este modo, que una cláusula de tanta importancia no debe estar enmascarada entre informaciones exhaustivas que dificultan su identificación. Por ello, en este Fundamento concluye con la afirmación de que el hecho de que una condición general supere, individualmente considerada, el control de transparencia para que esté incorporada al contrato, no es suficiente para excluir el control de abusividad de las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato cuando no son transparentes,

pues además se exige que la cláusula sea comprensible para que el consumidor entienda su importancia en el desarrollo del contrato: "*Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.*"

En el Fundamento de derecho decimotercero el Tribunal Supremo concluye estableciendo que aunque la cláusula suelo supere el control de inclusión en el contrato en cuanto condición general del contrato, no supera el control de claridad exigible a las cláusulas (generales o particulares) de los contratos suscritos con consumidores porque se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

Establece que las circunstancias que determinan el carácter no transparente de las cláusulas concretas que fueron objeto de litigio son:

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

El Fundamento decimocuarto trata de definir qué elementos hay que tener en cuenta para valorar el posible carácter abusivo de una cláusula, teniendo en cuenta que se trata de una acción abstracta, de cesación, no del enjuiciamiento de una demanda interpuesta por un consumidor individual. Así concluye el TS: "*De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:*

a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.

b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo."

El Fundamento decimoquinto se plantea que hay que tener en cuenta que la simple falta de transparencia no conduce a la nulidad: la nulidad exige que además la cláusula sea abusiva. Establece que: "*256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio."*

El Fundamento de derecho decimosexto establece el fundamento utile per inutile en general: *"la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido"*

Por tanto se entiende que la nulidad de la cláusula suelo no motiva la nulidad total del contrato (la cual obligaría a los consumidores a devolver inmediatamente las cantidades recibidas) sino que el préstamo se mantiene, pero sin la cláusula. Por ello, obliga a las entidades financieras demandadas a eliminar la cláusula de los contratos celebrados y a no volver a utilizarla en el futuro, de este modo los contratos celebrados subsisten sin esa cláusula.

Finalmente, el Fundamento decimoséptimo determina que la sentencia no tenga efectos retroactivos, pues manifiesta que la nulidad de un contrato o de una cláusula da lugar a que se tengan que eliminar todos sus efectos, incluso los ya consumados, por lo que hay que reintegrar todas las prestaciones, cosas o cantidades recibidas con sus frutos o intereses (art. 1.303 CC). Sin embargo, en determinados casos se puede excluir ese efecto retroactivo con base en el principio de seguridad jurídica cuando se ha actuado de buena fe y se podrían causar trastornos graves; El Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelo son lícitas, cumplen con una función objetiva, no son inusuales o extravagantes, su utilización ha sido tolerada por el mercado durante mucho tiempo, la condena a cesar en su uso no se basa en su carácter abusivo, sino en su falta de transparencia, la cual proviene de la insuficiencia de la información facilitada a los consumidores, y entiende en regímenes generales que es notorio que la retroactividad generaría trastornos económicos graves.

Por ello, excluye el efecto retroactivo de la sentencia, que sólo será efectiva respecto a los pagos que se hagan con posterioridad a su publicación: "*294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.*"

Por último, El Fallo de la sentencia dice que declara la nulidad de la cláusula suelo por las siguientes razones:

> "*a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*
>
> *b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
>
> *c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*
>
> *d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.*

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad."

2.4 BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

El de 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se ha pronunciado resolviendo las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado sobre la limitación por parte de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) de los efectos restitutorios en caso de declaración de nulidad, por abusivas, de las "cláusulas suelo" contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados entre entidades financieras y consumidores.

Como bien acabamos de exponer, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró efectivamente abusivas las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con los consumidores. Sin embargo, excluyó los efectos derivados de esa nulidad, no considerándolos retroactivos, al considerar que supondría generar una serie de trastornos económicos graves.

Los consumidores afectados por la aplicación de esas cláusulas reclaman las cantidades que alegan haber pagado indebidamente a las entidades financieras a partir de la fecha de celebración de sus contratos de crédito. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, ante quienes se han planteado pretensiones de esa índole, preguntan al Tribunal de Justicia si la limitación de los efectos de la declaración de nulidad a partir de la fecha en que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva sobre cláusulas abusivas, ya que, según esta Directiva, tales cláusulas no vincularán a los consumidores.[9]

[9] http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11520-el-tjue-ha-dictado-sentencia-sobre-las-clausulas-suelo:-pierde-la-banca/ 21 de diciembre de 2016

Considera el TJUE que *"una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva"*

Señala el TJUE que, debido a la vinculación que deben tener los órganos jurisdiccionales nacionales al Derecho de la Unión, dichos órganos *"deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión."*

Este es el fallo de la sentencia en cuestión:

"*En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:*

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión."

.

3. CLAUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

3.1.CONCEPTO Y ANTERIOR POSTURA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

En los contratos de préstamo para adquisición de vivienda garantizados con hipoteca es frecuente la inclusión de cláusulas en las que se establece el vencimiento anticipado de toda la deuda en base a diversas causas que, de concurrir, permitirían reclamar la totalidad de la deuda e iniciar (en su caso) el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Las causas de las que se hace depender dicho vencimiento anticipado son muy variadas, pues hay cláusulas que lo decretan "por cualquier incumplimiento del acreditado de sus obligaciones frente al acreditante". Sin embargo, es predominante la doctrina que considera que sólo se admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra *justa causa*,[10] consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

Resulta claro que, por tanto, las causas de las que se hace depender el vencimiento anticipado de la obligación deben tener cierta entidad y ser relevantes en relación al contrato de préstamo.

Este tipo de cláusula que faculta al profesional, en contratos de larga duración, a resolver anticipadamente el contrato a consecuencia del incumplimiento del consumidor, no constituye un elemento esencial del contrato, por lo que resulta susceptible de control de contenido.[11] La importancia de la cláusula de vencimiento anticipado viene dada porque faculta al acreedor prestamista para acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria, a través del art. 693.2de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ***"****Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el*

[10] STS de 16 de diciembre de 2009.

[11] Pérez Benítez, D. Jacinto José, Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Clausulas-abusivas-vencimiento-anticipado-incertidumbre-judicial_11_1074430003.html, 6 de abril de 2017, "Cláusulas abusivas, vencimiento anticipado e incertidumbre judicial"

vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.", pero siempre que se haya pactado expresamente.

Comenzaremos observando cómo era la postura de los tribunales nacionales respecto de esta cláusula antes del pronunciamiento del TJUE, en concreto el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de la Orotava, de fecha 30 de noviembre de 2015: Banco Santander interpuso demanda de ejecución hipotecaria contra un consumidor, demanda que fue admitida a través de auto despachando la ejecución solicitada. Posteriormente, en fecha 8 de junio de 2015, se presentó escrito de oposición frente a esa ejecución despachada, en base al apartado 4º del artículo 695.1 LEC *("**1.** En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: **4.ª** El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.")*.

Posteriormente, en fecha 26 de noviembre de 2015 se celebró la vista compareciendo ambas partes ratificándose la parte demandante de oposición en su escrito de oposición, y la parte ejecutante impugnando el mismo.

En los razonamientos jurídicos, el Juzgado de primera instancia analiza cómo debe actuar el juez nacional: "*debe comprobar especialmente si esta facultad de dar por vencido el préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato y si el incumplimiento tiene un carácter suficientemente grave por lo que se refiere a la duración y cuantía del préstamo".* De este modo, acude el Juez a la jurisprudencia de la AP de Barcelona, en el auto nº 197/2015 de 9 de junio de 2015, que en esos casos supedita la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado a la concurrencia de unas "*exigencias estrictas:*

1ª una demora en el pago prolongada durante como mínimo tres plazos tratándose de un préstamo o crédito que cuente con garantía hipotecaria o prendaria, tal como prescribe el art. 593.2 LEC

2ª si la financiación carece de garantías se requiere que el volumen del impago alcance una proporción significativa respecto del importe de la operación, lo que siguiendo un ejemplo de derecho comparado (Alemania), supondrá que el impago rebase el 10% de la deuda(..) o el 5% si la operación tiene un plazo de duración superior a tres años;

3ª em todo caso, concesión por el acreedor de un plazo razonable al deudor para liquidar la deuda antes de reclamar por anticipado el cumplimiento íntegro(...)

Tras el análisis de la normativa y jurisprudencia mencionada, el Juez nacional procedió a estudiar la aplicación de la cláusula y el grado de gravedad del incumplimiento del ejecutado, considerando como grave la conducta de los mismos "*ante 6 incumplimientos por parte de los ejecutados, sin que conste que con posterioridad al cierre de la cuenta los deudores hayan abonado cantidad alguna",* y considerando el juez de Primera Instancia que el banco ha actuado conforme a la legislación que protege los derechos de los deudores hipotecarios: *"la entidad bancaria ha realizado gestiones para reestructurar la deuda con los deudores hipotecarios o acordar la dación en pago, tal y como prevé el Real Decreto 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios"*

Concluye, por tanto, en base a estos razonamientos jurídicos, considerando que "*la aplicación de la cláusula del vencimiento anticipado en el contrato de autos no es abusiva ya que concurre una justa causa para la resolución del contrato, como es una verdadera y manifiesta dejación por parte de los ejecutados del cumplimiento de sus obligaciones de carácter esencial."*. De este modo en su parte dispositiva desestima el incidente de oposición presentado por la parte ejecutada y se acuerda la continuación del procedimiento, sin expresa imposición de costas.

Esta era la postura mayoritaria que adoptaban los jueces a la hora de resolver acerca de una cláusula de vencimiento anticipado: considerar la cláusula no abusiva y proceder con la continuación de la ejecución hipotecaria en el caso de que nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación por parte de los ejecutados del cumplimiento de sus obligaciones de carácter esencial. Entre los tribunales que mantenían esta postura se encuentra la propia Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (cítese, por

ejemplo, el auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de fecha 4/07/2016, rec. 107/2016) , quien en la actualidad, está acordando la suspensión de todos los procedimientos en los que se ha alegado la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado a la vista de la cuestión prejudicial elevada por el TS en virtud de auto de 8 de febrero de 2017 al TJUE a la que se hará referencia a lo largo del presente.

Sin embargo, esta postura ha tenido que superarse debido a las resoluciones posteriores del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las cuales consideran abusiva la cláusula de vencimiento anticipado.

3.2 SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2017, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

En lo que se refiere al litigio principal resumiremos brevemente los hechos acaecidos: El 12 de junio de 2008, el Banco Primus concedió, al Sr. Gutiérrez García un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la vivienda de éste. Como consecuencia del impago de siete mensualidades consecutivas, se declaró el vencimiento anticipado del préstamo, dando curso a esta reclamación, se procedió asimismo a la venta en pública subasta del bien hipotecado, pero no compareció ningún postor, a lo que el órgano jurisdiccional remitente adjudicó el bien al Banco Primus por un importe que representaba el 50 % del valor de tasación del mismo.

El 6 de abril de 2011, Banco Primus solicitó la entrada en posesión del bien, que fue diferida por tres incidentes sucesivos, entre los cuales figura el que concluyó con el pronunciamiento del auto de 12 de junio de 2013 por el que se consideró abusiva la cláusula 6 del contrato de préstamo, relativa a los intereses de demora. La adopción del auto de 8 de abril de 2014, a raíz del tercer incidente, puso fin a la suspensión del procedimiento de lanzamiento.

El 11 de junio de 2014, el Sr. Gutiérrez García formuló ante el órgano jurisdiccional remitente un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución del bien hipotecado, invocando el carácter abusivo de la cláusula 6 del contrato de préstamo.

A raíz de esta oposición, el órgano jurisdiccional remitente, tras suspender el procedimiento de lanzamiento, puso de manifiesto que subsistían dudas en cuanto al carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de determinadas cláusulas del contrato de préstamo diferentes de la relativa a los intereses de demora, tales como la cláusula 3 relativa a los intereses ordinarios, y la cláusula 6 *bis* relativa al vencimiento anticipado.

No obstante, por una parte, el órgano jurisdiccional remitente constató que el Sr. Gutiérrez García había formulado la oposición fuera de plazo, ya que había expirado el plazo preclusivo fijado por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente señaló que el artículo 207 de la LEC, que regula el principio de cosa juzgada formal, impediría realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal, dado que la legalidad de dicho contrato, a la luz de la Directiva 93/13, ya había sido objeto de apreciación en el marco del auto de 12 de junio de 2013, el cual había adquirido firmeza.

Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente indicó que, incluso en el supuesto de que procediera declarar abusiva la cláusula 6 *bis* del contrato sobre el que trata el litigio principal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le impediría declarar esa cláusula nula y dejarla sin aplicar, dado que el Banco Primus no la había aplicado en la práctica, sino que había actuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC

De este modo, el órgano jurisdiccional remitente, en primer lugar, plantea la cuestión de la compatibilidad de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 con esta Directiva, y, en segundo lugar, se pregunta si, en un procedimiento de ejecución hipotecaria compleja, como la que constituye el objeto del litigio principal, esa Directiva le obliga, a pesar de lo dispuesto en el artículo 207 de la LEC, a examinar de oficio las cláusulas de un contrato que ya ha sido sometido a tal examen a la luz de la Directiva 93/13 en el marco de una

resolución con fuerza de cosa juzgada. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente solicita orientación acerca de los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas 3 y 6 *bis* del contrato sobre el que versa el litigio principal y acerca de las consecuencias que debe llevar aparejadas ese carácter abusivo.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«*1) Si la disposición transitoria 4.ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del consumidor.*

2) Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad[,] al consumidor le está permitido denunciar la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto en la norma nacional para realizar esa denuncia[,] de manera que el juez nacional tenga que enjuiciar dichas cláusulas.

3) Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad[,] el juez nacional debe apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva, extrayendo las consecuencias procedentes, aun cuando previamente haya resuelto en sentido contrario o haya declinado esa apreciación en resolución firme conforme a la norma procesal nacional.

4) ¿Conforme a qué criterios puede influir la relación calidad/precio en el control de abusividad de los términos no esenciales del contrato? A la hora de abordar tal control indirecto de este tipo de elementos ¿es pertinente

tomar en consideración las limitaciones legales a los precios impuestas en normas nacionales? ¿Puede ocurrir que unos pactos válidos tomados en abstracto pierdan validez tras considerar que [el] precio de la operación [resulta] muy elevado sobre el normal del mercado?

5) *¿A los efectos del artículo 4 de la Directiva [93/13] es posible tomar en cuenta las circunstancias posteriores a la celebración del contrato si a ello conduce la inquisición de la norma nacional?*

6) *Si el artículo 693.2 de la LEC, reformado por la Ley 1/2013, debe interpretarse en el sentido de que no puede ser obstáculo a la protección del interés del consumidor.*

7) *Si de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad[,] cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes[,] incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.»*

En su sentencia, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones planteadas en cuatro partes: en cuanto a los criterios que el juez nacional debe tomar en consideración[12]:

- En primer lugar, el Tribunal explica que el examen del carácter abusivo de una cláusula implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato;

- en segundo lugar, en caso de que el tribunal nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios no está redactada de manera clara y comprensible, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva. Para tal, deberá comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa

[12] http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11590-el-tjue-establece-el-criterio-a-seguir-por-los-jueces-para-declarar-abusiva-la-clausula-de-vencimiento-anticipado/ 26 de enero de 2017.

cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés;

- En tercer lugar, por lo que se refiere al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor, el tribunal nacional debe examinar si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

- En lo que respecta a la imposibilidad, por parte del juez, de declarar la nulidad de la cláusula si el banco no la ha utilizado, el Tribunal manifiesta que esta prohibición en base a una ley nacional es contraria al derecho de la Unión, pues si el juez nacional, ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo, no se le debe impedir declarar su nulidad y dejarla sin aplicar.

Aclara que *"a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión* "

3.3 CUESTIÓN PREJUDICIAL ELEVADA POR EL TS A EUROPA DE 8 DE FEBRERO DE 2017

Nuestro Alto tribunal presentó el 8 de febrero de 2017 una cuestión prejudicial ante el TJUE a través de auto, ya que este Tribunal decretó la nulidad de las cláusulas de

vencimiento anticipado y debido a ello existen numerosas ejecuciones hipotecarias que se encuentran paralizadas, a la espera de que el TJUE se manifieste acerca de la postura que debe adoptar el juez nacional, si una vez decretada la nulidad de estas cláusulas, puede o no continuar con la ejecución hipotecaria.

Analizando el caso concreto, en el marco de un recurso de casación, se cuestiona por el banco demandado (Abanca Corporación Bancaria S.A) la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota de un préstamo hipotecario, declarada por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de mayo de 2014.

Respecto al objeto del litigio principal cabe decir que D. Hermenegildo y Doña Catalina concertaron con el banco, por un importe de 100.000 € a interés variable, un préstamo de garantía hipotecaria, a devolver en un plazo de treinta años, mediante 360 cuotas mensuales fijas. El contrato contenía la siguiente cláusula:

"6ª bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito.

La Caja [el banco], sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley 1/2000".

El señor Hermenigildo, que ostenta la condición legal de consumidor, presentó una demanda en la que solicitaba la anulación de varias condiciones generales del préstamo, por ser cláusulas no negociadas de carácter abusivo, entre ellas la antes transcrita sobre el vencimiento anticipado.

El banco recurrió la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

La Audiencia, a petición de los deudores personas consumidoras, declaró nulas por abusivas no sólo dicho vencimiento anticipado, sino también una cláusula suelo, la cláusula de intereses de demora y la de gastos.

El banco interpuso recurso de casación, que está pendiente de sentencia ante el Tribunal Supremo.

Sólo se cuestiona en casación la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, porque el resto han sido, al parecer, consentidas.

Las cuestiones relevantes, según el TS a efectos de la petición de la decisión prejudicial se refieren a si la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva y al alcance de la ineficacia de dicha declaración de abusividad.

En base a estas cuestiones el TS le plantea al TJUE si:

- El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse "en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del paxto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad.
- También le plantea el TS si, una vez declarada abusiva una clausula de vencimeinto anticipado, el tribunal nacional tiene facultades, conforme a la Directiva 83/13/CEE, para poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación

de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor.

4. CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

4.1.INTRODUCCIÓN

Los contratos de préstamo para adquisición de vivienda garantizados con hipoteca suelen incorporar una cláusula en la que se acuerda que, en caso de que el prestamista se retrase en el pago de alguna de las cuotas de amortización, se aplicará a la cantidad adeudada un tipo de interés más elevado que el fijado como remuneración.

No es un detalle del contrato al que suela atender el prestatario en el momento de la celebración del contrato puesto que confía- o le hacen confiar- en que se va a poder pagar a tiempo todas las cuotas de amortización previstas.

Sin embargo, si su situación económica empeora hasta el punto de verse obligado a incumplir el pago de algunas cuotas, la activación de esta cláusula implica un incremento desorbitado de la deuda por el tipo de interés tan elevado que resulta de aplicación. [13]

4.2 EL LÍMITE DEL ART. 114.3 LH

Nuevamente, la jurisprudencia comunitaria ha interpretado la norma y haciendo uso de sus facultades, la postura adoptada por el TJUE ha vuelto a colisionar con la que venían adoptando los órganos jurisdiccionales nacionales: *"La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del derecho dispositivo en materia de cláusulas abusivas iniciada con la Sentencia de 14 de junio de 2012 se consolidó con las Sentencias de 30 de abril de 2014, (Árpad Kásler y Káslerné Rábai), y muy especialmente con la Sentencia de 21 de enero de 2015 (Unicaja Banco, Caixa Bank y otros) y el Auto*

[13] Alonso Pérez , Mª Teresa "*Vivienda y crisis económica"*(estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica) Thomson Reuters ARANZADI, 2014, Capítulo 3: *"Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda"*), pág. 196 ss.

de 11 de junio de 2015 (BBVA y Quintano). La recepción de dicha jurisprudencia - especialmente relevante para el análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado e intereses moratorios- por los tribunales españoles, tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales, ha sido desigual y controvertida"[14]

Partiendo de la regulación legal en España respecto a este tipo de cláusulas, cabe destacar el artículo 85.6 del TRLGDCU, en cuya virtud son abusivas las cláusulas *"que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".*

La promulgación de la Ley 1 /2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que fijaba normativamente el tipo máximo de interés que puede aplicarse para el caso de incumplimiento por parte del deudor trastoca los términos en que estaba planteada la discusión. Esta ley modifica el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), el cual pasa a incorporar un párrafo tercero en el que se establece que los intereses moratorios en los préstamos para adquisición de vivienda garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda adquirida no pueden superar tres veces el interés legal del dinero.

Este precepto debe completarse con lo previsto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013 de la que resulta que la limitación de intereses moratorios fijada en el artículo 114.3 LH rige retroactivamente, es decir, también era aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

La aplicación de esta norma era una forma de parámetro de control de la posible abusividad de la cláusula: estableciendo un límite en virtud del cual no pudiera sobrepasarse el interés legal en más de 3 puntos.

---

[14]*Carballo Fidalgo, Olalla, Abogada. "La abusividad de la cláusula de intereses moratorios en la contratación bancaria con consumidores: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS"* http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12010-la-abusividad-de-la-clausula-de-intereses-moratorios-en-la-contratacion-bancaria-con-consumidores:-regulacion-legal-y-jurisprudencia-actual-del-tjue-y-el-ts/ 2 de junio de 2017

El legislador no aclaró sin embargo tres cuestiones que crearon incertidumbre en la doctrina y jurisprudencia. Las dos primeras cuestiones se refieren a los parámetros de abusividad, y la tercera, a los efectos de la nulidad[15]:

-*¿Puede interpretarse el artículo 114 de la LH en el sentido de que el interés moratorio que respete este límite -el triple del interés legal del dinero -no es abusivo?*

-*¿Si la cláusula es abusiva por su redacción pero no se aplica, debe acordarse igualmente su nulidad?*

- *¿Si se declara la nulidad de la cláusula, puede producir algún tipo de interés a favor del acreedor, aunque no sea el pactado?*

El auto del TJUE, de fecha 17 de marzo de 2016, vuelve a dar respuesta a a la primera de las preguntas. Como ya había apuntado este tribunal en resoluciones anteriores, este auto insiste en que el control de abusividad de un cláusula de interés moratorio no puede limitarse a los criterios definidos en el artículo 114.3 de la LH

El auto se presenta en virtud del planteamiento de una petición de decisión prejudicial, la cual versa sobre la interpretación de los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta petición ha sido formulada en el marco de un litigio entre Ibercaja Banco, S.A.U. (en lo sucesivo, «Ibercaja»), y el Sr. González, en relación con un procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas (Madrid) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
«1) ¿Los artículos [3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1,] de la Directiva 93/13[…] se oponen a una norma nacional, como el artículo 114 de la Ley

---

[15] *Carballo Fidalgo, Olalla, Abogada. "La abusividad de la cláusula de intereses moratorios en la contratación bancaria con consumidores: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS"* 2 de junio de 2017 http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12010-la-abusividad-de-la-clausula-de-intereses-moratorios-en-la-contratacion-bancaria-con-consumidores:-regulacion-legal-y-jurisprudencia-actual-del-tjue-y-el-ts/

Hipotecaria, que sólo permite al juez nacional, para valorar el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora, comprobar si el tipo de interés pactado supera 3 veces el tipo de interés legal y no otras circunstancias?

2) ¿Los artículos [3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1,] de la Directiva 93/13[…] se oponen a una norma nacional, como el artículo 693 [de la] LEC, que permite reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condiciona la posibilidad de evitar los efectos de dicho vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor[,] salvo en los casos de hipoteca que grave la vivienda habitual [del deudor]?»

Considera el TJUE que según el órgano jurisdiccional remitente, en aplicación de una normativa nacional de esa naturaleza, como es el artículo 114 de la LH, el juez, cuando deba apreciar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, *"sólo podrá comprobar si el tipo de intereses pactado por las partes es superior a tres veces el interés legal del dinero, sin que tenga la posibilidad de tomar en consideración a este respecto otros elementos."* (párrafo 28)

De este modo, considera en su Auto que *"tal normativa impide que ese juez, cuando deba pronunciarse acerca del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de ese tipo relativa al vencimiento anticipado del mismo, tenga en cuenta cualquier otra circunstancia que no consista en la falta de pago de tres mensualidades."*

Pero también recuerda el TJUE el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, en virtud del cual una cláusula se considerará «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre ese consumidor y un profesional.

Por tanto considera que decae en el juez nacional el deber de comprobar si esas cláusulas comportan efectivamente tal desequilibrio en detrimento del consumidor.

Para dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas concluye esta resolución considerando que la Directiva 93/13 debe interpretarse de la manera siguiente:

"- *sus artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional, y*

– sus artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que aprecie que es «abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva."

4.3 SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

En este contexto, y antes del Auto que acabamos de analizar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la Sentencia de 21 de enero de 2015 (Unicaja, Caixabank y otros), en la que niega la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor.

En su apartado 40 sostiene que *"no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva".*

Y en su apartado 41 manifiesta que el juez nacional, al apreciar la abusividad de una cláusula puede proceder a su anulación "*...en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula. "*

De esta forma viene a responder a las cuestiones prejudiciales que se le plantearon por parte de nuestro TS, considerando que "*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva*

93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

— *no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y*

— *no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva."*

4.4 CUESTIÓN PREJUDICIAL ELEVADA POR EL TS AL TJUE

Se trata de la cuestión prejudicial elevada a Europa por parte de nuestro Alto Tribunal, a través de auto de fecha 22 de febrero de 2017.

Este auto lo plantea en el seno del recurso de casación número 2825/2014.

Tras la descripción de los antecedentes de hecho, comienza el TS a explicar cómo ha procedido a actuar una vez se ha manifestado el TJUE respecto a la declaración de abusividad de las cláusulas: observando que el TJUE, una vez declarada la abusividad de una cláusula solo admite la posibilidad de aplicar de modo supletorio una norma de derecho nacional cuando sea necesario para que el contrato subsista, así como cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el TJUE declara improcedente la integración del contrato, "*pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas."(*Fundamento de Derecho 3º, apartado 20)

De este modo ha actuado el TS, tomando en consideración estas circunstancias, concluyendo que la consecuencia de la apreciación de abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato.

Entiende la jurisprudencia que la naturaleza de la cláusula que establece el interés de demora, examinada desde el plano del control de abusividad, consiste en la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio.

El Tribunal Supremo consideró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor.

Cimentando esta cuestión en el Fundamento de Derecho quinto, nuestro Alto Tribunal realiza una explicación y diferenciación entre el interés remuneratorio y el interés de demora: *"El interés remuneratorio y el interés de demora en un contrato de préstamo responden a causas diferentes. El interés remuneratorio constituye la retribución que el prestatario paga al prestamista por disponer del capital prestado hasta su restitución, por lo que está directamente relacionado con la causa del contrato de préstamo retribuido.",* mientras que *"El interés de demora supone una sanción al incumplimiento por el consumidor de su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos establecidos en el contrato. Por eso consiste en añadir un recargo sobre el interés remuneratorio."*

Si el recargo en que consiste el interés de demora es excesivo (en concreto, si es superior a dos puntos porcentuales en cálculo anual respecto del interés remuneratorio) y supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor se considera abusivo, y por tanto, que no debe vincular al consumidor.

La eliminación de esa cláusula cuando se considera abusiva, como es el interés de demora, *"no debe conllevar también la supresión del devengo del interés remuneratorio, pues este es el precio del servicio, cuya abusividad no puede ser apreciada por los tribunales si la cláusula que lo establece está redactada de manera clara y comprensible, conforme prevé el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE"*

Considera el TS que el interés remuneratorio debe seguir devengándose ya que persiste la causa que lo justifica, como es la entrega del dinero al prestatario para que disponga de él hasta que lo devuelva, con sus intereses, al prestamista.

A juicio de nuestro tribunal, que no se elimine el interés remuneratorio no supone una integración del contrato mediante la moderación del interés de demora "*"hasta límites admisibles"(que es lo la doctrina ha llamado "reducción conservativa de la cláusula" y que el TJUE ha declarado incompatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE) "*(Fundamento de Derecho quinto, párrafo 9).

Y a partir de este momento, comienza a enumerar las diferentes ventajas que podría suponer la adopción de esta acción (la no eliminación del interés remuneratorio), tales como seguridad jurídica, adecuada protección de los consumidores, equilibrio real entre las partes, etc.

La parte dispositiva de este auto señala las 3 cuestiones prejudiciales planteadas:
"*En virtud de lo expuesto, la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de España acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente petición de decisión prejudicial:*
1ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?
2ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como

objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

3ª) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?"

Esta tercera cuestión prejudicial se plantea con carácter subsidiario, para el caso de que la segunda cuestión tenga una respuesta negativa: si el TJUE entiende que la jurisprudencia del TS, en relación con los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de interés de demora, es considerada incompatible con el Derecho de la Unión.

5. CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

Las entidades bancarias han tendido a establecer este tipo de cláusulas en sus contratos de préstamo hipotecario. En esta cláusula se prevé que el pago de todos los tributos que gravan el préstamo hipotecario ha de corresponder al prestatario. Entre esos gastos que, en virtud de la denominada cláusula, han de correr a cuenta del cliente, destacan los tributos que gravan el préstamo hipotecario que se circunscriben al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en su modalidad de actos jurídicos documentados (documentos notariales, cuota fija y cuota variable).[16]

Por ello los consumidores están reclamando a las citadas entidades el pago de una parte de dicho gasto y recurriendo en la mayoría de los casos, ante la negativa por parte

[16] http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/declaracion-de-nulidad-de-las-clausulas-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios-implicaciones-respecto-del-impuesto-sobre-actos-juridicos-documentados.pdf, "Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados "Febrero de 2017.

de aquéllas, a procedimientos judiciales en los que instan la declaración de nulidad de dichas cláusulas.

A raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de fecha 23 de diciembre del 2015, en el recurso 2658/2013, que consideró abusiva la cláusula que imponía todos los gastos de formalización de la hipoteca para el cliente, comenzaron a surgir nuevas demandas presentadas por consumidores solicitando la nulidad de dicha cláusula.

Esta sentencia dimana de un recurso de casación interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. ("BBVA"), y por el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra una sentencia dictada por la la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación sobre condiciones generales de la contratación y acción de cesación de cláusulas abusivas insertas en préstamos hipotecarios y otros contratos bancarios. La parte recurrida ha sido la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU).

En este caso concreto la cláusula cuestionada atribuía a la parte prestataria de cuenta exclusiva "*todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato"* (Fundamento de Derecho Quinto g) Séptimo motivo: cláusula de gastos del préstamo hipotecario)

Acude el TS al artículo 89.3c del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario (que califica de cláusulas abusivas aquellas estipulaciones que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario) para considerar abusiva la cláusula.

Analiza también, nuestro Alto Tribunal, algunos artículos del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITPAJD). El art. 8 de este cuerpo legal dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas

por las partes en contrario: …aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d).

Por otro lado, menciona el art. 15.1 del texto refundido, que señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributaran exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo.

Y a su vez analiza el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Concluye así el TS: *" De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho."*

6. CONCLUSIONES

Como ya hemos expuesto, como consecuencia del boom inmobiliario que afloró entre los años 1997 y 2007, las entidades bancarias establecieron determinadas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario, que con el devenir del tiempo han venido considerándose abusivas.

Ello ha sido posible debido a los numerosos procedimientos iniciados por los consumidores, clientes de las entidades bancarias con las cuales habían suscrito su contrato, procedimientos iniciados con el objetivo de paliar esa abusividad para conseguir la nulidad de la cláusula.

Tras una extensa jurisprudencia, disparidad de doctrina entre nuestro derecho interno y el derecho comunitario, y la divergencia de resoluciones por parte de nuestros órganos jurisdiccionales en virtud del lugar en el cual se establecían los hechos, parece ser que con la doctrina insertada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (que ha manifestado la abusividad de ciertas cláusulas por la infracción de la Directiva 93/13 del Consejo), se han podido salvaguardar los intereses y derechos del colectivo de consumidores y usuarios que han sufrido las consecuencias económicas de la imposición de cláusulas que le han causado un detrimento.

Debido a la cantidad de demandas que se han presentado ante los juzgados de toda España le han surgido diferentes dudas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo proceder tras la declaración de abusividad de las cláusulas, dudas que se han manifestado a través de las diferentes cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, tanto por nuestro Tribunal Supremo como por juzgados y audiencias provinciales de nuestro país.

Muchas de estas cuestiones prejudiciales planteadas están aún a la espera de resolución por parte del TJUE como por ejemplo, el auto del TS de 22 de febrero de 2017, en relación con la cláusula de intereses de demora y el auto del TS de 8 de febrero de 2017, relativo a la cláusula de vencimiento anticipado, resoluciones que hemos podido analizar en el estudio de este trabajo.

7. BIBLIOGRAFÍA Y OTROS RECURSOS

1) Alonso Pérez , Mª Teresa "*Vivienda y crisis económica"*(estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica) Thomson Reuters ARANZADI, 2014, Capítulo 3: *"Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda"*), pág. 151 (STJUE de 14 de marzo de 2013-Caso Aziz).

2) Cohen Benchetrit, Amanda, Magistrada especialista CGPJ en asuntos propios de lo Mercantil. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Transparencia-inclusion-clausula-suelo-subrogacion-prestamo_11_1018930003.html, ,8 de noviembre de 2016.

3) Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel y De lucchi López Tapia, Yolanda: *"Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores"*capítulo 1, pág. 72, 2013.

4) Pérez Benítez, D. Jacinto José, Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Clausulas-abusivas-vencimiento-anticipado-incertidumbre-judicial_11_1074430003.html, 6 de abril de 2017, "Cláusulas abusivas, vencimiento anticipado e incertidumbre judicial"

5) http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11520-el-tjue-ha-dictado-sentencia-sobre-las-clausulas-suelo:-pierde-la-banca/ 21 de diciembre de 2016

6) http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11590-el-tjue-establece-el-criterio-a-seguir-por-los-jueces-para-declarar-abusiva-la-clausula-de-vencimiento-anticipado/ 26 de enero de 2017.

7) *Carballo Fidalgo, Olalla, Abogada. "La abusividad de la cláusula de intereses moratorios en la contratación bancaria con consumidores: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS"* http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12010-la-abusividad-de-la-clausula-de-intereses-moratorios-en-la-contratacion-bancaria-con-consumidores:-regulacion-legal-y-jurisprudencia-actual-del-tjue-y-el-ts/ 2 de junio de 2017

8) http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/declaracion-de-nulidad-de-las-clausulas-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios-implicaciones-respecto-del-impuesto-sobre-actos-juridicos-documentados.pdf, "Declaración de nulidad de las

cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados "Febrero de 2017.

Jurisprudencia

Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013

Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016

Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017

Auto del TS de fecha 8 de febrero de 2017

Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016

Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015

Auto del TS de 22 de febrero de 2017

Sentencia del TS de fecha 23 de diciembre de 2015