

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA

**Cláusulas abusivas y prácticas vinculadas abusivas, en el procedimiento de
ejecución hipotecaria español**

María Luisa Martínez Villaseca

DIRECTOR / ZUZENDARIA

José María Rifá Soler

Pamplona / Iruñea

20 de enero de 2015

INDICE

I.- INTRODUCCION.....	5
II.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION HIPOTECARIA EN ESPAÑA	
2.1 PARTICULARIDADES ANTES DE LA STJE DE 14 DE MARZO 2013.....	9
III.- PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO	
3.1 ANALISIS DOCTRINA TRADICIONAL MANTENIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	11
3.2 ANALISIS DE LA DOCTRINA A RAIZ DE LA CRISIS ECONOMICA.....	15
IV.- ANALISIS DE LAS CAUSAS DE OPOSICION POR EL DEUDOR HIPOTECARIO	
4.1 CAUSAS DE OPOSICION ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 1/2000.....	21
4.2 REFORMAS LEGISLATIVAS TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA DE 14 DE MARZO 2013.....	23
4.3 REFORMAS LEGISLATIVAS DE ESPECIAL TRANSCENDENCIA INTRODUCIDAS EN EL PROCESO DE EJECUCION HIPOTECARIA POR LA LEY 1/2013.....	28
V.- CLAUSULAS ABUSIVAS Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO EUROPEO.....	36
5.1 CLAUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA 93/13/CEE. SU TRANSPOSICION AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	37
5.2 DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA SOBRE LA DIRECTIVA 93/13/CEE.....	45
5.3 CONTROL DE OFICIO DE LA CLAUSULAS ABUSIVAS.....	45

5.4 PRINCIPIO DE CONTRADICCION Y DERECHO DE DEFENSA.....	47
5.5 PRINCIPIOS DE AUTONOMIA PROCESAL DE EFECTIVIDAD Y DE EQUIVALENCIA.....	49
VI.- CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE PRESTAMO HIPOTECARIO Y OTRAS PRÁCTICAS VINCULADAS.....	51
6.1 TIPOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRESTAMO HIPOTECARIO.....	53
6.1.1 INTERESES DE DEMORA.....	55
6.1.2 CLAUSULA DE VENCIMEINTO ANTICIPADO.....	63
6.1.3 CLAUSULA SUELO	67
VII. OTRAS PRACTICAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRESTAMO HIPOTECARIO	
7.1 VINCULACION DEL PRESTAMO HIPOTECARIO A LA CONTRATACION DE DETERMINADAS POLIZAS DE SEGURO.....	74
7.1.1 SEGURO DE HOGAR.....	84
7.1.2 SEGURO DE VIDA.....	89
7.1.3 OTRAS MODALIDADES DE SEGURO ASOCIADAS A UN PRESTAMO HIPOTECARIO.....	95
VIII. CONCLUSIONES.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	105

RELACION DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto Audiencia Provincial
AJPI	Auto Juzgado de Primera Instancia
ATJUE	Auto Tribunal de Justicia de la Unión europea
BBK	Bilbao Bizkaia Kutxa
CAI	Cai-Ibercaja
CC	Código Civil
CCM	Caja Castilla la Mancha
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones
DL	Decreto Legislativo
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (vigente)
Ley 1/2000	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (antes de la reforma)
Ley 1/2103	Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

LMH	Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario
LOPD	Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal
JPI	Juzgado de Primera Instancia
PUF	Prima Única Financiada
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJMER	Sentencia Juzgado Mercantil
SJPI	Sentencia Juzgado Primera Instancia
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TRLGDCU	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
TS	Tribunal Supremo
TSJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

I.- INTRODUCCION

La crisis económica que se sufre en Europa en estos últimos años y oficialmente instalada en España a partir del 2007, ha conducido a la adopción, por parte de los gobiernos, de medidas orientadas a limitar y reducir los gastos y la deuda pública.

Estas políticas públicas, claramente identificadas por los criterios de austeridad en los gastos públicos, han puesto de manifiesto que muchos de los mecanismos jurídicos que, aparentemente, funcionaban, en época de bonanza no son los adecuados para afrontar los problemas surgidos en el contexto social de esta crisis económica.

Las medidas financieras que debieron adoptarse por el gobierno español han tenido un grave impacto en la sociedad, traducándose, en una alta tasa de desempleo, que, añadida a la restricción del crédito al consumo y a la escasa oferta de arrendamientos, han provocado que miles de consumidores españoles tuvieran dificultades para poder hacer frente a sus pagos.

En particular, la adquisición de préstamos hipotecarios comercializados con omisión de mecanismos de evaluación de solvencia, que gravan en casi en su totalidad la capacidad económica de los prestatarios, unido al desempleo, ha ocasionado que las familias se encuentren en dificultades para atender sus pagos viéndose expuestas al incremento asombroso de sus deudas y, en última instancia, a la pérdida de su vivienda.

La consecuencia final es que en muchos casos los ciudadanos ven cómo peligran su vivienda habitual por no poder hacer frente a las cuotas de su préstamo hipotecario, y la situación desemboca, con casi total seguridad, en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

La situación se hace más dramática si se tiene en cuenta que las entidades financieras se han convertido en un instrumento imprescindible para el desarrollo económico, no sólo de las empresas, sino también de los particulares. La dependencia de los servicios bancarios es evidente, desde la financiación de muchos productos de consumo, el uso de tarjetas de crédito, la gestión de cobros y pagos domésticos y otros son claros ejemplos de ello. Esta necesidad de la población, de acceder al crédito como medio de mejorar las expectativas económicas, ha sido aprovechada por muchas de estas entidades crediticias, que no han actuado con la transparencia que exige el sistema.

El colapso del sistema y el devenir de los acontecimientos han dejado al consumidor en una situación de desequilibrio contractual y desprotección absoluta frente a la entidad bancaria, al constatarse en el contrato de préstamo hipotecario cláusulas y obligaciones vinculadas, claramente abusivas que, seguramente, en un contexto de bienestar económico no se hubieran tenido en cuenta.

El grado de desigualdad es tan elevado que en la coyuntura económica actual, el deudor se ve compelido en muchos casos a asumir ésta condición prácticamente de por vida, debido a la depreciación del valor de los inmuebles y la falta de medidas legislativas tendentes a limitar la responsabilidad hipotecaria al bien sujeto a la garantía, en vez de a todo el patrimonio del deudor por imperio del principio de responsabilidad patrimonial universal.

En el inicio de la crisis no se adoptaron medidas legislativas para paliar las consecuencias jurídico-económicas que la pérdida del estado de bienestar supuso, pues se preveía que fuera una situación temporal. Sin embargo, se convirtió en un ciclo largo y duradero, que llevó a que muchas familias quedaran en situación de exclusión.

Adicionalmente, la ausencia de mecanismos protectores de las familias producida la insolvencia, en orden a conservar la vivienda o, al menos, a no perderla en condiciones que impidan alcanzar una segunda oportunidad (como consecuencia del principio de responsabilidad universal del art. 1911 CC), ha acentuado el sentir general de necesidad de reformar nuestra legislación.

Con la reforma de la Ley Hipotecaria 41/2007 del 7 de Diciembre, ya se intentó dotar de cierta estabilidad al mercado hipotecario introduciendo novedades como la eliminación de obstáculos para comercializar nuevos productos financieros, la modernización del régimen de protección mediante una transparencia más efectiva por parte de las entidades bancarias, la información pre-contractual que deben poner a disposición del consumidor antes de contratar y la eliminación de la comisión de cancelación anticipada entre otras.

Pequeños pasos, insuficientes para la situación que se vivía y que siguen dejando clara la supremacía de los bancos, la importancia del segmento hipotecario en la estabilidad macroeconómica y financiera. Situación que queda muy lejos del espíritu del derecho comunitario de la Directiva del Consejo 93/13/CEE de 5 de Abril de 1993 y

de numerosa jurisprudencia del TJUE, sobre la eliminación de las cláusulas abusivas que causen un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor.

No se puede negar que esta crisis económica y financiera por la que atraviesa nuestro país, consecuencia del modelo financiero y la burbuja inmobiliaria, aparece dotada de ciertas peculiaridades propias, de carácter inmobiliario, y tras la aparición de autos como el de la Audiencia Provincial de Navarra del 2010 o de la de Gerona del 2011 y por supuesto la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, el legislador español se ha visto obligado a tomar medidas sobre algunas deficiencias importantes de nuestro sistema de ejecución hipotecaria. Medidas insuficientes, tomadas de una forma precipitada que, a nuestro entender no acaban con el problema del procedimiento de ejecución hipotecario.

La última reforma realizada 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 aprovecha para recoger las exigencias del TJUE e incorporar algunas modificaciones legales para dar respuesta a iniciativas sociales aplicables sólo a un sector de la población dejando fuera al resto. Esto puede considerarse inconstitucional?

La ley 1/2013 plantea la tutela del consumidor frente a aquellas cláusulas abusivas del contrato hipotecario en el mismo procedimiento hipotecario, mejora sustancialmente los motivos de oposición, pero todas las cláusulas abusivas son oponibles en un procedimiento de ejecución hipotecaria? debe el juez de instancia apreciar de oficio la abusividad de la cláusula? En qué momento procesal? Se debe plantear un procedimiento declarativo para ello paralelo?

El presente trabajo tiene por objeto situar y analizar la problemática de las cláusulas abusivas en el marco del actual procedimiento de ejecución hipotecaria, así como de otras prácticas vinculadas al préstamo hipotecario tras las reformas legislativas acontecidas en España en aplicación de las últimas sentencias del TJUE. En concreto analizaremos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de marzo de 2013 que marcó un antes y un después en el tratamiento de este asunto.

El trabajo se divide en ocho capítulos para sistematizar el análisis de la cuestión, aunque podemos decir que consta de tres grandes bloques: En el primero analizamos someramente las particularidades del procedimiento hipotecario; en el segundo

valoramos las últimas reformas legislativas en el proceso hipotecario español y el tratamiento de las cláusulas abusivas en el mismo tras la STJUE de 14 de marzo de 2013; y el tercer bloque en el que abordamos las obligaciones vinculadas al préstamo hipotecario como los seguros, una cuestión interesante y novedosa sobre la que se ha pasado de puntillas y que atenta gravemente a la libertad de contratar del consumidor.

II.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION HIPOTECARIA EN ESPAÑA

2.1 PARTICULARIDADES ANTES DE LA STJE DE 14 DE MARZO 2013

La ejecución hipotecaria ha tenido, en el derecho español, su marco procesal específico en la propia ley hipotecaria (art. 131 LH.). Su configuración actual proviene de la Ley de reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1909, que a su vez reformó la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893.

El objeto de este procedimiento, según justificaba en su Exposición de Motivos el proyecto de reforma de la Ley hipotecaria de 1909, no era otro que fomentar el crédito hipotecario, y permitir la rapidez y la seguridad en la concesión de préstamos, en respuesta a las carencias que presentaba el procedimiento ordinario respecto al cobro de las deudas. La introducción de este procedimiento sumario permitiría favorecer la realización del crédito real inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios

Se configuraba como un procedimiento especial que otorgaba una tutela judicial más privilegiada para el acreedor hipotecario, pues en este procedimiento de ejecución el juez permite satisfacer el derecho del acreedor ejercitando la acción real hipotecaria con la enajenación, en vía de apremio, del bien hipotecado¹.

¹Vid. CRUZ GALLARDO BERNARDO, *"Principios hipotecarios y Particularidades de la ejecución hipotecaria"*, La Ley, Madrid, 2014. Pág. 446: *"El procedimiento de ejecución hipotecaria –de una forma muy simple se puede concebir-, nace del ejercicio de la acción real hipotecaria, en cuya virtud el juez admite satisfacer un derecho del acreedor que no puede realizarlo por sí solo, con la enajenación del bien hipotecado mediante la vía de apremio."*

Esta reforma de principios de siglo convierte al hipotecario en un proceso judicial especial, en el que el título tiene extraordinaria fuerza ejecutiva, excluye la posible controversia entre las partes y reduce al máximo las posibilidades de defensa del deudor pues comprime las causas de suspensión del procedimiento.²

Otra característica de este procedimiento es que se trata de proceso sumario, sin fase de cognición, con los motivos de oposición tasados y de carácter eminentemente formal. Este carácter formal exigen dos presupuestos para acceder al proceso: 1) la constancia registral del contrato de préstamo hipotecario, ya que la inscripción en el Registro del derecho real de hipoteca sobre el inmueble es lo que permite al acreedor hipotecario transformar la finca en dinero para satisfacer la deuda pactada en el crédito. 2) Que en esa misma escritura se señale un domicilio del deudor a efecto de notificaciones y requerimientos.

Sin embargo numerosos autores no lo consideran un procedimiento sumario, pues, a su juicio, este procedimiento es una variante del ejecutivo ordinario cuya especialidad reside en que los bienes sobre los que se proyecta han sido previamente hipotecados o pignorados.^{3y4}

Las notas esenciales de este procedimiento se mantienen en la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. El procedimiento de ejecución hipotecaria se regula en el Capítulo V («De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados»)

²Vid. ALAMO GZLEZ DANIEL P., “*La Dación en Pago en La Ejecuciones Hipotecarias- el control judicial del equilibrio contractual*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2012. Pág. 26

³Vid. Hay que señalar que la doctrina no siempre ha estado de acuerdo sobre el tratamiento del procedimiento de ejecución hipotecario. Autores como GUASP, dicen que no tiene razón de ser que el procedimiento hipotecario sea considerado como especial de ejecución: “*Ahora bien, lo que sí puede afirmarse es que no tiene razón de ser la existencia del procedimiento hipotecario como forma especial de ejecución, y, reconociendo la superioridad (que aún puede ser aumentada) del texto hipotecario sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que habrá de hacerse es elevar los preceptos del primero a supuestos de carácter general y ordenar un tipo único de ejecución sobre bienes inmuebles en que se recojan las soluciones mejores de aquel y en el que venga incluida la hipótesis del título hipotecario, al lado de las restantes, sin más que, a lo sumo, la determinación de los pocos artículos específicos que se juzguen indispensables*”. Vid. GUASP JAIME, “*La ejecución procesal en la ley hipotecaria*”, Bosch, Barcelona 1951. Pág 64.

⁴Vid. Y para otros como FERNANDEZ-BALLESTEROS, era superfluo por la necesidad de escritura pública para que la hipoteca se constituya válidamente. Vid. FERNANDEZ-BALLESTEROS, “*La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*”, Ed. Iurgium, Madrid 2001, págs. 629 y 630.

del Título IV («De la ejecución dineraria») del Libro tercero («De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares»), concretamente en los arts. 681 a 698. Esta nueva regulación supuso un gran avance puesto que por fin se regula en un texto procesal, la LEC, el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, que hasta entonces, se venía regulando en un texto sustantivo como era la Ley Hipotecaria.

Aunque en esencia la LEC recoge de forma prácticamente idéntica la regulación del art. 131 LH, y así lo anuncia en su exposición de motivos (apartado XVII),⁵ sigue siendo un procedimiento especial porque su regulación contempla diversas peculiaridades que lo distancian de la ejecución propia de los títulos ejecutivos extrajudiciales. Su principal especialidad se centra en la limitación de las posibilidades de oposición del deudor; el proceso está pensado para que, constatado el impago, se realice de forma prácticamente inmediata el bien hipotecado o pignorado.

En realidad, la nueva regulación de la Ley 1/2000 se limita a introducir las especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria, prácticamente carente de contradicción y con muy limitadas causas de oposición, siendo de aplicación supletoria las restantes normas del procedimiento general de apremio. Por ello dicho capítulo se denomina “De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”.

Otra característica de este procedimiento a destacar, es la de su antiguo régimen de recursos. La reforma operada sólo permitía al acreedor interponer recurso frente al auto que ordenase el sobreseimiento de la ejecución. Mientras que el deudor volvía a tener limitada esta facultad no pudiendo interponer recurso de apelación frente a la resolución judicial que desestimara su oposición. Tuvo que ser el Tribunal de Estrasburgo el que corrigiera esta anomalía procesal.

⁵Vid. Exposición de motivos LEC, apartado XVII: “La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable.”

El deudor ejecutado tendrá que acudir a un procedimiento declarativo para ejercitar sus alegaciones. Se puede apreciar que el seguir limitando los medios de impugnación en esta reforma, obedece al espíritu del legislador de mantener la naturaleza sumaria del procedimiento de ejecución hipotecaria, tal y como se concebía en la LH⁶ y como defiende gran parte de la doctrina, dejando el análisis de fondo para un juicio declarativo posterior.

Sin embargo este planteamiento ha hecho que en numerosas ocasiones a lo largo de la historia, la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo hipotecario fuera cuestionada, sin éxito, por otra parte de la doctrina.

III.- PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO

3.1 ANALISIS DE LA DOCTRINA TRADICIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No hay duda alguna de que en el procedimiento hipotecario el deudor tiene limitadas las posibilidades de defensa. No existe fase de cognición y los motivos de oposición están tasados. Esta característica ha hecho que en numerosas ocasiones se cuestionara la constitucionalidad de este instrumento por vulneración del art. 24.1 CE.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente acerca de la especial naturaleza del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria y su constitucionalidad.

⁶ Vid. BANACLOCHE PALAO, JULIO, “Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada”, Diario La Ley nº 8312, Sección Doctrina 16 de mayo de 2014, La Ley, “La clave del modelo es que no se permita instar el incidente de oposición —y, por ende, suspender el proceso de ejecución— por ningún otro motivo distinto a los expresamente contemplados en la ley; cualquier otro que se pretenda esgrimir, incluso relativos al título ejecutivo (es decir, la escritura pública) o la deuda garantizada, deben hacerse valer en un declarativo ordinario, «sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento» (art. 698.1 LEC (LA LEY 58/2000)).”

Considera el alto tribunal que este proceso especial de ejecución no infringe precepto constitucional alguno, puesto que los derechos del deudor quedan garantizados

con la posibilidad que la ley les brinda de acudir a un proceso declarativo ordinario, posterior. Por tanto entiende que la ausencia de fase de cognición justifica que el procedimiento no tenga carácter de definitivo.

La primera sentencia del Constitucional que se pronuncia en este sentido fue la Sentencia TC núm. 41/1981 de 18 diciembre que, al resolver un recurso de amparo analizó y confirmó la constitucionalidad del régimen procesal de la antigua LH. Hay que matizar que en el caso al que alude la presente Sentencia, el recurrente no cuestionó el privilegio del Banco Hipotecario, sino el de la ejecución hipotecaria en general, comparándolo con el juicio ejecutivo ordinario.

Refiriéndose a los dos procedimientos, el del Banco Hipotecario y el del artículo 131 LH, establece la Sentencia que *“característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones”*. En efecto, sostiene el Tribunal, que *“el deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago, y, por ello, la Ley prevé que debe hacerse el oportuno requerimiento, si el acreedor no lo ha hecho antes, mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades”*.⁷ A pesar de reconocer el Alto Tribunal, las escasas posibilidades de defensa del deudor ejecutado en este procedimiento, salva su constitucionalidad y supera esta indefensión argumentando el carácter no definitivo del procedimiento. Como no se produce efecto de cosa juzgada, deja abierta la puerta a un proceso declarativo en el que se pueden discutir las cuestiones de fondo.⁸

⁷ Vid. STC 41/1981 de 18 de diciembre. FD nº 4: *“Característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones. La presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o de acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización. El deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago, y por ello, la Ley prevé que debe hacerse el oportuno requerimiento, si el acreedor no lo ha hecho antes, mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades. Frente a las once excepciones que permite el artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ejecutivo ordinario, la Ley Hipotecaria preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluidas las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, «se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto*

A partir de la STC 41/1981, toda la jurisprudencia posterior ha seguido esta misma línea con poca variación de argumentos. Prácticamente lo que se puede encontrar es mera reiteración de la doctrina fijada por la sentencia del 81y muchas sentencias incluso, se limitan a copiar textualmente párrafos enteros de ésta. Baste citar, entre otras, las SSTC 64/1985, de 17 de mayo, 41/1991, de 17 de enero, 6/1992, de 16 de enero, 217/1993, de 30 de junio, 21/1995, de 24 de enero, 109/1995, de 4 de julio de 29/2003, de 13 de febrero.

Recientemente el Tribunal Constitucional repite la idea de que en el procedimiento hipotecario se daba cumplimiento al derecho de defensa y así en el Auto 113/2011 dictado por el Pleno en fecha 19 de julio de 2011, redundando en su doctrina anterior, inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre los arts. 579.2, 695 y 698 de la LEC alegando que la ausencia de contradicción procesal en el seno de dicho proceso no ocasionaba indefensión, dada la posibilidad de iniciar un juicio declarativo posterior⁹.

de suspender ni entorpecer el procedimiento». Esta regla admite únicamente las excepciones que enumera el artículo 132: la cuestión prejudicial penal de falsedad del título; la tercería de dominio, que equivale a un improbable error del Registrador, ya que ha de tratarse de inscripción anterior a la del crédito; la cancelación de la hipoteca y la existencia de saldo distinto en la libreta del deudor respecto del que resulte de la presentada por el actor, en la especial hipoteca en garantía de cuentas corrientes.”

⁸ STC 41/1981 FD nº 5 “La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud.”

⁹ Vid. ATC (Pleno) núm. 113/2011 de 19 julio, “Siguiendo la doctrina precedente y en respuesta al aducido carácter insatisfactorio de la remisión legal al correspondiente proceso declarativo para abordar una cognición plena reiteramos en la STC 217/1993, de 30 de junio (RTC 1993, 217) , F. 2, (con mención de Sentencias anteriores) que «este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el art. 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE»; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en ulteriores ocasiones (SSTC 269/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 269] , F. 4; y 223/1997, de 4 de diciembre [RTC 1997, 223] , FF. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada, en nuestra Sentencia del Pleno de este Tribunal 158/1997, de 2 de octubre (RTC 1997, 158) , FF. 5, 6 y 7.”

El Tribunal parece olvidar que dicho juicio declarativo no produce la suspensión del procedimiento hipotecario ni, por ende, de la subasta del inmueble y que aunque en aquél se llegue a dictar sentencia favorable al deudor, ya no va a poder recuperar el bien subastado.

Esta postura doctrinal no ha sido compartida por muchos autores, MIRA ROS por ejemplo, se muestra muy crítica con la constitucionalidad de este procedimiento. Considera que el automatismo de un juicio ejecutivo, falto de contradicción, merecería serios reparos de inconstitucionalidad y la cuestión nunca debiera haberse solventado sin considerar su posible confrontación con el art. 117.3 CE, desde la perspectiva del significado y alcance del principio constitucional de monopolio de la jurisdicción.¹⁰

En el mismo auto 113/2011 del TC, mencionado anteriormente, el magistrado EUGENI GAY MONTALVO, mostraba su disconformidad con la resolución del pleno, en un voto particular. Argumentaba el magistrado que no se puede extender automáticamente la doctrina constitucional establecida en la citada STC 41/1981 sin

¹⁰ Vid. MIRA ROS, Revista digital El Notario siglo XXI, nº 20, Julio-Agosto 2008: “...*el verdadero problema de la ejecución judicial de la hipoteca no es si su regulación, por lo limitado del contradictorio, lesiona o no el derecho a la tutela judicial efectiva, obstáculo fácilmente salvable, como sostuvo el TC, por la siempre abierta posibilidad de contradicción ulterior en el procedimiento declarativo correspondiente. Contrariamente, la constitucionalidad del proceso judicial de ejecución hipotecaria no debiera haberse nunca solventado sin considerar su posible confrontación con el art. 117.3 de la Constitución, no ya desde la perspectiva (que sí fue abordada en la sentencia) de la posible vulneración en su desarrollo reglamentario del principio de reserva de ley en materia procesal, sino, sobre todo, desde la perspectiva, ciertamente más borrosa, del significado y alcance del principio constitucional de monopolio de la jurisdicción. Cuando el artículo 117.3 de la Constitución proclama que sólo a los jueces corresponde “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, se refiere a hacer ejecutar lo juzgado, lógicamente, por un juez (a excepción de los árbitros), de modo que el principio de exclusividad jurisdiccional tiene, a su vez, a la inversa, también un efecto negativo, en el sentido de que lo no juzgado no es ejecutable judicialmente o, de otro modo expresado, carece de sentido atribuir la ejecución de un crédito a un Juez si previamente no se ha celebrado un juicio donde se declare, aunque sea sumariamente, la existencia de la deuda y, también, en su caso, de la garantía hipotecaria. A partir de esta hipótesis, tratándose de la ejecución de títulos extrajudiciales, la posibilidad de contradicción, no sólo por defectos procesales, sino también por motivos materiales o de fondo, por reducido que sea el alcance cognitivo del propio juicio ejecutivo, supone un aspecto esencial del proceso de ejecución, sin que importe si esa oposición se sustancia como un incidente o si, por el contrario, se cierra como una fase previa a la vía de apremio, de modo que lo que se ejecuta no es el título aportado con la demanda, sino, en todo caso, la propia decisión judicial de proseguir el procedimiento, a la vista de la oposición formulada o de su falta de formulación. Sin abundar en esta polémica, que mantiene dividida a la doctrina procesal, baste señalar, en lo que aquí interesa, que, en todo caso, el automatismo de un juicio ejecutivo falto de contradicción merecería serios reparos de inconstitucionalidad.”* <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/practica-juridica/1932-ejecucion-hipotecaria-0-7741411298272582>

tener en cuenta que la situación económica y financiera actual es radicalmente distinta a la existente a principios de los años ochenta.

En opinión de GAY MONTALVO la función que la Constitución ha encomendado a este Tribunal, tanto en los procesos de amparo como en los de control de la constitucionalidad de la Ley, no puede ser insensible a la realidad social sobre la que se proyectan los preceptos, principios y valores de nuestra Norma Fundamental.¹¹

3.2 ANALISIS DE LA DOCTRINA A RAIZ DE LA CRISIS ECONOMICA

Es obvio que el contexto social en el que se debe aplicar la doctrina mantenida por el tribunal constitucional durante todo este tiempo no es el mismo que hace casi 30 años. El panorama actual es bastante más complicado, la economía se ha sofisticado de tal manera que se hace imposible controlar la cantidad de productos con garantía hipotecarios que se comercializan por parte de las entidades financieras.

¹¹Vid. ATC núm. 113/2011 de 19 julio, Voto concurrente DE GAY MONTALBO, EUGENI “.....Este panorama de fondo atestigua, sin que sobre ello quepa la más mínima duda, que los ciudadanos que, como los recurrentes en el proceso a quo, contrataron en estos últimos años productos hipotecarios como medio de obtener el dinero necesario para adquirir su vivienda habitual sin poderse percatar al tiempo de otorgar su consentimiento de unos riesgos muy distintos de los que ciertamente implicaba la operación; riesgos que, debido a la complejidad y opacidad que ha presidido el sistema financiero según ya expusimos, muy posiblemente también desconocían las entidades de crédito prestadoras del dinero y beneficiarias de la garantía hipotecaria. En consecuencia, las partes contratantes, adoleciendo de errores sustanciales acerca de las condiciones que afectaban la operación que concluían, prestaban un consentimiento imperfecto, cuando no completamente viciado. En definitiva, los rasgos de la situación económica y financiera actual son radicalmente distintos a los que la caracterizaban a principios de los años ochenta y esta profunda transformación incide directamente en la esencia de las condiciones de cumplimiento de los compromisos hipotecarios adquiridos por los prestatarios. Es por ello que no me parece suficiente para desechar como infundada la presente cuestión de inconstitucionalidad la extensión automática de la doctrina constitucional establecida en la citada STC 41/1981 (RTC 1981, 41) y reiterada en la SSTC 217/1993, de 30 de junio (RTC 1993, 217) , 269/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 269) , y 223/1997, de 4 de diciembre (RTC 1997, 223) . Muy al contrario, en mi opinión, sería necesario examinar si los preceptos cuestionados, interpretados a la luz del nuevo contexto económico y social, son compatibles o no con los valores constitucionalmente protegidos aducidos por el órgano judicial promovente. De lo contrario, se incurre en un cierto reduccionismo en el control constitucional, respecto del que ya he expuesto mi discrepancia en alguna ocasión (por referencia al recurso de amparo en sendos Votos particulares a la STC 71/2002, de 8 de abril [RTC 2002, 71] , y al ATC 140/2002, de 23 de julio [RTC 2002, 140 AUTO]) al entender que la función que la Constitución ha encomendado a este Tribunal, tanto en los procesos de amparo como en los de control de la constitucionalidad de la Ley, no puede ser insensible a la realidad social sobre la que se proyectan los preceptos, principios y valores de nuestra Norma Fundamental.”

Los consumidores se encuentran con que han firmado operaciones de riesgo complejas, y poco transparentes, con la única finalidad de conseguir financiación para su vivienda. Préstamos en una situación de total desigualdad, con cláusulas desproporcionadas y obligaciones vinculadas que habitualmente son desconocidas por el interesado.

Esta coyuntura económica por la que atraviesa nuestro país ha hecho que aumenten exponencialmente las demandas de ejecución hipotecaria y que el “ya cuestionado” procedimiento de ejecución hipotecaria haya sido blanco de un buen número de críticas. En este sentido, muchos Juzgados de Primera instancia¹², han dictado resoluciones en el marco de procedimientos de ejecución hipotecaria en contra de lo dispuesto por el art.579 LEC¹³, en base a argumentos de justicia social.

¹²Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010(nº 111/2010); Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de enero de 2011(nº 4/2011) y Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011.

¹³Vid. Art.579 LEC: Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados:”1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior”.

Cada vez son más frecuentes las cuestiones de constitucionalidad que se plantean ante el Alto Tribunal en relación a procedimientos hipotecarios.

En este sentido, nos parece interesante traer a colación el Auto de 30 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 695, 698 y 579 de la LEC. Este Juzgado ha obligado al Tribunal Constitucional a pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria, pero esta vez, el regulado en los artículos 681 y siguientes de la LEC 1/2000, y no el del antiguo artículo 131 LH¹⁴.

¹⁴Vid. AJPI N° 2 Sabadell de 30 de septiembre de 2010. FD. Noveno: STC 41/1981 (RTC 1981, 41) y justificación de un nuevo pronunciamiento. *“Lógicamente, al abordar esta materia, no puede desconocerse la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, en la que, al resolver un recurso de amparo, analizó y confirmó la constitucionalidad del antiguo régimen procesal de la Ley hipotecaria (RCL 1946, 886) , para concluir que eran aceptables las limitaciones a la oposición. Deben efectuarse las siguientes consideraciones: A) En el supuesto de que una normativa legal no haya variado (que no es el presente caso), el TC debería poder valorar de nuevo, 28 años más tarde, su constitucionalidad, al haber cambiado radicalmente la realidad social y la economía sobre la cual deben efectuarse las correspondientes ponderaciones. B) Como es evidente, la normativa sí ha cambiado y lo que se cuestiona ahora es la actual LEC, no la anterior LEC (LEG 1881, 1) y Ley hipotecaria entonces vigente. C) De modo muy especial, el supuesto analizado por el TC se refería a la hipoteca constituida entre dos personas jurídicas (la sociedad "C.S. Inmobiliarios, S.A." y el Banco Hipotecario de España, S.A.), por lo que no afectaba a un bien inmueble constitutivo de vivienda, derecho constitucional sí afectado en los supuestos que estamos analizando y que precisamente justifica la necesidad de un nuevo pronunciamiento. Por ello los juicios de ponderación constitucional que ahora deberán realizarse son sustancialmente distintos. D) Incluso con independencia de todo ello, aunque ambas legislaciones (la anterior sobre la que se pronunció el TC y la actual respecto de la que se plantean nuevas dudas de inconstitucionalidad) responden a unos mismos principios extraordinariamente restrictivos, en la actual, de un modo puntual pero sustancial, se han introducido ciertas modificaciones en perjuicio del ejecutado, añadidas a las ya existentes, de por sí extraordinarias, que generan dudas serias de la constitucionalidad: Se trata, en primer lugar, de la eliminación del requerimiento previo obligatorio en el que el prestatario podía efectuar alegaciones; en segundo lugar, de la información que el ejecutante debía incluir en la demanda; y, en tercer lugar, de las extraordinariamente exigentes condiciones que se le imponen actualmente al ejecutado para que el procedimiento declarativo al que debe acudir tenga algún efecto en el ejecutivo. De hecho, si consideráramos que ya no procede un nuevo pronunciamiento del TC, siguiendo esta sencilla regla de tres, llegaríamos a una conclusión absurda: en cualquier materia en la que ya se haya pronunciado el TC, ya no podría plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, aunque la normativa haya variado con posterioridad, incluso, en el presente caso, aunque se haya promulgado ni más ni menos que una nueva Ley de enjuiciamiento civil.”*

En el supuesto analizado por el Auto, el ejecutado era una persona de edad avanzada, con problemas de audición, y escaso nivel cultural, además se había previsto el pago de la garantía en un solo plazo. Esas circunstancias han podido provocar una situación de indefensión, al desconocerse el alcance de lo que firmaba. Sostiene, asimismo, atendiendo al desenvolvimiento efectivo del sector hipotecario inmobiliario que, seguramente se ha llegado a un momento en el que puede afirmarse, sin temor a faltar al rigor, que los contratos principales no son efectivamente negociados entre las partes, sino, en su mayoría, predispuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que puede explicar los habituales desequilibrios y abusos que recogen.

El Auto vuelve a incidir en el problema de la oposición tan limitada para el deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Plantea que con la regulación actual, el tribunal no dispone de la información necesaria para ponderar si el incumplimiento es verdaderamente imputable al deudor o si en la suscripción se produjo algún vicio del consentimiento invalidante ni, aun teniendo esa información, puede entrar a valorarla en sede de oposición. El Juez se ve obligado a despachar ejecución con la única información que le suministra el ejecutante en la demanda. Y de esta forma se ve claramente comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva. La manera de salvar tal compromiso consistiría en permitir que el ejecutado, en sede de oposición, pudiera introducir este tipo de alegaciones, pero al no hacerlo ahí reside la base de la inconstitucionalidad

La cuestión planteada por el juez de primera instancia de Sabadell se refiere a la imposibilidad de examinar en sede de oposición posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria o al mismo contenido objetivo de las cláusulas contractuales, eventualmente determinante de su carácter abusivo. Para este juez, la actual regulación procesal de los arts. 579, 695 y 698 LEC, es extraordinariamente limitada para el ejecutado. Por ello considera que esos preceptos son inconstitucionales. Suponen un límite desproporcionado al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva.¹⁵

¹⁵ Vid. AJPI N° 2 Sabadell de 30 de septiembre de 2010. FD. Trigésimo primero: Ponderación. “Llegados a este punto, debemos abordar el juicio ponderativo del que extraemos la posible inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

Lo que hace dudar al Juez de Sabadell sobre la constitucionalidad de este procedimiento, es la consideración conjunta y concatenada de la limitación de la tutela judicial y su efecto directo sobre la disposición de la vivienda.

El auto plasma una serie de argumentos tendentes a justificar la necesidad de un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. Así, afirma que incluso en el supuesto en que una normativa legal no haya cambiado (y no es el caso)¹⁶, un nuevo análisis de constitucionalidad puede venir impuesto por la nueva realidad social y económica del momento histórico concreto.

Estamos de acuerdo en que un régimen legal procesal respetuoso con la Constitución seguramente debería prever un régimen de motivos de oposición más amplio, al menos cuando el bien contra el que se dirige la ejecución hipotecaria constituya vivienda efectiva y actual del ejecutado hipotecario.¹⁷

El Tribunal Constitucional resolvió esta cuestión planteada por el juzgado de primera instancia de Sabadell manteniendo su postura doctrinal, y redundando en la idea de que en el procedimiento hipotecario se daba cumplimiento al derecho de defensa del deudor ejecutado.

Es innegable que para poder ejercitar una garantía como la hipotecaria el acreedor prestador no tiene que probar exhaustivamente las circunstancias fácticas que han llevado a la concurrencia jurídica de la causa de vencimiento anticipado y resolución, a cuyo efecto parece razonable exigirle la mera referencia en el escrito de demanda ejecutiva a las circunstancias temporales e importe del impago. Ello no obstante, ya no es tan evidente que sea proporcionado, adecuado e idóneo, en términos constitucionales, negarle al ejecutado hipotecario cualquier facultad procesal de efectuar alegaciones sobre las circunstancias del impago referido en la demanda ejecutiva, de los posibles vicios del consentimiento al tiempo de la suscripción del título o de posibles nulidades de algunas de las cláusulas, dado su eventual carácter abusivo o desequilibrante. En efecto, con el actual régimen procesal, no parece que los principios y derechos que puedan verse afectados (en perjuicio del acreedor hipotecario o incluso del sistema económico general) por la ampliación del ámbito de cognición de la oposición a la ejecución justifiquen, en términos de proporcionalidad, negar cualquier facultad de alegación y prueba al ejecutado. Por el contrario, no se dispone de la posibilidad procesal de alcanzar un tipo de información que, en su caso, podría motivar la denegación del despacho de la ejecución o la estimación de la oposición, a cuyo efecto ya hemos analizado que las garantías que ofrece al ejecutado la remisión legal al juicio declarativo correspondiente son tan frágiles e insubstanciales que no permiten superar el referido juicio de proporcionalidad constitucional.”

¹⁶ Vid. Nota: Evidentemente que ha cambiado el régimen legal. Lo que se cuestiona en el auto es la LEC vigente en 2010, no la de 1881.

¹⁷ Vid. Nota: Me sorprende que el Juez de primera instancia del Juzgado número 2 de Sabadell, no haga referencia en su auto al art. 14 CE. El Auto centra su defensa en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE y derecho a una vivienda digna art 47 CE y no habla en ningún momento de la vulneración del derecho de igualdad del art. 14 CE.

Así en el Auto 113/2011 dictado por el Pleno en fecha 19 de julio de 2011, inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre los arts. 579, 695 y 698 LEC alegando que la ausencia de contradicción procesal en el seno de dicho proceso no ocasionaba indefensión, dada la posibilidad de iniciar un juicio declarativo posterior.¹⁸

El Alto Tribunal olvida, insistimos, que dicho juicio declarativo no produce la suspensión del procedimiento hipotecario ni, por ende, de la subasta del inmueble y que aunque en aquél se llegue a dictar sentencia favorable al deudor, ya no va a poder recuperar el bien subastado.

El TC llegó a afirmar que quien constituye una hipoteca ya sabe que se somete a un procedimiento con elementos de cognición limitados, por lo que aunque no renuncia a su derecho de defensa, consiente que el mismo tenga una eficacia momentáneamente disminuida. A nuestro juicio, con esfuerzo se entiende que dichos postulados hayan podido emanar del máximo garante de las garantías constitucionales en España, pues parece culpar al deudor hipotecario de someterse a un procedimiento con elementos de cognición limitados por el mero hecho de constituir una hipoteca, siendo que los préstamos hipotecarios son auténticos contratos de adhesión. Además, el derecho de defensa, por su categoría de fundamental, no puede ser objeto de renuncia ni siquiera parcial, no alcanzándose a comprender cómo el TC puede concebir si acaso la posibilidad de que alguien pueda consentir en un contrato la limitación de este derecho. Tampoco la renuncia de los derechos reconocidos en la legislación de consumidores y usuarios se puede considerar válida y no se puede olvidar que el particular que concierta un préstamo hipotecario con una entidad financiera se encuentra protegido por esta normativa.

¹⁸Vid. APTC 113/2011 de 19 de 2011. FD 4: “...Siguiendo la doctrina precedente y en respuesta al aducido carácter insatisfactorio de la remisión legal al correspondiente proceso declarativo para abordar una cognición plena reiteramos en la STC 217/1993, de 30 de junio (RTC 1993, 217) , F. 2, (con mención de Sentencias anteriores) que «este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el art. 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE»; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en ulteriores ocasiones (SSTC 269/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 269] , F. 4; y 223/1997, de 4 de diciembre [RTC 1997, 223] , FF. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada, en nuestra Sentencia del Pleno de este Tribunal 158/1997, de 2 de octubre (RTC 1997, 158) , FF. 5, 6 y 7

IV.- ANALISIS DE LAS CAUSAS DE OPOSICION POR EL DEUDOR HIPOTECARIO

4.1 CAUSAS DE OPOSICION ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 1/2000

Tradicionalmente, en la regulación de la LH no se preveían causas de oposición al procedimiento y el deudor hipotecario tenía muy reducidas las posibilidades de intervención. El art.132 LH tan sólo recogía cuatro causas tasadas de escasa o nula incidencia salvo la referente al pago o cumplimiento por el deudor, por las que el procedimiento podía suspenderse, por lo que, una vez incoado este procedimiento, otras acciones que pudiera ejercitar el consumidor las tendría que plantear en un procedimiento declarativo independiente.

La LEC 1/2000 mantuvo el carácter de especial del procedimiento de ejecución hipotecaria en su regulación, con la novedad de que establece un cauce de oposición a través de su art. 695. Realmente no supone una innovación respecto al régimen anterior, pero sí supone un reconocimiento y sistematización de las causas de oposición, que siguen siendo tasadas, diferenciándolas de las causas de suspensión del procedimiento que se regulan en el art. 697 LEC¹⁹.

La reforma mantiene el espíritu de la LH en el sentido de favorecer al acreedor hipotecario y contempla la oposición como un mecanismo procesal muy limitado del que dispone el ejecutado para impedir el éxito de la acción ejecutiva pero, que sólo puede alegarse por una serie de motivos concretos.

Esos motivos siguen tasados, precisamente para evitar que el procedimiento pierda su esencia y deje de ser efectivo conforme a su espíritu inicial.

¹⁹ Vid. SOLAZ ESTEBAN, “La nueva regulación de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, Práctica de Tribunales, Nº 106, Sección tribuna Libre Enero-Febrero 2014. Editorial La Ley. “Una de las principales novedades que podían encontrarse en dicha regulación hacía alusión al establecimiento de un cauce de oposición a la ejecución de garantía real, que se traducía en la existencia de un precepto como lo era el art. 695 intitulado «oposición a la ejecución». Lo que sucedió en verdad es que el art. 695 de la LEC (LA LEY 58/2000) no suponía realmente ninguna innovación respecto de la situación existente al amparo de la legislación anterior, aunque sí supuso una ordenación mucho más

a).- La extinción de la garantía u obligación garantizada, art 695.1.1^a: Establece la LEC que el deudor ejecutado podrá alegar como motivo de oposición la

“Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía”.

Lo cierto es que son dos motivos de oposición en uno. Por un lado estaría la inexistencia de garantía hipotecaria o su cancelación, es decir la ausencia de título ejecutivo que permita ejercitar la acción. Y por otro la extinción de la obligación garantizada por liquidación de la deuda. Pero en ambos es necesaria la acreditación fehaciente por parte del deudor de cumplir con la condición.

En este supuesto tienen cabida otras circunstancias que, aunque no están contempladas, también dan lugar a la desaparición del título o de la obligación hipotecaria como pueden ser la subrogación del crédito hipotecario, novación, prescripción o pago por deudores solidarios y que a nuestro juicio, podrían ser alegadas como causas de oposición.¹⁸ Se trata de motivos tan elementales que no precisan de mayor explicación.

b).- Error en la determinación de la cuantía, art 695.1.2^a:

“Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.” (...)²⁰.

sistemática y racional en esta materia que la que había antes (1) , distinguiéndose conceptual y sistemáticamente entre oposición a la ejecución, la del art. 695 LEC (LA LEY 58/2000) (extinción de la garantía o de la obligación garantizada acreditada en la forma legal, error en la determinación de la cantidad exigible y sujeción del bien mueble hipotecado o pignorado a otro gravamen anterior), suspensión por interposición de una demanda de tercera de dominio (art. 696 LEC (LA LEY 58/2000)), y suspensión por prejudicialidad penal (art. 697 LEC (LA LEY 58/2000)).”

¹⁹ RIVAS VELASCO, “Motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, Cuadernos digitales de formación, C.G.P.J nº 8/2012. Pág 21-24.

²⁰ Vid. Art. 695.1.2^a LEC: (...) “No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido

Se trata de un motivo de oposición previsto para cuando existiera discordancia entre la cantidad reclamada y la adeudada, que como vemos, tendrá que acreditar nuevamente el deudor ejecutado que discrepe en la liquidación.

c).- La sujeción del bien hipotecado a carga anterior, art 695.1.3^a

“En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.”

Este motivo de oposición está limitado para bienes muebles por lo que no es posible alegarlo en la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles, así que no merece mayor comentario en este estudio.

4.2 REFORMAS INTRODUCIDAS TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA DE 14 DE MARZO 2013

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 vino a confirmar las deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria español que resulta incapaz de responder a las necesidades de la situación social actual. Por ello la citada sentencia ha supuesto un hito importante en la defensa de los derechos de los deudores hipotecarios.

Una de las principales reformas producidas en la normativa española para reforzar la protección a los deudores hipotecarios se produjo como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz.

que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.”

Como hemos visto, hasta ese momento las posibilidades de obtener una respuesta favorable del TC, para modificar el procedimiento de ejecución hipotecaria que estaban cerradas por su clara y constante doctrina a favor de la constitucionalidad del procedimiento hipotecario en el sistema español. Por ello no quedaba otra opción que acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en busca de la tan ansiada protección al consumidor, vía aplicación de la normativa europea.²⁰

En esta sentencia el Alto Tribunal Comunitario resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, con arreglo al art. 267 TFUE,²¹ en el que se cuestiona la conformidad al derecho comunitario, en concreto a la Directiva 93/13/CEE, del procedimiento de ejecución hipotecaria. El juez del Juzgado de lo Mercantil planteó al TJUE dos cuestiones prejudiciales:

- La primera, en relación a la interpretación y apreciación de la abusividad de las cláusulas insertas en el contrato de préstamo hipotecario. En concreto de la cláusula que fija los intereses de demora –superiores al 18%–, la cláusula de vencimiento anticipado en contratos proyectados a largo plazo (en este caso eran 33 años) y la cláusula relativa a la liquidación de la deuda impagada.

- En segundo lugar, si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son limitadas, pues quedan postergadas a un procedimiento declarativo ulterior que carece de efectos suspensivos, dado que la existencia de cláusulas abusivas no estaba prevista como causa de oposición en el art. 698 de la LEC.

²⁰ Vid. BANACLOCHE PALAO, JULIO, “Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada”, Diario La Ley nº 8312, Sección Doctrina 16 de mayo de 2014, La Ley: “Dado que la posibilidad de modificar el proceso de ejecución hipotecaria por vía judicial estaba cerrada por la clara y constante doctrina —ya citada— del TC a favor de su constitucionalidad, no cabía otra opción que acudir a los órganos judiciales de la Unión Europea, para ver si un régimen tan expeditivo y riguroso era incompatible con la normativa comunitaria de protección de los consumidores (habituales afectados por la constitución de la hipoteca).”

²¹ Vid. Art. 267 TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

El supuesto se plantea a partir de que en la cláusula sexta del clausulado del préstamo se prevé que el tomador del préstamo incurrirá en mora automáticamente, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, si deja de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida por intereses o amortización (los intereses de demora, liquidables día a día, se calculan al tipo del 18,75 %). Por otro lado, en la cláusula decimoquinta se pacta que la Caja de Ahorros podrá determinar la deuda exigible para el caso de ejecución judicial, presentando al efecto, junto con la escritura de constitución de la hipoteca, la liquidación de las cantidades pendientes de pago, practicada en la forma convenida en la escritura.²²

El deudor llegado el final del primer año incumple su obligación y la entidad bancaria ejecuta la hipoteca, siendo adjudicada la vivienda a la misma entidad bancaria por el 50% de su valor por resultar la subasta desierta (conforme al artículo 129 de la LH, que remite al artículo 671 de la LEC, entonces vigentes).

Tras dicha ejecución, el deudor inicia un proceso declarativo ante el juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona para que se declare la nulidad de la cláusula de intereses moratorios por abusiva y se declare nula la ejecución. El juzgado de lo mercantil observa la eventual nulidad de ésta y otras cláusulas del contrato, la imposibilidad de alegar lo aquí demandado en el procedimiento ejecutivo y la imposibilidad del juez de anular la ejecución realizada, hecho que considera contrario al derecho comunitario por lo que presenta la cuestión prejudicial al TJUE.

La primera cuestión prejudicial planteada por el Juez de lo mercantil se centra en las limitaciones a la oposición por parte del deudor hipotecario ejecutado, cuestionando el régimen tasado de motivos de oposición contemplados en el art. 695 y ss. LEC. En concreto plantea la cuestión de si, este régimen, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara

²² Vid. III. Antecedentes de hecho y remisión prejudicial. Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CC0415:ES:HTML>

obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.²³

En la segunda cuestión se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:

a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.

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

c) la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria y que no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo cláusula de intereses moratorios del 18,75% anuales y la liquidación unilateral por la propia entidad de crédito de la cuantía exigible, aplicando para su cálculo cláusulas abusivas.

²³Vid. STJUE 2013\89 de 14 de marzo de 2013 Caso Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). (31) “*En estas circunstancias, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: «1) Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos»*”

El TJUE admitió a trámite todas las cuestiones y resolvió que un régimen procesal como el español menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE ya que no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual, que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.²⁴

La STJUE de 14 de marzo de 2013 motivó que el legislador español procediera a modificar el procedimiento ejecutivo con la publicación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Nos encontramos con una importante reforma del procedimiento ejecutivo en Derecho español, que se concreta en la ampliación de los motivos de oposición del deudor hipotecario quien, ya puede alegar como causa de oposición, el carácter abusivo de cláusulas contenidas en el título de constitución de hipoteca.

Sin embargo la sentencia de 14 de marzo de 2013 no dijo nada sobre la inconstitucionalidad de la ejecución hipotecaria, ni insertó un mandato o recomendación de paralización de los desahucios. Tampoco se pronunció sobre la supuesta abusividad del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor del art. 1911 del CC, ni mencionó mecanismos de segunda oportunidad o daciones en pago. Aunque sí conmocionó a la opinión pública, muy sensibilizada con la situación de miles de familias que, afectadas por la crisis económica, estaban perdiendo su vivienda.

²⁴ Vid. STJUE 2013\89 de 14 de marzo de 2013 Caso Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). ; apartado 64: *“A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.”*

4.3 REFORMAS LEGISLATIVAS DE ESPECIAL TRANSCENDENCIA INTRODUCIDAS EN EL PROCESO DE EJECUCION HIPOTECARIA POR LA LEY 1/2013

De conformidad con la jurisprudencia citada y, más concretamente, a raíz del pronunciamiento de la sentencia Aziz la Ley 1/2013 modificó, entre otras disposiciones, los artículos de la LEC relativos al procedimiento de ejecución de los bienes hipotecados o pignorados, introduciendo, en el art. 695.1²⁵, de esta última Ley, la posibilidad de que el ejecutado oponga a los procedimientos de ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución.

Incluyó además estas otras modificaciones:

.- Se añade un párrafo al artículo 552.1 LEC, en el que se prevé que si el Tribunal considera que alguna cláusula de un título ejecutivo no judicial ni arbitral pueda ser abusiva, dará audiencia a las partes por 5 días, tras los cual resolverá de conformidad con el artículo 561.1.3^a LEC.

.- Añade un punto 3º al artículo 561.1 LEC, en el que establece que si el Tribunal aprecia que una o más clausulas son abusivas, en el Auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, bien denegando el despacho de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicar las cláusulas abusivas.

.- Añade el apartado 1 bis al artículo 575 LEC, que dispone que tratándose de una ejecución de vivienda habitual, las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.

.- Nueva redacción del art.579 LEC: En caso de subasta insuficiente para cubrir la totalidad de los importes reclamados, establecimiento de la posibilidad de liberación mediante el pago de determinados porcentajes en diferentes plazos. (Nueva redacción del Artículo 579.2.a). En el mismo caso, reducción de la cantidad pendiente de pago, en el supuesto de venta de la vivienda subastada a tercero. (Nueva redacción del Artículo 579.2.b)

²⁴Vid. Art. 695.1.4^a1. 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.*”(..).

.- Modifica los arts. 647,654, 668, 670, 671 y 682 LEC en relación a la subasta del bien hipotecado.

.- Posibilidad de reducción de la deuda de hasta un 2% en caso de colaboración del deudor en la subasta. (Art. 691.2 de la LEC, según redacción dada por la Ley 1/13, de 14 de mayo).

.- Modificación del art. 693 imposibilitando el vencimiento anticipado de la deuda a plazos hasta que no se hubieren producido tres impagos²⁴, y se reduce el plazo que debe mediar entre sucesivas liberaciones del bien hipotecado, mediante la consignación de las cantidades debidas antes de la subasta, de 5 a 3 años

En cuanto al sistema de recursos frente a las resoluciones judiciales que decidían sobre la oposición del deudor, el art. 695.4 LEC vigente antes de la reforma operada por la Ley 1/2013 permitía sólo al acreedor recurrir el auto por el que se ordenaba el sobreseimiento de la ejecución, sin que el deudor pudiese recurrir en apelación el auto que desestimaba su oposición por cualquier causa.

La Ley 1/2013 modificó el art. 695.4 en el sentido de ampliar el recurso de apelación del acreedor al auto por el que se inaplicase una cláusula abusiva, supuesto distinto del sobreseimiento de la ejecución. Resulta llamativo que si se desestima la alegación de existencia de la cláusula abusiva no sea posible recurso de apelación.

Esta cuestión se planteó ante el TC por el Juzgado de 1ª instancia nº 7 de Avilés en un procedimiento de ejecución hipotecaria. A juicio de este órgano judicial el art. 695.4 vulnera el principio constitucional de igualdad del art. 14 CE y el de igualdad procesal amparado por el art. 24.1 de la misma norma. Pero la reforma operada por la ley 1/2013 no recogió este extremo, se limitó a aplicar la sentencia Aziz, que no hacía referencia al régimen de recursos.

Posteriormente, a raíz de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE por la Audiencia Provincial Castellón se volvió a poner en tela de juicio la reforma operada por la ley 1/2013 y la insuficiencia de la misma para garantizar una adecuada protección al deudor hipotecario en el marco del principio comunitario pro-consumatore.

La primera cuestión prejudicial planteada tiene por objeto la interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993²⁶, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como del artículo 47²⁷ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Sánchez Morcillo y la Sra. Abril García, por una parte, y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. por otra, en relación con la oposición de los primeros a la ejecución hipotecaria relacionada con su vivienda.

El objeto concreto de la cuestión prejudicial consistía, en definitiva, en el análisis de la compatibilidad de los citados preceptos europeos, con el procedimiento hipotecario español y, en particular, con el art. 695.4 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil sobre tres aspectos principales:

1) la imposibilidad de suspensión de la ejecución por el juez que conozca del proceso declarativo interpuesto por el deudor hipotecario (consumidor) frente reclamación del acreedor hipotecario;

2) la imposibilidad de un resarcimiento efectivo para el deudor en caso de estimarse su demanda;

3) el diferente trato procesal que otorga la ley al deudor y al acreedor respecto a la posible interposición de un recurso de apelación.²⁸

²⁶ Vid. Art. 7 Directiva 93/13/CEE: “1. 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 cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. 3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.”

²⁷ Vid. Art 47 CEDH: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

²⁸ Vid. ALAMO GONZALEZ. DANIEL P.; “ El principio pro-consumatore comunitario frente a la tutela privilegiada del acreedor hipotecario: la STJUE de 17 de julio de 2014 (C-169/2014)”. Diario La Ley, Nº 8413, Sección Doctrina, 4 de Noviembre de 2014, Año 2015, Ref. D-363, LA LEY

La esencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP Castellón fue la desigualdad de trato procesal que recibía el consumidor ejecutado ya que en el caso en que se desestime la oposición no se le permite interponer el recurso de apelación y se le remite al proceso declarativo posterior. Sin embargo el art. 695.4 LEC permite que el ejecutante pueda presentar recurso de apelación contra la resolución que estime la oposición a la ejecución.

Tras el examen de la cuestión prejudicial, el TJUE concluye en la incompatibilidad del sistema hipotecario español con los mencionados preceptos del Derecho comunitario en los aspectos señalados, y por los siguientes motivos:

.- en primer lugar, porque la normativa nacional impide que el procedimiento de ejecución pueda ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, por lo tanto en el caso de estimación de la demanda del consumidor, éste sólo podrá acordar, en su resolución final y a lo sumo, una indemnización compensatoria del perjuicio sufrido por el consumidor;

.-en segundo lugar, vulnera el Derecho comunitario la diferente posición procesal del deudor ejecutado —en comparación con la posición del acreedor— respecto de la interposición del recurso de apelación previsto en nuestra LEC puesto que aquél no puede recurrir en apelación la resolución por la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que en el caso del acreedor (profesional y ejecutante) éste sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde tanto el sobreseimiento de la ejecución, como la declaración de inaplicación de una cláusula abusiva²⁹.

²⁹ Vid. STJUE 17 de julio de 2014, asunto C-169/14; apartado 51: “A la luz de las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que este, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, si puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva”.

El TJUE apreció, en esta sentencia, que el procedimiento de ejecución no era lo suficientemente efectivo en la protección de los derechos del consumidor derivados de la Directiva 93/13 y falló a favor de atribuir al deudor la posibilidad de recurrir en apelación el auto que rechaza la oposición fundada en el carácter abusivo de la cláusula. Se abrió así la puerta a la segunda instancia judicial en los procedimientos de ejecución.

Como hemos indicado, la reforma producida en el sistema español por la ley 1/2013, no fue suficiente para garantizar la protección al consumidor. Es cierto que se ampliaron los motivos de oposición y se atribuyó al deudor la facultad de oponerse a la ejecución con fundamento en la existencia de cláusulas abusivas. Se admitió que el juez que conoce de la ejecución aprecie de oficio la existencia de tales cláusulas, pero la redacción del art. 552.1 LEC no es lo suficientemente explícita. A juicio del TJUE la apreciación de oficio por el juez del carácter abusivo de la cláusula, previsto en el art. 552.1 LEC no está regulado, de un modo lo suficientemente claro, en el sentido de imponer al juez la obligación (y no sólo de atribuirle la facultad) de apreciar de oficio dicho carácter abusivo.³⁰

Después de estudiar las cuestiones prejudiciales presentadas el TJUE concluyó que el procedimiento de oposición a la ejecución, previsto en el reformado art. 695 de la LEC, coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas.³¹

³⁰ Vid. ARIAS RODRIGUEZ, JOSE MAMUEL; “Sobre la incidencia de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el procedimiento de ejecución hipotecaria” Diario La Ley, Nº 8478, Sección Doctrina, 11 de Febrero de 2015, Ref. D-51, LA LEY

³¹ Vid. STJUE de 17 de julio de 2014; asunto C-169/2014.; apartado 45: “Así pues, resulta manifiesto que el desarrollo ante el órgano jurisdiccional nacional del procedimiento de oposición a la ejecución, previsto en el artículo 695 de la LEC, coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas

La respuesta del gobierno español a esta sentencia, ha sido el reciente DL 11/2014, de 5 de septiembre, cuya disp. final 3.^a modifica el art. 695.4 LEC, incluyendo la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto que desestime la aplicación de una cláusula abusiva o sobresea la ejecución.³²

Desde que el gobierno reaccionó a los efectos de la crisis económica en los consumidores y sus consecuencias sociales, se han sucedido las reformas legislativas. A nuestro juicio, reformas realizadas como respuesta a los movimientos sociales de las plataformas antidesahucios y otros que sólo han supuesto parches. No se ha abordado una verdadera reforma legislativa que modifique el proceso de ejecución hipotecaria, regule la dación en pago y plantee una segunda oportunidad para los afectados.

En España, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal (art.1911 CC) el deudor responde de sus deudas con todo patrimonio presente y futuro. La ley 1/2013 no hace ninguna modificación en relación al principio de responsabilidad patrimonial universal. De esta forma un deudor ejecutado en un procedimiento hipotecario se condena de por vida a responder de una deuda generada en sede de ejecución hipotecaria que permite al acreedor quedarse la finca a un valor muy inferior al que fue tasada en su momento y seguir reclamando al deudor la diferencia con una deuda inflada por unos elevados intereses demora. La reforma establece una limitación en cuanto a la parte no cubierta del crédito tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual reformando el art. 579 LEC y estableciendo una quita.³³

³²Vid. Art 695.4 LEC: queda redactada en los siguientes términos: «4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el ap. 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*»

³³ Vid. Art. 579 LEC: “1. *Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.2.Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las*

La dación en pago sólo se contempla como una posibilidad de adhesión voluntaria, siempre que no se haya producido anuncio de subasta y con determinados requisitos. Tímidamente se ha contemplado realmente una ley de segunda oportunidad, con la reforma de la ley concursal pero que queda bastante lejos de las regulaciones de Francia, Alemania, Reino Unido y EEUU. En estos países hace muchos años que existe la segunda oportunidad entendida como la liberación o condonación definitiva de las deudas o pasivo no satisfecho por el deudor tras un procedimiento de reestructuración o reorganización de sus deudas, o bien tras un procedimiento de liquidación. En Francia, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia el sobreendeudamiento se considera como un fenómeno principalmente socioeconómico. El modelo protege al deudor, organizando un posible reembolso de la deuda pero sobre todo salvaguardando los derechos sociales, financieros, de acceso a la vivienda, de inserción profesional y de dignidad social.³⁴

En España el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, ‘de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social’, propuesto por el gobierno español se inspira del sistema germánico. Amplia ligeramente el acceso a la dación en pago, pero sigue sin ofrecer un sistema universal y generalizado para lidiar con la insolvencia particular en España. En este sentido queda mucho por hacer pues no se prevén soluciones globales para evitar que un deudor hipotecario no quede excluido tanto social como financieramente pues, con el sistema de responsabilidad universal, se le cierran las puertas para acceder a cualquier tipo de financiación posterior e incluso a la oportunidad de crear una empresa y acceder al mercado laboral.

anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.”

³⁴Vid. DIDAC GUTIERREZ-JAVIER LOPEZ : “Segundas oportunidades en Europa: tres modelos para un mismo problema” Artículo El Diario.es de 5 de Marzo de 2015;

http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/Segundas-oportunidades-Europa-modelos-problema_0_363264731.html

Habrá que ver si estas medidas cumplen con el principio de efectividad requerido por el TJUE, y si realmente el consumidor queda debidamente protegido. A nuestro entender, esta reforma es un parche que no soluciona el problema de los lanzamientos y las subastas de los deudores ejecutados puesto que, aunque se constate la existencia de una cláusula abusiva en un procedimiento de ejecución hipotecaria, éste sigue su curso. La nueva Ley permite la continuación del juicio ejecutivo con la rectificación de la suma por la que se ejecuta -que podrá ser acordada por el Juez competente- infringiéndose así el principio de efectividad de la Directiva.³⁵ Es cierto que cabe iniciar un procedimiento declarativo posterior, que de resolver en sentido distinto y más favorable concluir  en una indemnización, pero nunca podrá resarcir del perjuicio irreversible, causado por la enajenación del bien, máxime cuando se trate de la vivienda familiar.

³⁵Vid. NAVAS MARQUÉS, JUAN IGNACIO, “ Incumple la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios el Derecho de la UE?”. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 868/2013, Aranzadi, SA, Pamplona. 2013: “Hemos de partir de la base, de que la reciente Sentencia del TJUE impone a los Estados miembros no sólo una obligación normativa, sino también una obligación de resultado, la cual está estrechamente relacionada con el principio de efectividad. Y es especialmente este principio -aparte del normativo- el que se ve vulnerado e incumplido sistemáticamente por la regulación española del procedimiento de ejecución hipotecaria. Ello puesto que, ante la constatación de una cláusula abusiva en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la ejecución sigue su curso, enajen ndose el inmueble hipotecado objeto del procedimiento u otros embargados, adjudicándose los mismos en un procedimiento que no produce cosa juzgada. Con posterioridad, cabe la posibilidad de iniciar un procedimiento declarativo que, de resolver en sentido distinto y más favorable al ejecutado, no podrá reparar el perjuicio causado por el procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo el mismo irreversible. Y es esta la situación que, tanto el ordenamiento jurídico de la Unión como el español -a través del art. 24 de la CE- pretenden evitar. Además, y con relación a lo anterior, señalar que la promulgación de la nueva Ley sigue sin permitir al órgano jurisdiccional la impugnación de todas y cada una de las cláusulas que el ejecutado considere abusivas, no posibilitándole ejercer jurisdicción plena, sino sólo previa, respecto de las consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad de las mismas. Y es que, como ocurría con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley, tan sólo podrá ser apreciado el carácter abusivo de las cláusulas de los Contratos de Préstamo con Garantía Hipotecaria, en el marco de un procedimiento declarativo -verbal u ordinario en función de su cuantía- no permitiendo la Ley que el procedimiento de ejecución hipotecaria quede suspendido hasta que se resuelva acerca de la naturaleza abusiva de determinadas cláusulas. La nueva Ley permite la continuación del juicio ejecutivo con la rectificación de la suma por la que se ejecuta -que podrá ser acordada por el Juez competente- infringiéndose así el principio de efectividad de la Directiva.”

5.- CLAUSULAS ABUSIVAS Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO EUROPEO

Desde la aprobación de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha transcurrido más de dos décadas. A pesar de su transposición a nuestro Derecho interno mediante la promulgación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, ha recobrado importancia en un sector normativo concreto como el relacionado con el préstamo hipotecario. Ello ha supuesto la adaptación del mismo en determinados aspectos gracias a las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo que han resuelto sobre su disconformidad con la Directiva mencionada.

Por derivación, también ha implicado un avance en la protección del consumidor-deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas. De ahí el impacto que, durante algo más de veinte años, ha tenido la Directiva 93/13 de protección de los consumidores frente a cláusulas contractuales abusivas en nuestro ordenamiento jurídico.

Para apreciar la evolución en esa protección, trataremos la doctrina general del TJUE sobre la Directiva 93/13/CEE y, en particular, la dictada con ocasión de las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros órganos judiciales en materia de préstamo hipotecario. Asimismo, comprobaremos que el legislador se ha visto «forzado» a reformar para mejorar la tutela del consumidor. No lo ha hecho por iniciativa propia. Ha tenido que ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien, interpretando la Directiva 93/13/CEE y considerando que la normativa española se oponía a la misma, ha resuelto que los derechos de los consumidores en el ámbito del préstamo hipotecario no estaban debidamente protegidos antes de las reformas legislativas.

Hay que tener en cuenta, además, que las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios están dando lugar, en los últimos años, a numerosos procedimientos

judiciales. Procedimientos que obtienen resultados dispares en función del tribunal que los conozca.

El mismo legislador reconoce que son necesarias reformas en el sistema judicial español para poder dar cumplimiento a las resoluciones del TJUE y unificar criterios. Sería deseable una reforma coherente y completa y evitar que se promulgue ley tras ley para enmendar lo que la ley anterior no tuvo en cuenta, en este caso la protección del consumidor-deudor hipotecario.

5.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA 93/13/CEE. SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La Directiva 93/13/CEE tiene por objeto la protección del consumidor mediante la armonización parcial de las legislaciones de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre los profesionales y consumidores que no hayan sido objeto de negociación individualizada permitiendo que los Estados puedan establecer una legislación que garantice una mayor protección al consumidor que la prevista en la propia Directiva. El sistema de protección que establece parte de la base de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor frente al profesional, tanto en relación a la capacidad de negociación como a nivel de información. Situación que le impone adherirse a las condiciones previamente redactadas por el profesional, sin posibilidad de influir en el contenido de las mismas. Ello, efectivamente, puede implicar un desequilibrio entre el consumidor y el profesional.³⁵

Se considera que falta esa negociación individual cuando hayan sido redactadas previamente y el consumidor no puede decidir, ni influir sobre su contenido. Los contratos de adhesión son claros ejemplos de pactos con cláusulas abusivas.

³⁵Vid. Directiva 93/13/CEE. Art. 2b) y 2c): b) “consumidor »: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;
c) “ profesional »: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.”

En ese contexto, recordemos que las cláusulas contractuales que vinculan al consumidor pueden calificarse de abusivas si concurren los criterios establecidos en el art. 3 de la Directiva.³⁶

.- que se trate de cláusulas contractuales no negociadas individualmente

.- que en virtud de dichas cláusulas se cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, infringiendo el principio de buena fe.

Así pues, al margen de las cláusulas recogidas en la lista indicativa y no exhaustiva del Anexo de la Directiva (art. 3.3), los elementos que conllevan que una cláusula sea abusiva son la buena fe y el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Como indicamos, la Directiva parte de las distintas posiciones del profesional y del consumidor. El profesional ostenta una posición dominante en la medida en que las cláusulas que pueden calificarse abusivas se han redactado previamente sin la participación del consumidor. Por su parte, al consumidor le viene impuesto el contenido de las cláusulas contractuales, de modo que no existe negociación posible ni el nivel de información es equiparable.

La conducta del profesional infringe la buena fe cuando, al redactar e imponer las cláusulas contractuales, tiene en cuenta exclusivamente sus intereses, ignorando los del consumidor y valiéndose de su desconocimiento y falta de información.

³⁷Vid. Directiva 93/13/CEE. Art. 3: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado

Con relación a la buena fe, se contempla por el legislador comunitario como un deber de conducta dirigido al profesional que le exige tratar a la otra parte de manera leal y equitativa, teniendo en cuenta sus legítimos intereses. Así se desprende del Considerando 16 de la Directiva.³⁸

Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, el art. 4.1 de la Directiva indica que se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato³⁹. Asimismo, se valorarán las circunstancias que concurran en la celebración del contrato y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa. A ello, añade el Tribunal de Justicia que deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (STJUE de 1 de abril de 2004, asunto C-237/02, apartado 21)⁴⁰. En ese sentido, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido.

individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas."

³⁸ Vid. Directiva 93/13/CEE. Considerando 16: *"Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;"*

³⁹ Vid. Directiva 93/13/CEE. Art. 4.1. *"Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"*.

⁴⁰ Vid. STJUE de 1 de abril de 2004, asunto C-237/02, apartado 21: *"Por lo que respecta a la cuestión de si una cláusula contractual particular posee carácter abusivo, el artículo 4 de la Directiva indica que debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en dicha celebración. Es preciso señalar que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias*

Un desequilibrio importante no sólo tiene que ser un perjuicio económico. También puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales STJUE de 16 de enero de 2014⁴¹. De hecho algunas de las reformas de la Ley Hipotecaria efectuadas se han debido precisamente a un obstáculo al ejercicio de derechos del deudor hipotecario.

En conexión con lo anterior, el art. 6.1⁴² de la Directiva protege al consumidor imponiendo a los Estados miembros que establezcan la no vinculación del mismo a las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado con un profesional. Como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el art. 6.1 de la Directiva es una disposición imperativa. Incluso llega a equipararla a una disposición que en el ordenamiento interno se considere norma de orden público⁴³.

que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional”.

⁴¹Vid. STJUE de 16 de enero de 2014; asunto C-226/12, apartados 21 y 23: “21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).23: Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.”

⁴² Vid. Directiva 93/13/CEE artículo 6.1: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

⁴³ Vid. STJUE de 6 de octubre de 2009 (TJCE 2009, 309) , asunto C-40/08, apartado 52: “ Así pues, dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.”

El art. 6.1 de la Directiva se interpreta por la jurisprudencia del TJUE como una disposición que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. El carácter imperativo se justifica en la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional.⁴⁴

En España la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas fue garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). Ley que fue modificada posteriormente por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13 (LCGC).

El legislador español distingue entre cláusulas generales de la contratación de cláusulas abusivas. Así, una cláusula es condición general por estar predispuesta por una de las partes e incorporada a una pluralidad de contratos, pudiendo ser o no abusiva. Una cláusula abusiva puede ser condición general o no, pues también puede considerarse como tal aquella que se haya predispuesto para un contrato de adhesión particular. Las condiciones generales pueden tener lugar tanto en contratos entre profesionales como en contratos entre éstos y consumidores. Las cláusulas abusivas tienen su ámbito en contratos celebrados con consumidores que no hayan sido negociadas individualmente.

En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o –en ciertos casos de contratación no escrita– exista

⁴⁴ Vid STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, apartado 36, “Caso Mostaza”: *“La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor». Se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.”*

posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha sido negociada individualmente.⁴⁵

Estas distinciones se deben al modo de proceder del legislador al transponer la Directiva 93/13/CEE. La LCGC regula las cláusulas contractuales predispuestas, incorporadas a una pluralidad de contratos, se celebren entre profesionales o con consumidores. A su vez, con el objeto de transponer la Directiva 93/13, la Disposición Adicional Primera de dicha Ley modificó la LGDCU vigente en aquel momento, incluyendo una definición de cláusulas abusivas en el art. 10 bis e incorporando una Disposición Adicional Primera en la que se preveía una lista de cláusulas abusivas.⁴⁶

⁴⁵ Vid. Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Apartados 6 y 7 de la Exposición de motivos.

⁴⁶ Vid. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Disposición adicional primera. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Artículo 10 bis; *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato. 3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera.*

Así pues vemos que existe una regulación general aplicable a las condiciones generales de la contratación y una regulación específica aplicable a la contratación con consumidores, pudiendo suceder que, en este último ámbito, existan condiciones generales o no.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, aprobado el 16 de noviembre de 2007 (TRLGDC) reemplazó a su antecesora, la LGDC. Tiene como novedad que establece unas normas generales de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, y enuncia una lista de cláusulas concretas que son abusivas.⁴⁷

Esta norma sufrió una nueva modificación por La Ley 3/2014, de 27 de marzo, motivada por la necesidad de la transponer la Directiva Europea de derechos de los consumidores 2011/83/UE. Según FACUA, esta modificación es una de las más significativas en la interacción de los consumidores con el mercado.⁴⁸

que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.”

⁴⁷ Vid. 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. Art. 82: “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.”

⁴⁸ Vid. Informe FACUA http://facua.org/es/documentos/estudio_leyconsumidores_2014.pdf “La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, supone una de las transformaciones más significativas del contenido del Texto Refundido desde su creación por el Real Decreto Legislativo 1/2007 pues, aunque no se modifica un gran número de artículos, se efectúan cambios sobre aspectos que hoy por hoy son fundamentales en la interacción de todo consumidor con los diferentes agentes que intervienen en el mercado.”

El concepto de cláusula abusiva del art. 82 del TRLGDC parte de la base de que se trata de una cláusula no negociada individualmente. Podrá ser, además, una condición general de la contratación si se ha previsto su incorporación a una pluralidad de contratos, pero también podrá no serlo si la cláusula no negociada individualmente se incorpora a un solo contrato en el que una de las partes es un consumidor o usuario.

Como conclusiones, para entender todo este entramado de normas, podemos decir lo siguiente:

1.- Las cláusulas no negociadas individualmente que no se incorporen a una pluralidad de contratos, siendo el adherente un consumidor, se rigen por el Título II del Libro II del TRLGDCU.

2.- Las cláusulas no negociadas individualmente (CGC) que se incorporen a una pluralidad de contratos, siendo el adherente un consumidor, se rigen por el TRLGDCU y por la LCGC en ambos casos.⁴⁹

3.- Las cláusulas no negociadas individualmente se considerarán abusivas si causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, contraviniendo las exigencias de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU).

4.- En todo caso, son abusivas las cláusulas previstas en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU.

⁴⁹ Vid. 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. Art. 59.3; “*Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*”.

5.2 DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, ha supuesto un hito por el contexto social-económico en el que se produce. Pero no supone un cambio en la corriente jurisprudencial del TJUE en cuanto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La única novedad quizás, frente a los casos anteriores, es el cuestionamiento del procedimiento de ejecución hipotecaria cuya importancia va más allá de su incidencia en la legislación procesal, como puede ser el ámbito financiero.

Antes de abordar la problemática de la tutela del consumidor en los procedimientos de ejecución, hemos de tener en cuenta estas premisas:

1.- La Directiva 93/13/CEE es una directiva de mínimos. Permite que los estados establezcan una legislación más protectora para los consumidores pero no más restrictiva.

2.- Su ámbito de aplicación se circunscribe a las cláusulas no negociadas individualmente entre profesional y consumidor.

3.- En la medida en la que el consumidor es la parte más vulnerable, en caso de duda, debe prevalecer la interpretación a favor del consumidor.

5.3 CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Recordemos que la protección de la Directiva 93/13 se basa en la situación de inferioridad del consumidor respecto al profesional por ello, el art. 6.1 de la Directiva, hemos visto que se aplica de forma imperativa. De este modo, para restablecer la igualdad entre las partes, las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor.

El art. 6 de la Directiva 93/13 tiene por finalidad reemplazar el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes establecido en el contrato por un equilibrio real que permita restablecer la igualdad entre éstas. En este sentido el TJUE ha señalado en numerosas ocasiones que la protección a la que aspira la directiva 93/13 sólo puede garantizarse mediante la intervención positiva, ajena a las partes del

contrato.⁵⁰ Este control no debe supeditarse a que el consumidor plantee la oportuna excepción procesal, sino que es el propio juez nacional quien debe pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula, en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesario. El TJUE ha declarado que para subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional, la intervención del juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que tiene la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, debiendo acordar de oficio diligencias de prueba.⁵¹

El objetivo de protección perseguido por el artículo 6 de la Directiva, no podría alcanzarse si fueran únicamente los consumidores quienes tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual.⁵² Por ello, esta obligación del juez nacional de controlar de oficio una cláusula abusiva, se debe extender a realizar todo lo necesario para garantizar los derechos del consumidor. Deberá encontrar la vía necesaria para declarar abusiva esa cláusula, buscando la interpretación conforme con el Derecho de la Unión.⁵³

⁵⁰ Vid. STJUE de 27 de junio de 2000. Asunto C-240/98. Caso Océano. Punto 27: “*Por otra parte, como ha observado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato.(...)*”.

⁵¹ Vid. STJUE de 4 de junio de 2009. Asunto C-243/08. Caso Pannon. Punto 32: “*(...) Así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.*”. En el mismo sentido SSTJUE 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, apartado 57.3; 14 de junio de 2012, asunto C-618/10; 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, apartados 22, 23 y 24).

⁵² Vid. STJUE de 27 de junio de 2000. Asunto C-240/98. Caso Océano. Punto 26: “*El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva. Si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra.*”.

5.4 PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y DERECHO DE DEFENSA

Es cierto que el juez nacional está obligado a actuar de oficio para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, pero también está obligado a observar las exigencias de la tutela judicial efectiva para ambas partes del proceso, entre ellas el principio de contradicción que forma parte del derecho de defensa⁵⁴.

De modo general el TJUE ha establecido que el principio de contradicción debe regir como uno de los principios básicos del derecho comunitario. Este principio obliga además, al juez nacional que haya comprobado de oficio la existencia de una cláusula abusiva, a informar de ello a cada parte y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria. Confiere a cada parte procesal, no sólo el derecho de conocer y discutir los documentos y observaciones presentados por la parte contraria, sino también el derecho de conocer y debatir los elementos examinados de oficio por el juez decisivos para fundamentar la resolución del procedimiento.⁵⁵

Donde realmente presenta problemas, este principio de contradicción, es a la hora de tener que dar traslado de la información procesal al consumidor. La cuestión se plantea si en todo tipo de procedimientos el juez ha de dar necesariamente traslado al consumidor, antes de tomar la decisión de oficio.

De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula.

⁵³ Vid. CENTENO HUERTA, SONSOLES; “El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante”. Artículo publicado en el Boletín Derecho Mercantil de 1 de junio de 2013.

http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html

⁵⁴ Vid. FERNANDEZ SEIJÓ, JOSE M^a, “La defensa de los consumidores en ejecuciones hipotecarias”, Editorial Bosch S.A. 2013. Pág. 172

⁵⁵ Vid. STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, apartado 30: “Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado que, con carácter general, el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento”

El TJUE resuelve esta cuestión en la sentencia de 27 de junio 2000, caso Océano, permitiendo la actuación de oficio incluso antes del emplazamiento del consumidor y sin necesidad de que éste tuviera conocimiento de que se estaba siguiendo un procedimiento contra él.⁵⁶ La razón que da el Tribunal para ello es que en algunos casos, como en los de reclamación de pequeñas cuantías, este tipo de cláusulas pueden obstaculizar los mecanismos de defensa del consumidor o disuadirlo de emprender acciones judiciales, de forma que éste ni siquiera acuda al tribunal a defenderse.

En nuestro ordenamiento una interpretación literal art. 552.1 de la LEC⁵⁷ obligaría al juez nacional a dar audiencia a la partes para que aleguen lo que a su derecho convenga. Esta circunstancia, en los casos en los que el consumidor ejecutado no articule defensa efectiva contra la ejecución, iría en contra del principio de intervención positiva de los tribunales. Por lo tanto creemos que, para que este artículo sea acorde con la jurisprudencia comunitaria en materia de consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sólo se debe dar traslado a las partes personadas.⁵⁸

⁵⁶ Vid. STJUE de 27 de junio de 2000. Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. Apartado 22: *“Una cláusula de esta naturaleza, cuyo objeto consiste en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia. En los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que éste renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse. Una cláusula de esta índole queda así comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva.”*

⁵⁷ Vid. Art. 552.1 LEC: (...) *“El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.”*

⁵⁸ Vid. FERNANDEZ SEIJÓ, JOSE M^a; *“La Defensa de los Consumidores en las ejecuciones Hipotecarias”*; Editorial Bosch, S.A. 2013. Pág. 175-176: *“Una interpretación literal de este precepto debería obligar al tribunal a dar traslado de sus dudas no sólo al ejecutante, sino también al ejecutado, circunstancia que iría en contra del principio de intervención positiva de los tribunales en orden a evitar situaciones de desequilibrio que llevan en muchas ocasiones a que el deudor, aquí ejecutado, no articule defensa efectiva frente a la ejecución. Por lo tanto el artículo 552.1 de la LEC, para que sea acorde con los principios inspiradores de la jurisprudencia comunitaria en materia de consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sólo se le debe dar traslado a las partes personadas, en ese momento sólo será ejecutante.”*

5.5 PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA PROCESAL, DE EFECTIVIDAD Y DE EQUIVALENCIA

Los principios de autonomía procesal, efectividad y equivalencia son muy importantes para entender el engarce del derecho europeo con el nacional. Pero lo fundamental es entender que la doctrina del TJUE es vinculante para todos los estados miembros. Entender que el derecho comunitario prevalece sobre el de los estados miembros y éstos deben evitar cualquier obstáculo para la aplicación o cumplimiento de la normativa comunitaria. De este modo los jueces nacionales deben asegurar la primacía del derecho de la Unión frente al del estado miembro.

Hemos de tener en cuenta que las sentencias del Tribunal de Justicia no tratan de resolver el caso concreto sino que interpretan el Derecho de la Unión Europea. Es el juez nacional quien, una vez resuelta la cuestión planteada, está obligado a interpretar el Derecho nacional de forma que permita la aplicación del Derecho de la Unión. Si esto no fuera posible y el derecho nacional no se pudiera interpretar conforme al comunitario, la primacía del ordenamiento comunitario obligaría a desplazar la norma nacional.⁵⁹ Es importante resaltar la dificultad con la que se puede encontrar el juez nacional a la hora de conjugar ambos ordenamientos, pues no siempre será evidente la incompatibilidad de una norma con la otra.

Otro de los principios fundamentales a tener en cuenta en el ámbito de la protección de los consumidores es el de autonomía procesal. En principio, los Estados miembros gozan de autonomía procesal, por lo que el juez nacional está sujeto a las normas procesales nacionales. Eso no debe impedir, sin embargo, que el juez nacional aplique al menos el mismo nivel de protección establecido en la normativa de la Unión.⁶⁰

⁵⁹ Vid. STJUE de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/77, apartado 21: “*los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria*”

⁶⁰ Vid. CENTENO HUERTA, SONSOLES; “*El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante*”. Artículo publicado en el Boletín Derecho Mercantil de 1 de junio de 2013. http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html

El Tribunal de Justicia reitera que, de conformidad con el principio de autonomía procesal, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros la determinación de la regulación procesal, a falta de normativa comunitaria en la materia. No obstante, también declara que dicha normativa procesal no debe dificultar la aplicación del Derecho de la Unión, por lo que es necesario que cumpla con los principios de efectividad y de equivalencia.

El principio de equivalencia exige tratar del mismo modo las controversias cuyo origen se encuentra en el Derecho nacional, y aquéllas que se encuentran en el ámbito del Derecho de la Unión. Conforme a este principio la regulación procesal de los Estados miembros no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno.⁶¹

El principio de efectividad exige que no se entorpezca o se haga especialmente difícil la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere, en este caso, a los consumidores. De acuerdo con este principio de efectividad, la regulación procesal de los Estados miembros no debe articularse de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico comunitario. Cada caso en que se plantee la cuestión sobre si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa en el conjunto del procedimiento, su desarrollo y peculiaridades ante las diversas instancias nacionales. Así, procede tomar en consideración los principios en que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.⁶²

⁶¹ Vid. STJUE de 6 de octubre de 2009; asunto C-40/08, apartado 49: *en cuanto al principio de equivalencia, éste exige que las condiciones impuestas por el Derecho nacional para que se plantee de oficio una norma de Derecho comunitario no sean menos favorables que las que rigen la aplicación de oficio de normas del mismo rango de Derecho interno (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I- 4705, apartados 13 y 17).*

⁶² Vid. STJUE de 14 de junio de 2012; asunto C-618/10, apartado 49: *“En lo que atañe al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales”*. En el mismo sentido ver SSTJUE de 6 de octubre de 2009 asunto C-40/08, apartado 39; 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, apartado 53; 17 de julio de 2014 , asunto C-169/14, apartado 34).

6. CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE PRESTAMO HIPOTECARIO Y OTRAS PRÁCTICAS VINCULADAS.

La imposibilidad de controlar de oficio por el juez el carácter abusivo de una cláusula es, en palabras del propio TJUE, una de las causas de que la normativa española vulnere las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE⁶³, pues menoscaba el derecho a una tutela judicial efectiva. Esta no es la primera vez que el TJUE interpreta el alcance de la disposición de la Directiva 93/13/CEE, concluyendo en sentido favorable a la apreciación de oficio por el juez del carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el marco de la Directiva, aun cuando este control no haya sido solicitado por los afectados.

En la STJUE de 14 de marzo el Tribunal europeo recalca el deber inherente a la función jurisdiccional de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, al amparo de lo dispuesto por el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE.

En respuesta a las cuestiones prejudiciales planteada, El TJUE, ofrece unas pautas para establecer y concretar el contenido de los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado con consumidores, interpretando la Directiva 93/13/CEE. Estos criterios deben ser tenidos en cuenta por los jueces nacionales, puesto que, es a ellos a quienes corresponde el examen concreto del

⁶³ Vid. STJUE de 14 de marzo de 2013; asunto C-415/11; apartado 64: “A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.”

carácter abusivo de una cláusula.⁶⁴ A pesar de que, el juez de lo Mercantil, buscaba que el TJUE apreciara la abusividad de las tres cláusulas planteadas en el incidente en relación con el criterio de desproporción. Pero el Tribunal indicó, siguiendo con su doctrina, que no cabe dentro de su ámbito competencial analizar e interpretar el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto, sino solo de la Directiva europea, por lo que corresponde al juez nacional determinar si una cláusula reúne los requisitos para calificarla de abusiva en el sentido del art. 3.1 de la Directiva. El TJUE se limita a dar una serie de indicaciones al órgano jurisdiccional nacional, para que éste aprecie el carácter abusivo de una cláusula: la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre el consumidor y la entidad de crédito.

Es necesario señalar que el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si el contrato coloca al consumidor en una situación menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. A su vez, resulta pertinente examinar la situación jurídica del consumidor en función de los medios de que dispone conforme a la normativa nacional para el cese del uso de cláusulas abusivas. Por último, para determinar si se causa un desequilibrio en detrimento del consumidor a pesar de las exigencias de la buena fe, el juez debe comprobar si, tratando el profesional al consumidor de manera equitativa y leal, sería razonable estimar que éste habría aceptado la cláusula en cuestión en una negociación individual.

⁶⁴ Vid STJUE de 14 de marzo, asunto C-415/11, apartado 66: “A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate”.

Siguiendo esta línea argumental el fallo de la sentencia no lleva un pronunciamiento expreso sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, ni tampoco de las de fijación de los intereses de demora, ni de las relativas al pacto de liquidez. Sí dice expresamente el fallo, que es contrario a la normativa europea el hecho de que no esté previsto un mecanismo eficaz de protección al consumidor frente a cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. En la regulación española existente en el momento no se daba esa protección. El TJUE insiste en la importancia de que le tribunal nacional pueda decidir sobre el carácter abusivo de la cláusula antes de que se resuelva la ejecución sobre el bien hipotecado.⁶⁵

A partir de la reforma legislativa del 2013, el legislador español prevé que se pueda discutir la abusividad de una cláusula contractual en un procedimiento de ejecución hipotecaria, como hemos visto en el apartado 4 de este trabajo.

6.1 TIPOS DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRESTAMO HIPOTECARIO

Con la entrada en vigor de la Ley 1/2013 será motivo de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (art. 695.1.4.^a LEC). Esta oposición a la ejecución hipotecaria se condiciona a la alegación de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Ya hemos señalado que el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran 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.

⁶⁵ Vid. PALAO BANALOCHE, JULIO, “Cláusula abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada”. Diario La Ley, nº 8312, Sección Doctrina, 16 de mayo de 2014. La Ley.

Una cláusula no se ha negociado individualmente, si ha sido redactada previamente y su contenido no es susceptible de ser modificado o negociado por el consumidor. Por su parte, el art. 82 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre prevé que 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 los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En definitiva, en aquellos contratos celebrados con un consumidor o usuario, serán abusivas las cláusulas que, no negociadas individualmente con el consumidor o usuario ni consentidas expresamente por éste, sean contrarias a las exigencias de la buena fe y causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

Es importante señalar esto porque la presencia de una cláusula abusiva en la escritura de constitución de hipoteca no es *per se* suficiente para enervar la eficacia de la ejecución hipotecaria. A diferencia de la ejecución ordinaria de título no judicial, en el procedimiento de ejecución hipotecaria únicamente podrá alegarse como motivo de oposición la presencia de aquellas cláusulas contractuales que han sido fundamento de la ejecución o han determinado la cantidad exigible.

Antes de entrar a analizar las cláusulas abusivas más significativas en los préstamos hipotecarios, queremos resaltar que ya no hay duda sobre la cuestión de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. El control de la abusividad de estas cláusulas corresponde, de oficio, al juez nacional. Incluso aunque las partes no lo hayan alegado y cualquiera que sea el procedimiento en el que se susciten. Esta cuestión ha quedado zanjada por la jurisprudencia del TJUE en numerosas ocasiones.⁶⁶

⁶⁶ Vid. STJUE 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11; Caso Banif: El Tribunal de Justicia recuerda recordado que el control de oficio del juez se configura no como un derecho del juez, sino como una verdadera obligación. STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08; caso Pannon; Recuerda el Tribunal que esa apreciación de oficio, debe poder ejercitarse en cualquier momento; STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banesto: El Juez puede, aun cuando no haya sido alegado por las partes en el procedimiento, declarar el control abusivo de las cláusulas, cualquiera que sea el procedimiento en el que se suscite, y cualquiera que sea la fase del procedimiento.

A continuación vamos a entrar a valorar las cláusulas más habituales, sin ánimo de hacer una lista cerrada, pues como se ha señalado en varias partes de este trabajo, será el juez a quien corresponda apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas en cada caso.

6.1.1 INTERESES DE DEMORA

La inserción de este tipo de cláusulas en las escrituras de los préstamos hipotecarios tiene como objeto indemnizar los daños y perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Vienen a ser una especie de sanción, que en ocasiones es tan elevada que se convierte en abusiva. En el art. 85.6 TRLGDCU se declara abusiva una estipulación por la que se imponga una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Con todo, no se aclara cuándo la indemnización debe entenderse demasiado alta, ni en qué factores o criterios hay que fijarse. Por tanto, una vez más la interpretación de la cláusula se delega a la discrecionalidad judicial.

Tras la STJUE de 14 de marzo de 2013 varias Juntas de Jueces adoptaron acuerdos para unificar criterios respecto a la abusividad de las cláusulas contractuales en los préstamos hipotecarios, en especial de los intereses de demora, y al control procesal de las cláusulas abusivas, con la finalidad de reforzar la seguridad jurídica en seno de sus demarcaciones. A este respecto, podemos observar como la consideración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios oscila entre el de 2,5 veces y 3 veces el interés legal del dinero de una Junta a otra.⁶⁷

Por otro lado, una vez que se ha apreciado la existencia de la cláusula abusiva Dice la Directiva 93/13/CEE que éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia.

⁶⁷Vid. Noticia CESCO «Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas» <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/acuerdosCAbusivas.pdf>

Entonces cómo debe actuar el juez nacional ante una cláusula de interés moratorio abusiva? El juez debe declarar nula esta cláusula y no aplicarla.

Hasta la entrada en vigor de la ley 1/2013 era práctica habitual que los tribunales moderasen el interés moratorio tomando como límite el legal del dinero, según el art. 1.101 CC.⁶⁸ Pero esto pone en peligro la consecución del objetivo de protección efectiva de los consumidores, pues la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios no ejercería un efecto disuasorio en los empresarios. Estos la seguirán incorporando al contrato, pues saben que el juez moderará el tipo de interés a cobrar por mora, aunque la cláusula sea declarada abusiva.⁶⁹

A nuestro modo de ver la verdadera protección para el consumidor se conseguiría con la desaparición, sin más, de la cláusula, pues el interés del empresario deja de ser legítimo si está avalado por el detrimento de la otra parte.

Si bien el Tribunal de Justicia ha reconocido la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que se ajuste al objetivo del art. 6.1 de la Directiva 93/13, tal posibilidad se admite sólo en los supuestos en que la nulidad de la cláusula abusiva conlleve la del contrato en su totalidad, obligando al juez a anular el contrato y exponiendo al consumidor a consecuencias perjudiciales. Por ello, en los casos en que un contrato concluido entre un profesional y

⁶⁸Vid. STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, apartado 65: *“De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales»* (STJUE de 21 de enero de 2015 [TJCE 2015, 4], asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, apartado 31) en el mismo sentido).

⁶⁹ Vid. Art. 3.2 Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo: *“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”*

un consumidor no pueda subsistir tras la nulidad de una cláusula abusiva, se permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.

Al margen del supuesto anterior, el juez nacional que haya constatado la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional tiene que limitarse a no aplicarla frente al consumidor, sin facultad para integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

La nulidad de esta cláusula, especialmente tras la STJUE de 14 de junio de 2012, caso *Calderón* en el que se prohibía la integración, conlleva que no se devengue interés moratorio alguno ante el incumplimiento del deudor.

La problemática que hemos planteado respecto a la integración del contrato que contiene cláusulas abusivas por previsión legal, es decir, sustituir la cláusula abusiva por una cláusula legal ha sido superada por nuestro legislador con la Ley 1/2013. En ella Ley se establecen que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal.⁷⁰

Sin embargo esta solución no es acorde con el derecho comunitario, y así lo deja patente el TJUE en su sentencia de 21 de enero de 2015 al analizar la posibilidad de recalcular una cláusula abusiva de interés moratorio. Esta sentencia trae causa en diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja Banco y CaixaBank para obtener la ejecución forzosa de las hipotecas constituidas sobre las viviendas de varios consumidores.

Los contratos de préstamo hipotecario incluían una cláusula que determinaba los intereses moratorios calculados al 18% en el asunto c y al 22,5% en los demás. También

⁷⁰Vid STJUE 21 de enero de 2015; asunto 482/13; Apartado 28: “ *En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57).*”

se facultaba al prestamista a anticipar el vencimiento del préstamo en caso de incumplimiento de pago.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena, ante el que se presentaron las demandas de ejecución, entendía que las cláusulas relativas a los tipos de interés de demora tenían carácter abusivo. No obstante, se cuestionaba sobre las consecuencias que debían derivarse del carácter abusivo de tales cláusulas, teniendo en cuenta la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013. En caso de aplicar dicha disposición, debería ordenar recalcular los intereses de demora.

La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo dispone que la limitación de los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía hipotecaria será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación se aplicará a los intereses de demora previstos en préstamos hipotecarios constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que se hubieran devengado en dicha fecha y no hubieran sido satisfechos.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena formula tres cuestiones prejudiciales:

.- En la primera, consulta si, de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva 93/13 a fin de garantizar la protección de los consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamo hipotecario debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula o debe moderarla, dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.

.- En la segunda, pregunta si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 supone una limitación clara a la protección del interés del consumidor, pues impone implícitamente al órgano judicial la obligación de moderar una cláusula de interés de

demora que incurra en abusividad y mantener su vigencia, en lugar de declarar la nulidad y la no vinculación del consumidor a la misma.

.- En la tercera cuestión prejudicial plantea si dicha disposición transitoria contraviene el art. 6.1 de la Directiva 93/13 al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre cláusulas de interés de demora abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

El Tribunal de Justicia analizó conjuntamente las cuestiones y concluyó lo siguiente:

.- En relación con las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que vincula a un consumidor y un profesional, declara que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación dicha cláusula para que no vincule al consumidor. Por tanto, no están facultados para modificar el contenido de la misma. Y ello porque si tuvieran semejante facultad, se pondría en peligro el objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 y contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores.⁷¹

.- Con respecto a la adecuación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 a la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia afirma que el ámbito de aplicación de la disposición de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la

⁷¹Vid STJUE 21 de enero de 2015; asunto 21 de enero de 2015 Apartado 31. “*De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79).*”

Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.⁷²

La única interpretación que garantiza la compatibilidad de la Ley 1/2013 con los requisitos establecidos en el art. 6.1 de la Directiva es que ante, una cláusula de intereses de demora en un contrato de préstamo hipotecario entre un profesional y un consumidor no negociada individualmente, pueda priorizarse la no aplicación de la misma sobre el simple recálculo si se aprecia que tiene carácter abusivo. En la medida en que, a pesar de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, no afecte a la obligación que la Directiva impone al juez nacional de excluir la aplicación de una cláusula contractual abusiva, se considera que no es contraria a la Directiva 93/13.

Por lo tanto a la luz del fallo de la STJUE de 21 de enero de 2015 hemos de entender que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación del límite dispuesto en la Ley 1/2013 para los intereses moratorios siempre que no impida al juez nacional no prejuzgar el carácter abusivo de la cláusula a moderar y en el caso de que se aprecie su abusividad, la deje sin aplicar.⁷³

⁷²Vid STJUE 21 de enero de 2015; asunto 482/13. Apartado 36: "Tal como señalaron tanto el Gobierno español en sus escritos y en la vista, como el Abogado General en los puntos 38 y 39 de sus conclusiones, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.

⁷³ Vid STJUE 21 de enero de 2015; asunto 482/13. Apartado 42: "De ahí que el Tribunal de Justicia declare: «Por consiguiente, del conjunto de las anteriores consideraciones resulta 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 rebasen 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 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»

A la vista de este razonamiento, consideramos más lógico entender que el límite cuantitativo impuesto por la reforma del art. 114.3 por la ley 1/2013 LH (tres veces el interés legal del dinero) debe tener una eficacia más limitada al momento de redacción de las cláusulas. Es decir que sirva para un primer control, básicamente a nivel notarial y registral, de las cláusulas del préstamo hipotecario que contengan intereses moratorios convencionales distintos del interés legal (que por su propia esencia, siempre será lícito, sean cuales sean las circunstancias del préstamo). En cambio, no serviría para apreciar de oficio y control judicial de las cláusulas abusivas.⁷⁴

El reciente Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha consolidado este criterio jurisprudencial. El tribunal Europeo reitera la imposibilidad de que el juez nacional pueda integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra del espíritu de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios. Por lo tanto lo que debe hacer, el juez nacional, es declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos.⁷⁵

⁷⁴Vid. RUI-RICO RUIZ, JOSE MANUEL; *“Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores”*. Diario La Ley, Nº 8645, Sección Doctrina, 13 de Noviembre de 2015, Ref. D-423, LA LEY

⁷⁵Vid. ATJUE de 11 de junio de 2015; asunto C-602/13; apartados 44 y 45: 44: *“ En este sentido ha de recordarse, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las disposiciones del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 38). 45 Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.”*

A continuación expongo algunos ejemplos de cláusulas de interés moratorio contenidas en contratos de préstamo hipotecario reales:⁷⁶

“Cualquier cantidad vencida y no satisfecha en la forma estipulada precedentemente, [...] devengará día a día en favor de la Caja de Ahorros de Castilla La Mancha intereses de demora

al tipo del VEINTICUATRO POR CIENTO nominal desde la fecha en que resultaron exigibles dichos débitos vencidos, hasta el día en que se efectúe el pago, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento [...]” (CCM)

“Cualquier cantidad vencida y no satisfecha en la forma estipulada precedentemente, en el concepto que lo sea, constituirá al deudor en mora y devengará día a día, a favor de la Caja de Ahorros de Castilla La Mancha y en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, un tipo interés que se obtendrá sumando 6 puntos al tipo de interés remuneratorio vigente en cada momento [...]” (CCM)

“El presente préstamo devengará en concepto de penalización para el caso de mora de la parte prestataria, un tipo de interés de demora del 22,480% nominal anual que se devengará diariamente” (CajaSol)

En caso de no satisfacer a Cajasol, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del préstamo [...] se aplicará lo establecido en el apartado 6 “”intereses de demora señalado como tal en el ANEXO I de esta escritura.

⁷⁵ Vid. ADICAE; Análisis de cláusulas abusivas en contratos bancarios 2013. La Asociación de usuarios de banca, Caja y Seguros, analizó en el año 2013 más de 278 contratos bancarios y financieros en los que se detectaron 469 cláusulas abusivas. El informe concluyó con la denuncia de 52 entidades financieras.

http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Documento_Resumen_Denuncias_Proyecto_2013_Vale.pdf

Los interés de demora se liquidarán día a día. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo previsto en el Art.317 del Código de Comercio (CajaSol)

“ Los pagos no efectuados en la fecha de su vencimiento, sean de capital o de intereses, incurrirán automáticamente en MORA, sin necesidad de previo aviso o requerimiento al deudor. Sobre las cantidades vencidas y no pagadas y por el tiempo de demora se aplicará el tipo de interés del 20% nominal anual”. (Caja Granada)

“La demora en el pago a su vencimiento de las cuotas de amortización o de los intereses devengados producirá a favor de la CAJA un interés del DIECINUEVE POR CIENTO nominal anual. Los intereses vencidos y no pagados serán capitalizados a los efectos del art. 317 Código de comercio” (CAI)

6.1.2 CLAUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Normalmente la jurisprudencia ha considerado válidas (sobre la base del art. 1255 del Código Civil) las cláusulas de vencimiento anticipado, en los préstamos, cuando concurre justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración como son los contratos de préstamo hipotecario.

Es frecuente encontrar, en este tipo de contratos hipotecarios, cláusulas que permiten al banco resolver el contrato anticipadamente si el prestatario se retrasa en el pago de un sólo recibo mensual. Incluso algunas entidades utilizan términos ambiguos como “*el pago de una cualquiera de las cuotas*”, como veremos en los ejemplos reales. Esto deja al arbitrio de la entidad financiera la resolución unilateral del contrato, creando un grave desequilibrio para el consumidor.

La posibilidad de vencimiento anticipado por el mero hecho de no pagar una o dos cuotas, resulta manifiestamente desproporcionada y, en consecuencia, abusiva⁷⁷.

El Tribunal Europeo ya estableció unos parámetros para enjuiciar esa cláusula en su sentencia de 14 de marzo de 2013: que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.⁷⁸ Y como consecuencia de esta sentencia, se aprobó la Ley 1/2013, que modificó el art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para establecer un mínimo a partir del cual se puede resolver anticipadamente el contrato: tres mensualidades.⁷⁹ El art. 693 supone un límite a partir del cual el banco puede instar el procedimiento, no supone la cancelación automática del préstamo. Esta modificación supone una protección suficiente para el consumidor, en el sentido que busca la Directiva 93/13/CEE?

La Directiva 93/13 impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales. A nuestro entender el art. 693 LEC establece una barrera mínima a la posibilidad de cancelar anticipadamente el préstamo; pero esa barrera mínima no equivale a un juicio de abusividad.

⁷⁷ Vid. art. 85.4 TRLCU y art. 3 de la Directiva 93/13

⁷⁸ Vid. STJUE de 14 de marzo de 2013; asunto 415/11; apartado 73: “*En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.*”

⁷⁹ Vid. Art. 693.2 LEC: (..)2. “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.*”

Hay que pensar que esto no es un freno real a la posibilidad de dar por vencido el préstamo de forma unilateral por parte de la entidad bancaria, quien tiene la facultad de decidir. El juicio de abusividad de este tipo de cláusulas debe realizarse conforme a los parámetros que estableció la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013.

Así pues, como reitera el TJUE, cuando el juez nacional haya constatado que una cláusula es abusiva, esa cláusula será nula y no vinculará al consumidor, no cabe atemperar o moderar sus consecuencias, sino tenerla por no puesta, incluso aunque dicha cláusula no haya llegado a aplicarse.⁸⁰

A continuación expongo algunos ejemplos de cláusulas de vencimiento anticipado por impago de cuotas contenidas en contratos de préstamo hipotecario, reales que fueron declaradas abusivas a instancia de una denuncia planteada por ADICAE:⁸¹

“La falta de pago de una cuota cualquiera 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” (Caja Madrid)

“La demora en el pago de cualquiera de los plazos de amortización de capital y/o de los intereses, así como el impago de las comisiones y compensaciones establecidas en el apartado así epigrafiado de la Estipulación primera de la escrita.” (Caja Granada)

“Por el impago de una o varias de las cuotas pactadas de capital o de intereses ordinarios o de intereses de demora”. (BBK)

⁸⁰ Vid. ATJUE de 11 de junio de 2015; asunto C-602/13; apartado 54: “Por consiguiente, 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 la propia Directiva 93/13— 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.”

⁸¹ Vid. ADICAE; Análisis de cláusulas abusivas en contratos bancarios 2013. La Asociación de usuarios de banca, Caja y Seguros, analizó en el año 2013 más de 278 contratos bancarios y financieros en los que se detectaron 469 cláusulas abusivas. El informe concluyó con la denuncia de 52 entidades financieras.

http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Documento_Resumen_Denuncias_Proyecto_2013_Vale.pdf

“Dará derecho a la entidad acreedora a considera vencida la deuda en su integridad, exigir el reembolso de las cantidades que se adeuden en tal momento y, ejercitar las acciones que nacen de la presente escritura o cualquier otra índole que le corresponda, en los siguientes casos: a) La falta de pago a su vencimiento de cualesquiera cantidades estipuladas de interés o amortización [...]” (Caja de Ahorros de la Inmaculada)

“El Banco podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo y la hipoteca (...) a) Cuando se incumpliese la obligación de pago de cualquiera de los vencimientos de interés o cuotas de amortización pactadas, o de los restantes conceptos a cargo de la parte prestataria...” (Banesto)

“Aunque no haya concluido el plazo de duración del préstamo, podrá el banco exigir por anticipado el pago de la totalidad del capital (...), por cualquiera de las siguientes causas: En caso de falta de pago por la parte prestataria al banco de alguno de los plazos convenidos. (Banco Santander)

“Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o plazos de amortización del capital prestado”. (Unicaja)

“Trascurridos diez días, contados desde el vencimiento de una amortización o intereses, sin que se hayan satisfecho”. (Caja Rural de Granada)

“Por falta de pago de una cualquiera de las cuotas de amortización o intereses, incluyendo todos los conceptos que la integran” (C. Ahorros Huelva y Sevilla)

“Si la parte deudora no abona a su vencimiento, en todo o en parte, alguna de las amortizaciones de capital o intereses de conformidad con lo pactado en esta escritura” (Bancaja)

Hemos analizado la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una o varias cuotas del préstamo hipotecario por ser la más habitual, pero hay otras cláusulas que tienen como consecuencia el vencimiento anticipado y que también se consideran abusivas que sólo vamos a enumerar para dejar constancia:⁸²

.- Cláusula de vencimiento anticipado por no inscripción registral (STS 12 de diciembre de 2009).

⁸²Vid. FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSE M^a; “La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias”. Bosch. 2013. Págs. 88 a 92.

.- Cláusula de vencimiento anticipado en caso de que la parte prestataria sea declarada en concurso.

.- Cláusula de vencimiento anticipado en caso de enajenación disposición de la finca hipotecada. (STS 16 de diciembre de 2009)

.- Cláusula de vencimiento anticipado en caso de arrendamiento urbano de la vivienda hipotecada

.- Cláusula de vencimiento anticipado por embargo o despacho de ejecución contra el deudor hipotecario por deudas ajenas a la hipoteca. (STS 16 de diciembre de 2009)

.- Cláusula de vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca

.- Cláusula de vencimiento anticipado por expropiación de la finca

.- Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias. (STS 16 de diciembre de 2009).

6.1.3 CLAUSULA SUELO

Las cláusulas suelo son introducidas por las entidades bancarias en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable. Es una especie de mecanismo de garantía para asegurar el tipo de interés. El interés variable suele estar referenciado a un índice, mediante la cláusula suelo se limita la bajada de dicho interés respecto a ese baremo. Esta cláusula generalmente se combina con otro mecanismo para asegurar un tipo máximo, que se conoce como cláusula techo. De esta forma tanto el prestamista como el prestatario se aseguran que el tipo de interés del préstamo hipotecario oscilará entre dos tipos, uno máximo y otro mínimo. El límite máximo, al que puede llegar el interés protege al consumidor y el mínimo, hasta el que puede llegar el interés del préstamo al banco.

El problema de aplicar este binomio para el consumidor en su préstamo hipotecario, es que su protección queda totalmente frustrada. Ello porque mientras que el límite máximo, que protege al consumidor, es muy difícil de conseguir, el suelo del

interés probablemente suceda teniendo en cuenta el momento de fluctuación económica en el que nos encontramos y la tendencia de los intereses bancarios a la baja.

Las entidades financieras defienden que mediante el interés variable ligado a dichas cláusulas, el riesgo que corre la entidad de crédito al conceder un préstamo a tipo variable es, al menos parcialmente, cubierto por el consumidor. De este modo la entidad de crédito halla en la cláusula suelo la manera de ofrecer atractivas condiciones a los clientes sin correr el riesgo de que los intereses bajen por debajo de un umbral tolerable para sus propias obligaciones o beneficios. Afirman que es comprensible que con plazos tan dilatados de amortización y préstamos con capitales de devolución altos, éstas deban cubrirse. En cuanto a las cláusulas de interés máximo intentan convencer argumentando que también es posible llegar, en momentos puntuales, a tan altos tipos de interés debido a circunstancias inesperadas, de manera que las cláusulas techo pueden ser útiles.⁸³

Aparentemente este pacto parece que beneficia al consumidor, pues se garantiza que el interés de su préstamo va a estar controlado. Ocurre, sin embargo que estas cláusulas no son transparentes, el banco no ofrece distintos escenarios a los que se puede enfrentar el consumidor ni explica sus consecuencias. Y tampoco permite la opción de suprimir esta cláusula del contrato de préstamo hipotecario, por lo que se convierte en una condición impuesta, no negociada y con una falta total de reciprocidad.

En nuestro país, el Tribunal Supremo se hizo eco de esta problemática en su sentencia de 9 de mayo de 2013, al resolver un pleito que fue originado por la acción colectiva presentada por la asociación de consumidores AUSBANC. En esta demanda se solicitaba la declaración de nulidad de las cláusulas suelo de las hipotecas de BBVA, CAJAMAR Y NCG BANCO.⁸⁴

⁸³ Vid. NASARRE AZNAR, SERGIO; “*Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; Núm. 727, Septiembre 2011; pag. 2677
http://www.diba.cat/c/document_library/get_file?uuid=1b2e0eb9-a725-4a5f-bfe9-cbe979d3fe27&groupId=12812334

⁸⁴Vid. STS núm. 241/2013 de 9 mayo

El origen de la sentencia se encuentra en la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo, en la que se ejercitaba la acción de cesación de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés incorporada por tres entidades de crédito a sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable.

El TS ha dejado sentado en esta sentencia que las cláusulas *suelo* de los préstamos hipotecarios forman parte del precio del contrato. Por lo tanto definen su objeto principal. Por este motivo, quedan excluidas de un eventual control jurisdiccional de su contenido (*ex art. 4.2 de la Directiva 13/1993*)⁸⁵. Sin embargo, resuelve que están sometidas a un doble control de transparencia, que consiste en:

- (i) un control de incorporación de las condiciones generales de la contratación,
- (ii) un control de transparencia propiamente dicho.

Éste es el núcleo central de la STS, 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.⁸⁶

Según la Sentencia de 9 mayo 2013, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

⁸⁵ Vid. Directiva 93/13/CEE. Art. 4.2: “ *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*”

⁸⁶ Vid. STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013. FD 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.*”

- 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 ofertan las mismas.
- e) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Concluye el Tribunal, que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.⁸⁷

Sigue el TS 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.

⁸⁷ Vid. STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013. FD 223 a 225

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

Además, el Auto aclaratorio de la Sentencia, afirma que la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.

Recordemos también que por aplicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2012, caso Calderón, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto;⁸⁸ esto es compatible con lo dispuesto por el art. 83.2 del TRLGDU⁸⁹; el cual no permite una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida.

Por todo ello, considera el TS que las cláusulas suelo de las citadas entidades no resultan transparentes y declara su nulidad y la inmediata eliminación de los contratos de préstamo hipotecario de las demandadas.

⁸⁸ Vid. STJUE de 4 de junio de 2012; Asunto 618/10; Caso Calderón.

⁸⁹ Vid. 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.; art 83.2: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.”*

Por último, como consecuencia de la nulidad absoluta declarada, deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula, de acuerdo con el artículo 1.303 Código Civil, consecuencia lógica de la nulidad de una obligación.⁹⁰

Sorprendentemente, la STS declara que son nulas las cláusulas suelo de los contratos hipotecarios analizados, pero dicha nulidad no conlleva restitución de lo cobrado en virtud de lo que es nulo, sino simple eliminación de futuro. La Sentencia no reconoció la devolución de las prestaciones realizadas en aplicación de la cláusula suelo (devolución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo) alegando la afeción de la seguridad jurídica y el orden público económico. La jurisprudencia surgida después de esta sentencia del 9 de mayo de 2013, sin embargo, no se pone de acuerdo. Por un lado son numerosos los jueces que declaran los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y se inclinan por la aplicación del art. 1.303 CC.⁹¹

Pero también hay un sector que, siguiendo los pronunciamientos de la STS de 9 de mayo de 2013 niegan la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Ello porque entienden que aplicar el criterio de retroactividad a demandas individuales puede tener un efecto llamada para otros consumidores y generar una multitud de demandas individuales que ocasionarían un grave perjuicio al orden público.⁹²

⁹⁰ Vid. CC. Art. 1.303: *“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”*

⁹¹ Vid. En el mismo sentido: SAP Zamora (Sección 1), sentencia núm. 7/2013, de 22 enero; SAP Jaén (Sección 1), sentencia núm. 305/2014, de 10 julio; SJMER núm. 10 de Barcelona Sentencia de 7 junio 2013; SAP Álava de 9 de Julio 2013

⁹² Vid. SAP Córdoba, de 18 de junio de 2013; SJMER Pontevedra de 16 diciembre 2013 (AC\2013\2033); SAP de Cáceres de 22 de mayo de 2013 (Sentencia 130/2013); STS de 8 de septiembre, núm. 464/2014; STS de 25 marzo, núm. 139/2015;

A nuestro entender con el argumento de preservar la seguridad del orden económico la sentencia premia, en cierto modo, la actividad poco transparente de una de las partes contratantes, del predisponente, la entidad bancaria. Este criterio va en contra del sistema de protección de la Directiva 93/13 cuyo pilar se asienta en la protección al consumidor, que se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, teniendo que adherirse a las condiciones redactadas unilateralmente. Habría que analizar la situación jurídica en que se queda el consumidor y comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. Hecho altamente improbable.

Es cierto que en el caso de la sentencia de 9 de mayo de 2013 se trata de una acción colectiva, cuyos efectos económicos hubieran sido importantes. Pero no es menos cierto que dejar inmune el enriquecimiento injusto de una parte en detrimento de la otra va en contra del espíritu de la Directiva europea de protección al consumidor. El hecho de dejar sin aplicación la cláusula suelo si más repercusión no parece que sea una respuesta contundente al mandato comunitario *pro-consumatore*. Salvando, con reservas,⁹³ el argumento utilizado por el TS de grave afección de la economía del país, en esta demanda colectiva, entendemos que en una demanda individual la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo deben ser los que se derivan de la aplicación del art. 1.303 CC.

⁹³ Vid. Nota: Es obvio que la banca juega un papel muy importante en la economía de un país. Su importancia es inversamente proporcional al grado de desarrollo o situación financiera del país. Por ello en momentos de crisis como el actual es necesario que el dinero fluya y la banca conceda créditos para que la economía avance. Pero también es cierto que la confianza de los consumidores en los mercados es fundamental para el desarrollo económico. Un consumidor desconfiado reduce el consumo y la inversión. No gasta, así que el mercado no se mueve. Si vía sentencias como esta del TS de 9 de mayo de 2013, no se consigue devolver la confianza al consumidor en el sistema, castigando a quienes han abusado de su poder en tiempos de necesidad, difícilmente se va conseguir una estabilidad financiera y una economía solvente y segura.

VII.- OTRAS PRÁCTICAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

7.1 VINCULACION DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO A LA CONTRATACION DE DETERMINADAS POLIZAS DE SEGUROS

Con motivo de la comercialización de préstamos hipotecarios es frecuente que las entidades bancarias impongan al consumidor obligaciones de todo tipo⁹⁴, entre ellas las de la contratación de determinadas pólizas de seguro, con el fin de garantizar el riesgo hipotecado.

Entre los más habituales podemos encontrar los seguros de amortización de préstamo seguro de vida, que garantiza que, si el asegurado fallece de forma prematura o sufre una gran invalidez, la deuda pendiente con la entidad de crédito será asumida por el asegurador; el seguro de multirriesgo de hogar, que garantiza el propio inmueble hipotecado; seguros de protección de pagos que en caso de desempleo o incapacidad temporal del asegurado, garantiza el pago a la entidad de crédito, mientras dure esta situación, de un número máximo de cuotas mensuales del préstamo; y otros como seguros de salud, planes de pensiones etc.

La pregunta que nos debemos hacer es la de si esta práctica responde a alguna obligación legal, de modo que pueda hablarse de una vinculación contractual impuesta por la Ley, o se trata de una simple posibilidad que asiste al prestatario, y cuya virtualidad es proteger a la entidad de crédito.

Vamos a ir respondiendo a esta pregunta a lo largo de los siguientes puntos pero antes nos vamos a detener, una vez más en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo.

⁹⁴ Vid. Nota: Por ejemplo domiciliación de nómina, domiciliación de recibos, contratación de tarjeta de crédito y obligación de realizar determinada cantidad de gasto, etc.

Esta STS tiene repercusión en la comercialización y contratación de seguros por sus valoraciones sobre los principios en que se debe fundamentar la contratación de los préstamos a los que, suelen venir vinculados.

Como hemos señalado el Tribunal Supremo resuelve la nulidad de la cláusula suelo en aquellos casos en los que haya falta de transparencia a los consumidores, es decir, cuando no se haya dado la información suficiente a los clientes a la hora de contratar la hipoteca. El Supremo establece que "la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más–, sino en la falta de transparencia". Si trasladamos este argumento al ámbito del seguro nos encontramos con que en muchos casos la contratación de ciertos productos vinculados al préstamo hipotecario, como los seguros, influyen en el tipo diferencial de interés. Es decir se convierte en elemento esencial determinante del precio. Por lo tanto, podemos interpretar que las condiciones de transparencia, que en la sentencia se prevén para las cláusulas limitativas del tipo de interés variable, serían de aplicación para la contratación de seguros vinculados a préstamos hipotecarios.

Al analizar la comercialización de los seguros vinculados a los préstamos hipotecarios no hay que pasar por alto el escenario económico que deja la crisis: falta de crédito, falta de empleo, alta tasa de morosidad, etc. Las entidades financieras apenas conceden crédito por su falta de liquidez lo que hace difícil el acceso a la inversión y la creación de empleo por parte de las empresas. Así que para los bancos supone una gran oportunidad la posibilidad de vender otros productos con márgenes elevados en un mercado con posibilidades de crecimiento. De esta manera rentabilizan los costes fijos producidos por su estructura a través de ingresos que no consumen recursos propios. Consiguen, además, otros objetivos como la vinculación de clientes presentándose ante éstos como un proveedor global de soluciones financieras y de protección.

Esta actividad aseguradora de los bancos, se regularizó en el año 2006 a través de la figura del mediador “Banca-Seguros”, por la ley 26/2006 de 17 de julio de Mediación de Seguros y reaseguros privados.⁹⁵

La Ley 26/2006 ha sido muy laxa en la regulación de la banca seguros sector en aspectos como la información al usuario o la formación de sus operadores. Ha terminado por legitimar lo que era práctica común, otorgando nuevas herramientas a un “mediador” con una posición privilegiada gracias a la información que maneja de los clientes que capta por el canal bancario. El tratamiento de la información obtenida para unos fines –bancarios- y utilizada para otros –contratación de seguros- veremos que en la mayoría de las ocasiones vulnera los principios de protección de datos de los usuarios.

Esta práctica bancaria generaliza no se limita al préstamo hipotecario. La obligación de vincular el seguro se ha extendido a todo tipo de préstamos, a modo de garantía adicional para la entidad crediticia. La cuestión es si ello responde a alguna obligación legal, de modo que pueda hablarse de una vinculación contractual impuesta por la Ley, o se trata de una simple posibilidad que asiste al prestatario.

⁹⁵ Vid: Ley 26/2006 de 17 de Julio de Mediación de seguros y reaseguros privados; art. 25.1: *Tendrán la consideración de operadores de banca-seguros las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito y las sociedades mercantiles controladas o participadas por estas conforme a lo indicado en el artículo 28 de esta Ley que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, realicen la actividad de mediación de seguros como agente de seguros utilizando sus redes de distribución. La entidad de crédito o el establecimiento financiero de crédito sólo podrá poner su red de distribución a disposición de un único operador de banca-seguros.*

Lo que primero debe destacarse es que según el art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, el único seguro que debe ir vinculado a la contratación de un préstamo hipotecario es el seguro de daños⁹⁶. Además, el art. 10 del RD 716/2009, de 24 abril, de desarrollo de determinados aspectos de LMH establece que los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos.⁹⁷ Los riesgos cubiertos deberán ser, al menos, los incluidos en los ramos de seguro 8 y 9 del art. 6,1 del RD Leg. 6/2004, de 29 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados con excepción del robo.⁹⁸

A priori parece que sí hay una obligación legal de asegurar los bienes hipotecados con un seguro de daños. Pero lo cierto es que estas disposiciones son de aplicación, tal como dispone el artículo 1 de la Ley 2/1981 a “todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español”, lo que significa que únicamente se aplica a los títulos hipotecarios que se hayan emitido de conformidad con la normativa del mercado hipotecario. La legislación vigente no impone con carácter general y de forma directa al deudor de un préstamo hipotecario la obligación de contratar seguros sobre el inmueble hipotecado. La normativa reguladora del mercado hipotecario establece determinados requisitos para que las entidades financieras puedan emitir títulos en el citado mercado.

⁹⁶ Vid. Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del Mercado Hipotecario; Art. 8: *“Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.*

⁹⁷ Vid. 1. Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Art. 10.1: *“Los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos. Los riesgos cubiertos deberán ser, al menos, los incluidos en los ramos de seguro 8 y 9 del artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, con excepción del robo. La suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo.”*

⁹⁸ Vid. Leg. 6/2004, de 29 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Art. 6.1: (...) *“8. Incendio y elementos naturales. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno. 9. Otros daños a los bienes. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por el granizo o la helada, así como por robo u otros sucesos distintos de los incluidos en el ramo 8.”*

Es decir, que las entidades bancarias que pretendan negociar los créditos hipotecarios de su cartera para obtener recursos, deben ofrecer a quienes adquieran sus cédulas o bonos hipotecarios, una garantía en forma de seguro de daños sobre el bien hipotecado. Por lo tanto esta obligación no corresponde por ley al consumidor. Lo que ocurre es que el banco traslada esta obligación al consumidor y se la impone contractualmente.⁹⁹

No obstante, podemos apreciar cierta “obligatoriedad” -más allá de la conveniencia o necesidad del seguro- en el artículo 10 del Real Decreto 716/2009 que dispone que los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos, cuya suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, y en particular el suelo. Pero el banco debe exigir garantías proporcionales al crédito hipotecario, limitadas al riesgo real y sin exigir garantías proporcionales al crédito hipotecario, limitadas al riesgo real y sin imposición, en ningún caso de un producto asegurador concreto propio de la entidad prestamista o sus concertadas, ni de la aseguradora con la que contratar la póliza. De otra manera entramos ya en el ámbito de las cláusulas abusivas.

En la práctica, por la precipitación en la redacción de las cláusulas, por el uso de formularios previamente elaborados o por el interés de la entidad financiera acreedora de aumentar su cartera de seguros, es habitual encontrarse en escrituras hipotecarias la obligación de asegurar elementos no afectos a la hipoteca (por ejemplo, el seguro de los frutos o de bienes muebles si no se ha pactado la extensión de la hipoteca a ellos o el seguro del contenido de la finca hipotecada).

⁹⁹ Vid. Informe DGSFP SPH1 Seguros de Daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios. <https://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/SPH1%20SEGUROS%20DE%20DA%C3%91OS%20PROPUESTA%20MODIFICACION%20DE%20CRITERIO%20-%20negro.pdf>

Estas cláusulas son inadmisibles, no sólo por abusivas al amparo del TRLGDCU en cuanto rompen el justo equilibrio de las contraprestaciones¹⁰⁰ sino además por estar fuera del sinalagma contractual del préstamo hipotecario y carecer de causa.

Además del seguro de daños, es habitual que el banco obligue al solicitante de un préstamo hipotecario a suscribir otro tipo de seguros: de vida, de amortización etc, o incluso condicione la concesión del propio préstamo a la contratación de éstos. Pero no sólo imponen el seguro, sino que la aseguradora con la que se contrate sea del mismo grupo empresarial o incluso del canal de mediación del propio banco. Esto no sólo limita la libertad de elección del consumidor, sino que produce un grave detrimento de su posición contractual del deudor hipotecario pues, generalmente, el banco es beneficiario de esa póliza o incluso es quien decide si utiliza la vía de la reclamación a la aseguradora una vez producido el siniestro o utiliza la vía de la reclamación al deudor. De esta manera se desvirtúa la eficacia del contrato de seguro.

Este tipo de actuaciones, han sido calificadas como contrarias a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados, por el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.¹⁰¹ Ello de acuerdo con la competencia reconocida por el artículo 62 Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹⁰².

¹⁰⁰Vid. TRLGDCU, art.82: *“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 los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

¹⁰¹ Vid. Informe DGSFP SPH1 Seguros de Daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios. <https://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/SPH1%20SEGUROS%20DE%20DA%20C3%91OS%20PROPUESTA%20MODIFICACION%20DE%20CRITERIO%20-%20negro.pdf>.

¹⁰² Vid. Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados; Art. 62.1 *“El Ministerio de Economía y Hacienda protegerá la libertad de los asegurados para decidir la contratación de los seguros y el mantenimiento del equilibrio contractual en los contratos de seguro ya celebrados.”*

Como vemos la imposición por parte de la entidad bancaria de contratar seguros vinculados al préstamo hipotecario puede implicar un grave desequilibrio para los derechos del consumidor. Esto nos lleva a situarnos en el marco del art. 89¹⁰³ del TRLGDCU que establece que, en todo caso, tiene la consideración de cláusula abusiva la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios, complementarios o accesorios, no solicitados, y los incrementos de precio por servicios accesorios que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso, expresados con la debida claridad o separación.

La relación banca-seguros puede acarrear un grave peligro para los intereses del deudor hipotecario y una sobreprotección para la entidad acreedora, que obtiene una doble garantía sobre la cantidad prestada. Además, el cliente bancario, que también es tomador del seguro o asegurado, por imposición bancaria, se encuentra con cláusulas no negociadas, con condiciones impuestas unilateralmente por la propia entidad, sin poder valorar reamente la eficacia y alcance de esa póliza y sin ofertas contradictorias que comparar.

Las obligaciones de información precontractual en los préstamos hipotecarios, vienen recogidas en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo objetivo es que los clientes estén en condiciones reales de comparar el coste financiero del préstamo hipotecario ofrecido por cada entidad.

¹⁰³ Vid. TRLGDCU, art. 89: “En todo caso tiene la consideración de cláusula abusiva (...)En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. (...) 4.La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. 5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”

La Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 21 la obligación de las entidades de crédito de proporcionar a los clientes información clara, suficiente y gratuita sobre los préstamos que ofrecen en el mercado hipotecario, información que tendrá carácter orientativo y que se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE). Esta información incluirá todos aquellos productos o servicios que han de ser contratados conjuntamente con el préstamo para poder obtenerlo en las condiciones ofrecidas. Una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionará al cliente la información personalizada que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato¹⁰⁴. Si el préstamo conlleva la contratación de otro servicio vinculado, como seguros, el banco deberá informar de manera clara y comprensible sobre las condiciones de éstos y las posibilidades de contratar cada servicio de forma independiente. De esta forma el consumidor podrá valorar y decidir entre las distintas opciones del mercado.¹⁰⁵

En este mismo sentido, se pronuncia la Directiva europea de regulación hipotecaria 2014/17/UE cuando dice que las entidades prestamistas deben admitir la validez de una póliza de seguros contratada con un tercero si ésta posee el mismo nivel de garantías que la que la banca propone al cliente.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Art. 21.1 “*Las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios, información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que figura en el anexo I.*”

¹⁰⁵ Vid. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Art. 12: “*Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.*”

¹⁰⁶ Vid. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010. Art. 12.4: “*Los Estados miembros podrán permitir a los prestamistas que exijan al consumidor suscribir una póliza de seguros pertinente en relación con el contrato de crédito. En estos casos, los Estados miembros velarán por que el prestamista acepte la póliza de seguros de un proveedor distinto de su proveedor favorito cuando dicha póliza posea un nivel de garantía equivalente al nivel que haya propuesto el prestamista*”

En caso de que solo resulte posible la contratación del préstamo en las condiciones ofertadas vinculado a la contratación de los seguros, se deberá informar al cliente, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.

Constantemente vemos que se repiten los requisitos de transparencia e información a la hora de conceder préstamos (ya sean hipotecarios o de otro tipo) con seguros vinculados; por ello no puedo dejar de traer a colación una vez más la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo. Afirmaba el TS que "el consumidor debe ser informado de otros productos para que pueda realizar una comparación y pueda optar después de tener una información suficiente". Y declaraba nulas las cláusulas de interés variable "suelo" por no ser transparentes. Haciendo extensivos estos argumentos a la imposición de la contratación de seguros junto con préstamos, en condiciones poco transparentes, podemos afirmar que esta práctica puede declararse nula igualmente¹⁰⁷.

No vamos a entrar a valorar si la venta de seguros por la banca se hace dentro de las normas de la competencia leal, pero sí queremos llamar la atención sobre la posición privilegiada que disponen frente a la información y gestión de los datos de sus clientes. Esta posición de supremacía hace que muchas veces cometan abusos respecto al tratamiento de los datos de carácter personal de sus clientes. La Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección de datos recoge que todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Vid. GOLDARACENA CATALAN, JAVIER; Informe "Cómo Actuar Ante las Malas Prácticas de la Banca en Seguros. WWW.goldaracena.es

¹⁰⁸ Vid. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Considerando 28: "Considerando que todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado"(...)

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que traspone esta directiva, dispone que los datos serán tratados con fines determinados, explícitos y legítimas¹⁰⁹.

Todo esto quiere decir que la entidad financiera no puede recabar datos de sus clientes para un tratamiento específico, como es el de mantenimiento de la relación bancaria y disponer de ellos para otras finalidades como son la venta de productos vinculados al préstamo. Este tratamiento supone la cesión de los datos por parte del banco a su red comercial de banca-seguros. Para que ello sea lícito y leal, debe de informar y pedir el consentimiento al interesado de todas las cuestiones relativas a esta cesión de datos a la aseguradora¹¹⁰.

El concepto de tratamiento de datos leal está basado en una obligación clara, transparente y explícita de informar. Información con claridad y transparencia de forma que quede garantizado el conocimiento del interesado sobre todas las cuestiones que le incumban al recabar los datos, al tratarlos y, en su caso, al cederlos. Esto es la característica de un tratamiento leal que es el que debe tener el usuario en el contrato de crédito y en su asociado contrato de seguro¹¹¹.

Española de Protección de Datos, AEPD, se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el tratamiento de los datos de carácter personal realizado por la entidad financiera para estos fines concluyendo en todas las ocasiones, que el tratamiento será lícito únicamente si el cliente ha prestado su consentimiento de forma, libre, inequívoca, específica e informada.¹¹²

¹⁰⁹ Vid. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Art. 4.1 “Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.”

¹¹⁰ Vid. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Art. 11.1: “ Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

Para concluir con este análisis lo que sí podemos decir, es que el interesado tiene derecho a consentir o no consentir el tratamiento de sus datos por una compañía de seguros impuesta por el banco.

Si la entidad de crédito “obliga” al interesado a contratar con una compañía de seguros y, con esta argumentación, no le permite negar su consentimiento a la cesión de datos a una compañía prefijada por la propia entidad, consideramos que nos estamos moviendo en el ámbito de las denominadas cláusulas abusivas que contempla 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.

7.1.1 SEGURO DE HOGAR

Hemos señalado en epígrafes anteriores que el deudor hipotecante sólo tendrá que asegurar los bienes afectos a la garantía hipotecaria (aunque en rigor lo que se asegura es su interés en el bien y no el bien en sí mismo); la LMH establece que los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos. Dependerá de cuáles sean los bienes a los que se extiende legal y convencionalmente la hipoteca en cuestión. En el caso de una hipoteca inmobiliaria el acreedor se cuidará de que el seguro se haga contra daños en la finca o fincas que sirvan de garantía hipotecaria por el valor de tasación.

Tradicionalmente los condicionados de los préstamos hipotecarios sólo contenían la obligación de contratar un seguro de incendios. Hoy día, la cobertura se ha ampliado y muchas escrituras utilizan la expresión de «seguro de daños, incluido el riesgo de incendios», para indicar la necesidad de un seguro que cubra todos los riesgos

¹¹¹ Vid. DAVARA&DAVARA asesores jurídicos, Informe para el Colegio de Mediadores de Seguros de Navarra 2013; “*Derechos de los usuarios en protección de datos en un seguro asociado a un préstamo con una entidad financiera*”.

¹¹² Vid. Informe AEPD 0070/2013; En el mismo sentido consulta ADECOSE-AEPD 71028/2013

que puedan dar lugar a la desaparición o el deterioro de la integridad física de los bienes hipotecados, o la de seguro multirriesgo que ofrece la posibilidad de cubrir varios riesgos en el mismo contrato. Es evidente que obligar a suscribir una póliza con cláusulas que no afecten al riesgo del acreedor hipotecario es inadmisibles por abusiva. Tampoco puede, el deudor, reducir el riesgo asegurado sin previa autorización de la entidad crediticia.

En cuanto cómo determinar la suma a asegurar, lo primero que tenemos que tener en cuenta es que esa cantidad va a ser el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en caso de siniestro. Esa cantidad tiene que cumplir con la finalidad de preservar el bien hipotecado en caso de siniestro ya que éste actúa como garantía de la deuda.

Hay varias formas de determinar la cuantía a asegurar, pero en principio Ley 2/1981 de regulación del Mercado Hipotecario, hemos vistos, que entre los requisitos que establece para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de títulos hipotecarios incluye el del seguro contra daños en los bienes hipotecados «por el valor de tasación» (art. 8). Y el Real Decreto 716/2009 declara que los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños en que la «suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza». Esto es tanto como exigir que el valor de la suma asegurada debe de coincidir con el valor del inmueble hipotecado.

El valor a asegurar puede coincidir o no con el importe del préstamo hipotecario por lo que es frecuente encontrarse con que los acreedores hipotecarios exigen la contratación del seguro de daños por el importe total del crédito. Este es otro de los criterios para determinar la cuantía del seguro. Con este criterio el deudor hipotecario debe tener mucho cuidado porque puede encontrarse pagando un seguro con una garantía excesiva, con el sobrecoste de prima que eso conlleva. O por el contrario, si la suma asegurada se va adecuando a la cantidad hipotecada conforme ésta se va amortizando, se puede encontrar con un infraseguro sobre la finca hipotecada.

En este sentido, el artículo 1877¹¹³ del Código Civil dispone que la hipoteca se extiende, entre otros supuestos, al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados. Igualmente el artículo 110.2 de la Ley Hipotecaria extiende la hipoteca, aunque no se mencione en el contrato, a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca.

Lo que debe hacer el consumidor es acompañar su interés en asegurar su propiedad contra cualquier contingencia, con el de la entidad bancaria y contratar el seguro que se acomode a sus necesidades, no el que el banco le imponga.

Pero el deudor hipotecario no es tan libre para elegir. Es común encontrar con que el banco no sólo le impone el tipo de seguro que tiene que contratar sino la aseguradora con la que tiene que contratar. Esta práctica es una práctica comercial interesada, de competencia desleal por parte de la entidad y además que limita totalmente la libertad del consumidor. La designación de una entidad con la que obligatoriamente el deudor hipotecario ha de contratar el seguro puede entrar en la cláusula general de conductas prohibidas por anticompetitivas del artículo 1º de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Es indudable que se pueda tachar de abusiva por el perjuicio que causa al consumidor.¹¹⁴

¹¹³ Vid. CC. Art. 1877: “La hipoteca se extiende a las acciones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero.”

¹¹⁴ Vid. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Art. 1.e): “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.” Art. 82 TRLGDCU y Art. 62.1 TRLOSSP.

Otra cláusula frecuente en el contrato de seguro de daños que garantiza una finca hipotecada, es la cláusula de acreedor hipotecario, cláusula hipotecaria o cláusula de cesión de derechos a favor de la entidad bancaria.

Este tipo de cláusulas son de diversos tipos y pueden concurrir en el mismo documento. Unas veces se trata de una serie de obligaciones a las que se compromete el asegurador con el acreedor; otras, la imposición de unos límites a la posibilidad de modificar la póliza del seguro en perjuicio del acreedor hipotecario.

Es necesario señalar que los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio. Solamente tiene derecho a percibir la indemnización el propietario del bien asegurado, como titular del interés. Si la entidad aseguradora pagase la indemnización a cualquier otra persona se produciría un enriquecimiento injusto puesto que dicha persona no ha sufrido menoscabo o quebranto económico. En este tipo de pólizas no existe la figura del beneficiario como tal aunque existe otra figura: el acreedor hipotecario que es quien cobrará la indemnización del siniestro. Sin duda, el pacto expreso por el que, en caso de siniestro, el asegurador paga la indemnización al acreedor es el eje de toda cláusula de acreedor hipotecario.¹¹⁵ Este pacto es diferente a los derechos que la LCS reconoce al acreedor hipotecario sobre la indemnización que corresponda al propietario de los bienes hipotecados:¹¹⁶

- Los acreedores hipotecarios tienen un derecho sobre la indemnización en caso de destrucción del bien hipotecado. Por eso, la ley obliga al tomador o al asegurado a comunicar a la aseguradora la existencia o la constitución de la hipoteca sobre dicho bien.

- En caso de siniestro, la aseguradora tendrá que solicitar el consentimiento del acreedor hipotecario para poder pagar la indemnización al asegurado.

¹¹⁵ Vid. VARGAS VASSEROT, CARLOS, *“La protección del cliente en el mercado asegurador”*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2014

¹¹⁶ Vid. LCS. Arts. 40, 41 y 42

- El asegurador debe comunicar al acreedor hipotecario la extinción del contrato de seguro o el impago de la prima.

Por tanto, de estas previsiones legales se deduce que el acreedor hipotecario no tiene la condición de un “beneficiario” con derecho propio a cobrar la indemnización correspondiente al siniestro del bien inmueble. Lo que le reconoce la Ley es el derecho a que la garantía real que pesa sobre el inmueble se extienda a la indemnización, pero dicha indemnización únicamente debe ser entregada al titular del bien asegurado, es decir, a su propietario.

No obstante lo anterior, en la práctica hay contratos de seguro de daños en los que se estipula que el acreedor hipotecario es beneficiario del seguro o que el propietario del bien cede sus derechos sobre la indemnización a la entidad de crédito, o cualquier otra cláusula que implique la concesión de derechos al acreedor hipotecario superiores a los que les atribuye la Ley de Contrato de Seguro.

Estas cláusulas son limitativas de la voluntad del contratante, Y ciertamente algunas de las cláusulas impuestas al deudor-asegurado por el acreedor tienen carácter lesivo para el asegurado (como la cesión del importe total de la indemnización del seguro independientemente de la cuantía adeudada o la imposición de una determinada entidad aseguradora) por lo que están prohibidas al amparo de la LCS y si el asegurado es un consumidor en virtud del TRLGDCU (art. 82). Y esto puede ocurrir aunque se hayan completado correctamente la FIPRE y la FIPER.

En este sentido se ha pronunciado el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que considera que este tipo de cláusulas son contrarias a los artículos 40 y 42 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro; en consecuencia las citadas cláusulas se consideran nulas y se tendrán por no puestas.¹¹⁷

7.1.2 SEGURO DE VIDA

Además del seguro de daños, del que ya hemos hablado en el epígrafe anterior, es fácil encontrar otro tipo de cláusulas vinculadas a los contratos de préstamo hipotecario donde se exige al consumidor como requisito la suscripción de un seguro de vida para, en caso de fallecimiento o invalidez del consumidor hipotecado, amortizar la parte que pudiera quedar pendiente del préstamo. Lo que se está asegurando es la imposibilidad de generación de ingresos que permitan seguir amortizando el préstamo. Hay varias modalidades de seguro: el seguro de amortización típico, en el que el capital asegurado permanece constante durante toda la duración del seguro, la prima va evolucionando según la edad-riesgo del asegurado, y en caso de fallecimiento se liquida la deuda con la entidad y el resto del capital se entrega a los herederos designados; y el seguro de amortización decreciente, en el que el capital asegurado se ajusta al capital

¹¹⁷ Vid. Informe DGSFP SPH1 Seguros de Daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios. <https://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/SPH1%20SEGUROS%20DE%20DA%C3%91OS%20PROPUESTA%20MODIFICACION%20DE%20CRITERIO%20-%20negro.pdf>. En el mismo sentido Vid. GOLDARACENA CATALAN, JAVIER; Informe “Cómo Actuar Ante las Malas Prácticas de la Banca en Seguros”. www.goldaracena.es <http://www.mediadoresdenavarra.com/>. Vid. VARGAS VASSEROT, CARLOS, “La protección del cliente en el mercado asegurador”. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2014

pendiente del préstamo de forma automática, según un sistema de amortización, liquidándose toda la deuda en caso de fallecimiento. En este caso, la prima se ajusta a la edad del asegurado y al capital pendiente de amortizar.

La contratación de estas pólizas suele ser obligatoria y se condiciona la concesión del préstamo a ello. Incluso, muchas entidades exigen al cliente, como condición ineludible para la concesión de un crédito o préstamo, la suscripción de un seguro de vida con una aseguradora de la propia entidad o de su grupo empresarial. Estas tales prácticas distorsionan el mercado asegurador al restringir el acceso al mismo de otros operadores y por tanto, son prácticas restrictivas de la competencia. Esta imposición es la que nos lleva a tachar de abusivas este tipo de cláusulas, pues generan un grave desequilibrio para el solicitante del préstamo que queda en una situación de inferioridad notable respecto al banco. Debemos señalar, además, que en el caso de que el crédito esté ya garantizado por hipoteca no tiene justificación la imposición por la entidad de crédito de un seguro de amortización de este tipo, cuando la hipoteca cubre suficientemente el capital del préstamo, por lo que hay que defender su carácter dispositivo para el deudor hipotecario y su imposición puede considerarse desproporcionada al riesgo asumido y ser calificada como cláusula abusiva por sobre garantías.

Otra condición de estos contratos, impuesta por el banco, es la de designar como beneficiario a la propia entidad de crédito, por lo que sólo ésta, en los términos de los artículos 84 y 88 de la L.C.S¹¹⁸ ., puede reclamar a la entidad aseguradora el pago de la indemnización. El deudor hipotecario o sus causahabientes únicamente podrían reclamar en este caso, el sobrante una vez liquidado el préstamo, en el caso de que lo hubiera.

¹¹⁸ Vid. Art. 84 LCS: “El tomador del seguro podrá designar beneficiario o modificar la designación anteriormente realizada, sin necesidad de consentimiento del asegurador. La designación del beneficiario podrá hacerse en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento. Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador”. y Art. 88 LCS: “La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos.”

El consumidor asegurado es obligado a renunciar por escrito a la facultad de revocar la designación de beneficiario en los términos del artículo 87 de la L.C.S., con lo que la entidad de crédito se asegura el mantenimiento inalterable de su situación de beneficiaria.

El problema que suscita la contratación de garantías adicionales de este tipo, que no son necesarias, y a través de la propia aseguradora del grupo, es que el banco, opte por no reclamar a la aseguradora el pago, en el caso de ocurrencia del siniestro y ejecute una garantía o aval a terceras personas, con lo que el seguro deja de tener todo su sentido económico. En el caso de los seguros contratados con una entidad del mismo grupo empresarial, se da la circunstancia de que la entidad prestamista es la beneficiaria del seguro, la emisora de la póliza y la tomadora, al tratarse generalmente de seguros colectivos.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 21.12.1999, revela esta forma de actuar ejercida por Caja Madrid. En ella se dice que el avalista está obligado a asumir el pago del capital pendiente del préstamo aunque exista ese seguro de amortización¹¹⁹.

El origen de la controversia fue la concesión de un préstamo personal por una entidad, imponiéndole al prestatario un seguro de amortización del crédito y además un aval, exactamente el piso de un amigo. Transcurrido un año desde la concesión del crédito el prestatario fallece y deja de pagar el crédito. La entidad prestamista pertenecía al mismo grupo que la aseguradora, en vez de reclamar el pago a ésta, opta por embargar el piso del avalista.

¹¹⁹ Vid. SAP Madrid de 21 de Diciembre de 1999. La resolución judicial no es compartida por uno de los magistrados integrantes de la Sección 13ª que dictó la sentencia, precisamente el presidente de la Sección y presidente, entonces, de la Audiencia Provincial de Madrid, el cual formuló un voto particular en el que consideraba que esta actuación era un claro fraude de ley

El caso llega a los Tribunales y el Juzgado de Primera Instancia condena a la entidad crediticia a reclamar a la Compañía de seguros. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Madrid da la razón a la entidad bancaria, aunque con el voto particular en contra de su Presidente.

En este caso queda patente el fraude para el asegurado y el consiguiente perjuicio para el avalista. El deudor está pagando las primas de su seguro, como contraprestación de la cobertura de un riesgo, para que cuando finalmente se realice el evento previsto en el contrato, el asegurador quede liberado de su obligación de pago porque el beneficiario no se lo reclama.

Otras sentencias se muestran contrarias a la de Madrid y consideran con mejor criterio, que el seguro se contrata para que si se produce el siniestro previsto se haga efectiva la cobertura¹²⁰.

Otro tema a destacar en relación con la contratación de los seguros de vida es la obligación que tienen los asegurados de declarar a la aseguradora todas aquellas circunstancias relativas a su estado de salud, que puedan influir en la valoración del riesgo. Para ello las aseguradoras suelen presentar al solicitante un cuestionario con unas preguntas sobre su estado de salud o patologías que sufra.¹²¹

¹²⁰ Vid. En las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid (26 de abril de 1999) y Audiencia Provincial de Ciudad Real (16 de junio de 1998) se afirma: *“si este seguro se ha pactado entre tomador y beneficiario credendi causa, esto es, para obtener de la contraparte una prestación como contraprestación a la propia, sería contrario a la reciprocidad de las obligaciones dimanantes el que, quien recibe la prestación del tomador, dejara perder, por su propia voluntad o por causa a éste sólo imputa”*.

¹²¹ Vid. Art. 10.1 LCS: *“El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”*.

Es obligación de la aseguradora preguntar de forma clara y concisa sobre la salud del asegurado, ya que éste sólo está obligado a contestar a las preguntas del cuestionario de salud. Ocurre que este documento suele ser poco claro, vago, se suele redactar como boletín de adhesión y deja pocas opciones de respuesta al asegurado. En muchas ocasiones, al ser seguros vinculados al préstamo y por lo tanto obligatorios, es el propio empleado del banco quien rellena este cuestionario de salud limitándose el cliente a firmarlo. Es curioso cómo algo tan baladí -aparentemente- a la hora de contratar el seguro -rellenar un cuestionario- se convierte el motivo más utilizado por las aseguradoras para no pagar el siniestro: “enfermedad no declarada”, “enfermedad pre-existente”.

Hace años que la jurisprudencia destaca la importancia de la redacción del Cuestionario ya que delimita el deber de declaración del riesgo. Son numerosas las sentencias que dicen que si el agente de la aseguradora o empleado del banco es quien rellena el cuestionario que el tomador del seguro se limitó a firmar, ello equivale a una falta de presentación del cuestionario, cuyas consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el asegurado.¹²²

¹²² Vid. SAP de Pontevedra (Sección 1ª) Nº. 298/2014 de 11 de septiembre; FD Tercero: *“el testigo D. Damaso, director de la sucursal de Caixanova en Barro desde 1988 hasta mediados de 2011 y que en esta condición fue quien formalizó los contratos de 2004, introdujo serias dudas sobre la fórmula seguida al cubrir los cuestionarios. En efecto, tras reconocer que los préstamos se condicionaban en la práctica a la suscripción del seguro (“Se le hacía saber que tenía que contratar un seguro de hogar y de vida para cubrir una serie de contingencias como podía ser muerte, invalidez, etc; ese seguro no era solicitado por el que solicitaba el crédito, en la mayoría de los casos era porque la entidad planteaba el hacer el seguro”), al ser preguntado acerca de si las preguntas incluidas en la póliza de 2004 se hicieron realmente a la asegurada, manifestó que no lo recordaba en el caso concreto, pero que en la mayoría de los casos no se hacían, sino que se cubrían mecánicamente (“puede que sí, pero en la mayoría de los casos no; hay que vender, ofrecer, sobre todo cuando tenías una hipoteca no podías hacerla si no vendías un seguro, un seguro de hogar o de vida, te ponían como mal gestor; en segundo lugar, en un pueblo como era donde estaba la Caixa conocías a todos los clientes, eras un poco médico, un poco gestor, un poco economista, un poco abogado, conocías un poco de todo o no eras nada, entonces conocías muy bien a la gente; esta señora, por cierto, tenía un negocio delante de la oficina, yo la veía cargar sacos de patatas y de maíz, esta señora para mí estaba perfectamente, yo no recuerdo si le llegué a preguntar eso o no, digo que en la mayoría de los casos no se preguntaba, se hacían los seguros y punto; normalmente se le invitaba a firmar, se le daba una copia, que lo llevase para casa y lo leyese si lo creía oportuno” -m. 5:22 y ss.-).*”

La defensa de las aseguradoras suele girar en torno a la existencia de dolo o culpa grave del asegurado al ocultar una patología previa. Ante esta grave práctica los tribunales están respondiendo de forma reiterada diciendo que tales prácticas “equivalen a la falta de presentación del cuestionario de salud” y, por tanto, ante la falta de cuestionario de salud no podrá apreciarse las alegaciones de dichas entidades de existencia de “preexistencia” o de “mala fe del asegurado”.

El TS ha ido consolidando esta doctrina y considera, que no exime a la aseguradora del pago del siniestro, la existencia de inexactitudes en las declaraciones de riesgo incorporadas a los contratos de seguro, cuando del cuestionario de salud ha sido cumplimentado por el propio agente o mediador o por los delegados de las oficinas bancarias.¹²³

¹²³ Vid. VARGAS VASSEROT, CARLOS; “La protección del cliente en el mercado asegurador”; Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas); Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2014: “La STS 31 de diciembre de 2003 fue la primera de nuestro alto tribunal que consideró, como un elemento determinante para evitar la liberación de la entidad aseguradora por inexactitudes en las declaraciones de riesgo incorporadas a los contratos de seguro, el cuestionario de salud fuese cumplimentado por el propio agente o mediador o por los delegados de las oficinas bancarias (en contra, STS 24 de junio de 1999). Esta doctrina fue consolidada por la STS 12 de abril de 2004, que declaraba la ausencia de dolo en la conducta del tomador-asegurado que se limitó a firmar los documentos redactados por el agente mediador de la entidad aseguradora. En la misma línea se ha pronunciado la STS 3 de enero de 2006, en la que se obliga a la entidad aseguradora a pagar la indemnización a los familiares del asegurado de escaso nivel cultural, que omitió una importante enfermedad que acabaría causándole la muerte, puesto que aunque suscribió el cuestionario de salud no rellenó personalmente las casillas. Y en los mismos términos se manifiestan un buen número de recientes sentencias de audiencias provinciales que imponen el pago de la prestación a pesar de que el asegurado había silenciado circunstancias sobre su salud: SAP Zaragoza de 25 de abril de 2006, SAP Las Islas Baleares de 12 de mayo de 2006, SAP Ciudad Real de 6 de octubre de 2006. La SAP Las Palmas de Gran Canarias de 14 de julio de 2006 llega a condenar a la aseguradora porque el asegurado se limitó a firmar el cuestionario, sin garantía de que lo hubiese leído o asumido, lo que equivale, en su opinión, a la falta de presentación del mismo, máxime cuando el asegurador según contrato tenía la posibilidad de haber comprobado el estado del asegurado mediante reconocimiento o pruebas médicas”.

7.1.3 OTRAS MODALIDADES DE SEGURO ASOCIADO A UN PRESTAMO HIPOTECARIO

a) SEGURO A PRIMA UNICA FINANCIADA

En este marco de productos vinculados a la contratación de un crédito, creemos oportuno tratar los supuestos de los seguros a “Prima Única Financiada” o PUF.

Los seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos son seguros para caso de muerte o invalidez. Se comercializan básicamente dos modalidades. En la primera, se estipula como suma asegurada el importe del préstamo recibido y se designa como beneficiaria a la entidad de crédito que concedió el préstamo, por el importe pendiente de amortizar, y al asegurado u otros beneficiarios, por la diferencia entre la suma asegurada y dicho importe. En la segunda modalidad se establece que la suma asegurada será igual al capital pendiente de desembolso del préstamo (o a un porcentaje del mismo), durante toda la vida de la operación, y que el beneficiario con carácter irrevocable será el banco.

Estos seguros tienen como característica que las primas correspondientes a todos los años que durará el préstamo se pagan de una **sola vez** incluyendo la cantidad correspondiente en el capital del préstamo, y por lo tanto devengan el mismo interés que el resto del crédito. Además se impide por parte de la entidad bancaria el cambio de entidad aseguradora durante todo el tiempo de vida del préstamo.

El seguro se presenta por la entidad como obligatorio exigiendo su contratación como *conditio sine qua non* para la concesión del préstamo hipotecario. Ya hemos señalado a la largo de epígrafes anteriores que un seguro de vida no es obligatorio al contratar una hipoteca, puesto que en la misma la garantía es el inmueble. Una segunda garantía, en este caso personal no es exigible. Otra cosa distinta es que sea recomendable para el deudor hipotecario suscribir un seguro de vida, pero es un acto totalmente voluntario. Se impone un seguro que es accesorio al servicio contratado y, por ello, el contrato puede ser declarado nulo de pleno derecho al existir vicios en la contratación del mismo y constituir una de las prácticas prohibidas en el derecho de Consumidores y Usuarios.

Hemos hablado ya de los requisitos de publicidad de los servicios accesorios exigidos por la Directiva 2014/17 UE y por los de información previa al contrato del TRLDCU.¹²⁴ Estos requisitos de transparencia generalmente son incumplidos por las entidades de crédito puesto que a la hora de informar al cliente sobre este tipo de seguros de amortización no especifican en las condiciones generales y particulares del préstamo, que la modalidad de devolución del mismo se realizará en forma conjunta con la amortización mensual del crédito de forma que el importe variará en atención a la variabilidad que sufran los intereses a aplicar al crédito hipotecario. De este modo se incrementa notablemente la cuota del préstamo.

Aquí se nos plantea otra cuestión, y es qué sucede con el seguro en el caso de que el deudor decida cancelar el préstamo anticipadamente. Tiene que devolver el banco la cantidad pagada?? Sí, en este sentido se pronunció el SAP La Rioja de 17 de mayo de 1999, que declara la inoponibilidad al asegurado de la cláusula limitativa que regulaba el extorno de la prima por cancelar anticipadamente el préstamo hipotecario, porque el asegurado recibió únicamente un certificado individual del seguro y no tuvo conocimiento de las condiciones limitativas pactadas entre la entidad aseguradora y la entidad de crédito tomadora del seguro colectivo de vida.¹²⁵

¹²⁴ Vid. Directiva 2014/17 UE Art. 11.4 “*Si la celebración de un contrato relativo a un servicio accesorio, en particular un seguro, fuera obligatoria para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, dicha obligación deberá mencionarse también de forma clara, concisa y destacada, junto con la TAE.*”

Vid. Art. 60 del TRLDCU : *1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. 2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.*

¹²⁵ Vid . SAP La Rioja de 17 de mayo de 1999: “*Bastante supone que sea el prestatario el que corra con la prima de un riesgo que beneficiaba al Banco para que todavía se beneficie la aseguradora en el extorno, en perjuicio de aquel prestatario*» (...) «*simplemente adherido-asegurado, como el actor, pero ignorante por no notificado, de las condiciones limitativas*”

Este mismo criterio sigue la DGSFP que dice, en contestación a una reclamación, que cuando se cancela el préstamo anticipadamente, el interés de la entidad de crédito en el seguro decae; sin embargo, si el asegurado resuelve el contrato y no se le devuelve la parte de prima única no consumida o la provisión matemática, se produciría un perjuicio injustificado, que supone una actuación contraria a las exigencias del equilibrio y de la buena fe contractual, y a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil¹²⁶. Considera esta actuación contraria a las buenas prácticas en el ámbito de los seguros privados.

b) SEGURO DE PROTECCION DE PAGOS

En el mercado asegurador también se comercializan seguros cuyo objetivo es permitir cumplir las obligaciones del deudor con respecto al préstamo hipotecario, con carácter temporal. Se conocen con el nombre comercial de “seguros de protección de pagos/préstamos” y se suelen comercializar de forma independiente, o como coberturas adicionales dentro de un seguro de amortización de préstamos de los mencionados en el apartado anterior.

Estos seguros garantizan en caso de desempleo o incapacidad temporal del asegurado, el pago a la entidad de crédito, mientras dure esta situación, de un número máximo de cuotas mensuales del préstamo. Hay que señalar que en este tipo de pólizas se cubre una u otra contingencia, en función de la situación personal del asegurado.

¹²⁶ Vid. Informe DGSFP SPH2” Seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos”. Feb. 2009: *Cuando se cancela el préstamo anticipadamente, el interés de la entidad de crédito en el seguro decae; sin embargo, si el asegurado resuelve el contrato y no se le devuelve la parte de prima única no consumida o la provisión matemática, se produciría un perjuicio injustificado, que supone una actuación contraria a las exigencias del equilibrio y de la buena fe contractual, y a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y la ley”. Con base en lo que antecede, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones considera esta actuación inadecuada y contraria a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados, de acuerdo con la competencia reconocida por el artículo 62 Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹, y en el artículo 6 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros”*

En estas coberturas se suele establecer como suma asegurada un número máximo de cuotas del préstamo y hasta un importe máximo por cuota, y como beneficiaria con carácter irrevocable la entidad de crédito que concedió el préstamo. En caso de siniestro, desempleo o incapacidad temporal según el caso, la entidad aseguradora abonará las cuotas del préstamo a la entidad de crédito acreedora mientras dure la citada situación y con los límites temporales y cuantitativos pactados en la póliza.

Estos seguros cuentan generalmente con algunas limitaciones que el consumidor debe tener en cuenta. En ocasiones, en seguros de pagos de hipotecas la cobertura no puede superar doce meses seguidos -36 alternos- que, en otros préstamos, pueden bajar hasta los seis meses -18 alternos-, por ejemplo. También puede haber limitaciones en el capital cubierto.

Asimismo no es extraño que esta póliza sólo cubra a aquéllos trabajadores que cuenten con un contrato indefinido, de tal manera que los eventuales no puedan exigir que el seguro se haga cargo de los pagos. Tampoco están cubiertos en muchos casos los despidos disciplinarios, las jubilaciones anticipadas o el cese en el puesto por la conclusión de un periodo de excedencia que se estaba cubriendo, por ejemplo. En ocasiones, se exige una duración mínima de doce meses en el último puesto de trabajo, existe una franquicia de un mes o, por ejemplo, se reduce el periodo de cobertura si el cliente se acoge al pago único del paro.

Estas condiciones habitualmente no son conocidas por el suscriptor del préstamo. El banco vuelve a incumplir los deberes de información, de transparencia y de buenas prácticas exigidas por las normas, y como son contratos impuestos que atentan a la libertad del contratar del consumidor, esta cláusula se puede considerar abusiva dentro del marco del art 62 TRLGDCU.¹²⁷

¹²⁷ Vid. TRLGDCU Artículo 62.1. En la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato.

VIII.- CONCLUSIONES

PRIMERA:

El procedimiento de ejecución hipotecaria en España se ha configurado, históricamente, como un procedimiento especial, regulado en la LH, en el que el título tiene extraordinaria fuerza ejecutiva. Otorgaba una tutela judicial privilegiada al acreedor hipotecario pues se trataba de un procedimiento sumario, sin fase de cognición y con los motivos de oposición tasados.

Estas características del procedimiento hipotecario, han supuesto que, en numerosas ocasiones, se cuestionase su constitucionalidad por gran parte de la doctrina. El TC se ha pronunciado reiteradamente sobre la constitucionalidad de este procedimiento defendiendo que es perfectamente compatible con el derecho de defensa del art 24.1 CE puesto que los derechos del deudor hipotecario quedan garantizados con la posibilidad que la ley le brinda de acudir a un proceso declarativo posterior, puesto que el hipotecario no tiene carácter definitivo. El TC parece olvidar que este juicio declarativo no produce la suspensión del procedimiento hipotecario, ni por tanto la subasta del inmueble por lo que las consecuencias que se producen para el deudor hipotecario que ve subastada su vivienda habitual, son irreparables, en el caso de obtener una sentencia positiva.

Es obvio que el contexto social actual no es el mismo que el de hace 30 años, por lo tanto seguir aplicando esta doctrina del TC es bastante complicado. La coyuntura económica por la que atraviesa nuestro país ha hecho que aumenten exponencialmente las demandas de ejecución hipotecaria y que el “ya cuestionado” procedimiento de ejecución hipotecaria haya sido blanco de un buen número de críticas.

La reforma del procedimiento por la Ley 1/2000 introdujo pocas especialidades manteniendo los motivos de oposición tasados. En este marco, varios juzgados de primera instancia plantearon cuestiones de inconstitucionalidad en relación al procedimiento hipotecario.

El TC tuvo oportunidad de pronunciarse reiterando, una vez más, su postura sobre la constitucionalidad del procedimiento hipotecario regulado en los arts. 681 y ss LEC, en respuesta a una cuestión planteada por el Tribunal de Primera instancia de Sabadell. El Alto Tribunal pudo haber entrado a valorar la constitucionalidad del

proceso en relación a la realidad social del momento y no lo hizo. Ciertamente, el Auto del TC de 21 de julio de 2011 ha desperdició la oportunidad de resolver la cuestión a la luz de la regulación vigente; la alusión a los argumentos consolidados en un tiempo y unas circunstancias sociales y económicas muy distintas dejan un poso de descontento entre quienes sostenían que siguen existiendo tintes evidentes de inconstitucionalidad; tanto más si se tiene en cuenta que el TC no los rebatió; se limitó a remitirse a la Jurisprudencia consolidada en un momento histórico y en unas circunstancias sociales y económicas que difieren radicalmente de las actuales.

SEGUNDA:

Tuvo que ser el tribunal de Estrasburgo, en respuesta a varias cuestiones prejudiciales presentadas por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona el que llamara la atención al legislador español en este tema. El TJUE, resolviendo sobre este asunto-STJUE de 14 de marzo de 2013- dejó constancia que la normativa española, en el marco del procedimiento hipotecario, era contraria al derecho europeo puesto que no preveía la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual, que constituye el fundamento jurídico del título ejecutivo. Esto impedía al juez de proceso declarativo adoptar una medida cautelar tendente a la suspensión del proceso de ejecución lo que suponía, en definitiva, una vulneración de la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario.

A partir de esta STJUE, caso Aziz, el parlamento aprobó la de forma urgente y precipitada la ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a deudores hipotecados, reestructuración de la deuda y alquiler social que modificaba la regulación del procedimiento de ejecución hipotecario introduciendo la posibilidad de que el deudor ejecutado oponga el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución.

Esta sentencia tuvo más de ruido que de efecto para el legislador español, a nuestro entender, porque siguió éste siguió sin pronunciarse sobre la ilegalidad de la ejecución hipotecaria, ni insertó un mandato de paralización de deshaucios, ni contemplo la dación en pago como posible solución a la insolvencia del ciudadano hipotecado.

Fueron varias las reformas acometidas por el legislador pero poco efectivas, realizadas de una forma atropellada como consecuencia del clamor popular. Esto es palpable al analizar el sistema de recurso después de las reformas: no se deja opción al deudor hipotecario a plantear recurso de apelación (art. 695.4) contra el auto que desestima la alegación de la cláusula abusiva. Posición de la que sí disfruta el acreedor hipotecario.

Nuevamente el Tribunal Europeo tuvo que dilucidar esta cuestión en respuesta a una cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Castellón y puso en tela de juicio la reforma operada por la ley 1/2013. Considera el TJUE que la reforma de la ley 1/2013 es insuficiente para garantizar una adecuada protección al consumidor en el marco del principio comunitario “Pro Consumatore”.

Nuevamente la reacción del legislador español fue proceder a otra reforma y publicar el DL 11/2014 de 5 de septiembre, modificando el art. 695.4 LEC para introducir la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto que desestime la aplicación de una cláusula abusiva o sobresea la ejecución.

Desde que el gobierno reaccionó a los efectos de la crisis para los consumidores se han sucedido las reformas legislativas, reformas, a nuestro juicio, realizadas de forma apresurada y sin control, que sólo han supuesto parches. No se ha abordado la problemática de la ejecución hipotecaria son subasta de la vivienda habitual regulando una opción de dación en pago. Tampoco se ha modificado el principio de la responsabilidad universal del deudor que responde de sus deudas con todo su patrimonio presente y futuro. Tímidamente se contempla una ley de segunda oportunidad que queda lejos de las regulaciones existentes en otros países europeos, a todas luces insuficiente para evitar la exclusión financiera-social de un deudor hipotecario.

TERCERA:

Hemos señalado que con la reforma de la Ley 1/2013 ya es posible alegar la existencia de cláusula abusivas en los procedimientos de ejecución. Para poder hacerlo hemos de determinar qué son cláusulas abusivas.

La Directiva 93/13/CEE, establece que son abusivas aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, si pese a las exigencias de

buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

El control de la abusividad, según dejó patente la STJUE de 14 de marzo de 2013, corresponde de oficio al juez nacional, incluso aunque las partes no lo hayan alegado. El control se refiere a que si el juez detecta una cláusula abusiva en un contrato con un consumidor la debe declarar nula, no la puede moderar, salvo que su nulidad implique la del contrato y el consumidor quede perjudicado por ello.

En los préstamos hipotecarios es frecuente encontrar cláusulas impuestas por la entidad bancaria, prácticamente son contratos adhesión. Varias de ellas ya se presentaron ante el TJUE como abusivas: las cláusulas de vencimiento anticipado, los intereses de demora o el pacto de liquidez.

En relación a los intereses de demora, venía siendo habitual que el juez nacional moderase la cláusula. Incluso la reforma del art. 114.3 LH por la ley 1/2013 estableció un límite (tres veces el interés legal del dinero). Sin embargo el TJUE vuelve a dar un “tirón de orejas” al legislador nacional en su sentencia de 21 de enero de 2015 en la que dice que no es acorde con el derecho comunitario recalcular una cláusula de interés moratorio, si se aprecia el carácter abusivo de la cláusula debe dejarse sin aplicación.

El reciente Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha consolidado este criterio jurisprudencial. El tribunal Europeo reitera la imposibilidad de que el juez nacional pueda integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra del espíritu de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios. Por lo tanto lo que debe hacer, el juez nacional, es declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos.

En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado los parámetros que hay que analizar para calificarla de abusiva, según el TJUE, son: que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo. La reforma del art 693 operada por la ley 1/2013, consecuencia de la STJUE 14 de marzo de 2013, establece un límite a la posibilidad del acreedor hipotecario de cancelar anticipadamente el préstamo. A nuestro entender esto no es un freno real porque estas cláusulas suelen estar redactadas de forma poco clara con conceptos arbitrarios que

suelen dejar al deudor hipotecario muy desprotegido. Así pues, entendemos que el juez lo que debería hacer es, una vez constatada la existencia de este tipo de cláusulas, enjuiciar su carácter abusivo y declararlas nulas; tenerlas por no puestas, siempre que ello no tenga efectos perjudiciales para el interesado, sobre la validez del contrato en su conjunto obviamente.

Otra cláusula abusiva que hemos analizado en este trabajo es la cláusula suelo. Seguramente es la cláusula que más procedimientos judiciales está generando en nuestro país. El TS se hizo eco de esta problemática con las cláusulas suelo al resolver una demanda colectiva frente a varias entidades de crédito impulsada por AUSBANC. El TS resolvió diciendo que las cláusulas suelo son lícitas siempre que estén sometidas a un doble control de transparencia: El de las condiciones generales de la contratación y el de transparencia propiamente dicho.

En el caso que se planteaba, estos controles no se superaban, por lo que el TS en sentencia de 9 de mayo de 2015, declaró que las cláusulas analizadas no eran transparentes y declara su nulidad e inmediata eliminación de los contratos.

Sorprende de esta sentencia, que el TS no declara que debe restituirse el dinero cobrado indebidamente al deudor hipotecario, por parte del banco, por lo que no se equilibran las prestaciones. A nuestro entender hay un enriquecimiento injusto por parte de la entidad bancaria que no tiene ninguna razón de ser. Argumenta el TS que aplicar retroactivamente los efectos de la nulidad tendría como consecuencia un grave perjuicio para la seguridad del orden económico. No compartimos este criterio pues a nuestro entender una cláusula que es nula produce efectos ex-tunc, es nula desde el principio, no desde que se declara su nulidad. En este sentido se pronuncia La Comisión Europea en un informe no vinculante de 24 de septiembre de 2015 que envió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el que considera que las entidades bancarias deberían devolver el dinero cobrado a sus clientes desde la firma de sus hipotecas si las cláusulas suelo son declaradas nulas.

CUARTA:

Junto a estas obligaciones hipotecarias de las que ya hemos hablado, han surgido en los últimos años, una serie de condicionantes contractuales que se imponen a quien va a suscribir un préstamo hipotecario por parte del banco. Son contratos asociados, o

vinculados que no están negociados con el usuario que se hacen obligatorios para acceder al préstamo hipotecario. Lo más frecuente es que la entidad crediticia obligue al cliente a contratar ciertas pólizas de seguro para garantizar el riesgo hipotecado o el cobro de las cuotas: seguro de hogar, seguro de vida, seguro de amortización, seguro de pagos...etc. A nuestro entender esto es una doble garantía para el banco, pues el propio inmueble hipotecado sirve de garantía para el préstamo hipotecario.

El banco impone no sólo la contratación del seguro sino el tipo de seguro y la compañía, actuando en numerosas ocasiones de intermediario. Esta práctica va en contra de las reglas de la transparencia y roza en numerosas ocasiones lo dispuesto en la Ley 26/2006 de mediación de seguros y reaseguros privados y en la LOPD. La posición de supremacía de la banca genera otro problema adicional en cuanto a que el banco decide, en caso de siniestro, si reclama a la compañía aseguradora o ejecuta la hipoteca, pues se da la circunstancia de que los seguros están contratados con el mismo grupo empresarial. Se desvirtúa así toda la esencia del seguro.

La imposición de contratar las pólizas de seguro de esta forma provoca que no sean las adecuadas al riesgo que se quiere proteger o adolezcan de errores en los cuestionarios pues son rellenados por los propios empleados del banco. Es importante resaltar que cuando esto ocurre puede haber un fraude para el asegurado, que se encuentra pagando una póliza que no va a poder materializar en caso de siniestro.

Estas prácticas vinculadas para ser consideradas lícitas deben de cumplir los requisitos de transparencia e información y dar posibilidades al consumidor para contratar de forma independiente. Si esto no se cumple, debemos entender que estas prácticas pueden declararse nula, a la luz de la TS de 9 de mayo de 2015.

BIBLIOGRAFIA

- .- ADICAE; “*Análisis de cláusulas abusivas en contratos bancarios 2013*”.
http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Documento_Resumen_Denuncias_Proyecto_2013_Vale.pdf
- .- ALAMO CONZÁLEZ, DANIEL. “*La Dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*”; Tirant lo Blanch, Valencia 2012
- .- ALAMO GONZALEZ. DANIEL P.; “ *El principio pro-consumatore comunitario frente a la tutela privilegiada del acreedor hipotecario: la STJUE de 17 de julio de 2014 (C-169/2014)*”. Diario La Ley, Nº 8413, Sección Doctrina, 4 de Noviembre de 2014, Año 2015, Ref. D-363, LA LEY
- .- ARIAS RODRIGUEZ, JOSE MANUEL; “*Sobre la incidencia de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el procedimiento de ejecución hipotecaria*” Diario La Ley, Nº 8478, Sección Doctrina, 11 de Febrero de 2015, Ref. D-51,LA LEY
- .- BANACLOCHE PALAU, JULIO, “*Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada*”; Diario La Ley nº 8312, Sección doctrina 16 de mayo de 2104
- .- CALLEJO CARRIÓN, SORAYA, “*La Pretensión de la ejecución hipotecaria*”; Tesis doctoral. Facultad de Derecho. UNED 2013
- .- CENTENO HUERTA, SONSOLES; “*El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante*”. Artículo publicado en el Boletín Derecho Mercantil de 1de junio de 2013.
http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html
- .- CESCO «Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas»
<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/acuerdosCAbusivas.pdf>

- .- CORDERO LOBATO, ENCARNA, “*Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias (Efectos de la STJUE de 14 de marzo de 2013)*”; Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013. BIB 2013\895

- .- CORDÓN MORENO, FAUSTINO “*¿Inconstitucionalidad del sistema de recursos contra el auto que resuelve la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria*”; Centro de Estudios Cesco 16 de enero 2014. www.uclm.es/centro/cesco

- .- CRUZ GALLARDO, BERNARDO, “*Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria*”; La Ley, Madrid 2014

- .- DAVARA&DAVARA asesores jurídicos, Informe para el Colegio de Mediadores de Seguros de Navarra 2013; “*Derechos de los usuarios en protección de datos en un seguro asociado a un préstamo con una entidad financiera*”

- .- DGSFP informe SPH1 “*Seguros de Daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios*”.
<https://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/SPH1%20SEGUROS%20DE%20DA%C3%91OS%20PROPUESTA%20MODIFICACION%20DE%20CRITERIO%20-%20negro.pdf>

- .- DÍAZ FRAILE, JUAN MARIA, “*El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013*”; La Ley Unión Europea, Nº 5, Junio 2013, Editorial LA LEY. LA LEY 3038/2013

- .- DIDAC GUTIERREZ-JAVIER LOPEZ : “*Segundas oportunidades en Europa: tres modelos para un mismo problema*” Artículo El Diario.es de 5 de Marzo de 2015
http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/Segundas-oportunidades-Europa-modelos-problema_0_363264731.html

- .- DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRES, “*La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013*”; La Ley Unión Europea, Nº 7, Septiembre 2013, Editorial LA LEY. LA LEY 4832/2013

- .- DOMÍNGUEZ RUIZ, LIDIA, “*La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria (1)*” Diario La Ley, Nº 8454, Sección Tribuna, 8 de Enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-6, Editorial LA LEY. LA LEY 9189/2014
- .- FACUA; informe;http://facua.org/es/documentos/estudio_leyconsumidores_2014.pdf
- .- FERNANDEZ-BALLESTEROS, “*La Ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil*”; Iurgium, Madrid 2001
- .- FERNANDEZ SEIJÓ, JOSE M^a, “*La defensa de los consumidores en ejecuciones hipotecarias*”; Editorial Bosch S.A. 2013
- .- FUENTES-LOJO RIUS, ALEJANDRO, “*Última jurisprudencia del TJUE relativa a las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas de intereses moratorios y sobre la abusividad de vencimiento anticipado*”; Diario La Ley, Nº 8598, Sección Tribuna, 4 de septiembre de 2015, Ref. D-317. Editorial LA LEY. LA LEY 5150/2015
- .- GOLDARACENA CATALAN, JAVIER; Informe “*Cómo Actuar Ante las Malas Prácticas de la Banca en Seguros*”. www.goldaracena.es
- .- GUASP, JAIME. “*La ejecución procesal en la ley hpotecaria*”; Bosch, Barcelona 1951
- .- MIRA ROS, “Ejecución hipotecaria: hacia una regulación propiamente jurisdiccional”; Artículo Revista digital el Notario siglo XXI, nº 20, Julio-Agosto 2008; <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/practica-juridica/1932-ejecucion-hipotecaria-0-7741411298272582>
- .- MORAL MORO, MARIA JOSÉ; “*Últimos cambios legislativos producidos en el proceso especial de ejecución hipotecaria*”; Diario La Ley, Nº 8481, Sección Doctrina, 16 de Febrero de 2015, Ref. D-57, Editorial LA LEY. LA LEY 855/2015
- .- NASARRE AZNAR, SERGIO; “*Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; Núm. 727, Septiembre 2011; http://www.diba.cat/c/document_library/get_file?uuid=1b2e0eb9-a725-4a5f-bfe9-cbe979d3fe27&groupId=12812334

.- NAVAS MARQUÉS, JUAN IGNACIO; “*¿Incumple la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios el Derecho de la UE?*”; Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 868/2013. BIB 2013\1639.

.- PÉREZ CONESA, CARMEN “*STJUE de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/14): el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se opondrá a un sistema de procedimiento de ejecución hipotecaria, como el español, en el que el deudor ejecutado no puede recurrir en apelación contra la resolución que desestima su oposición a la ejecución*”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 8/2014. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2014. BIB 2014\3955.

.- PÉREZ CONESA, CARMEN, “*Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*” Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 4/2013. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013. BIB 2013\1407

.- RIVAS VELASCO, “*Motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria*”; Cuadernos digitales de formación. C.G.P.J. nº 8/2012

.- RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, EDMUNDO, “*La Ley 1/2013, de protección de deudores hipotecarios y las cuestiones de constitucionalidad y prejudicialidad*”; Revista Aranzadi doctrinal num. 9/2014. Editorial Aranzadi S.A.

.- RUIZ-RICO RUIZ, JOSE MANUEL; “*Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores*”. Diario La Ley, Nº 8645, Sección Doctrina, 13 de Noviembre de 2015, Ref. D-423, LA LEY

.- SANTOS MARTÍNEZ, ALBERTO M., “*El régimen de oposición a la ejecución hipotecaria tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo*”; Práctica de Tribunales, Nº 103, Sección Tribuna Libre, Julio-Agosto 2013, Editorial LA LEY. LA LEY 3553/2013

.- SOLAZ ESTEBAN, “*La nueva regulación de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria*”; Práctica de Tribunales, nº 106, Sección tribuna libre Enero-Febrero 2014; La Ley

.- VARGAS VASSEROT, CARLOS, *“La protección del cliente en el mercado asegurador”*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2014

RELACION DE JURISPRUDENCIA

- .-STJUE de 9 de Marzo de 1978. Asunto C-106/77. Caso Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal
 - .- STJUE de 27 de Junio de 2000. Asunto C-240/98. Caso Oceáno
 - .- STJUE de 1 de Abril de 2004. Asunto C-237/02. Caso Freiburger Kommunalbauten
 - .- STJUE de 4 de Junio de 2009. Asunto C-243/08. Caso Pannon
 - .- STJUE de 4 de Junio de 2012. Asunto 618/10; Caso Calderón
 - .- STJUE de 14 de Junio de 2012. Asunto C-618/10. Caso Banco español de crédito
 - .- STJUE de 14 de Marzo de 2013. Asunto C-415/11; Caso Aziz.
 - .- STJUE de 21 de Febrero de 2013. Asunto C-472/11. Caso Banif
 - .- STJUE de 16 de Enero de 2014. Asunto C-226/12. Caso Constructora Principado
 - .- STJUE de 17 de Julio de 2014. Asunto C-169/14. Caso Sánchez Morcillo
 - .- STJUE de 21 de Enero de 2015. Asunto 482/13. Caso Unicaja
 - .- ATJUE de 11 de Junio de 2015. Asunto C-602/13. Caso BBVA
-
- .- STC 41/1981 de 18 de Diciembre
 - .- Auto Pleno Tribunal Constitucional 113/2011 de 19 de julio
 - .- STS 241/2013 de 9 de Mayo de 2013
 - .- STS nº 464/2014 de 8 de septiembre
-
- .- AAP Navarra 111/ 2010 de 17 de Diciembre
 - .- AAP Navarra 4/2011 de 28 de enero de 2011
 - .- SAP Zamora (Sección 1) nº 7/2013 de 22 de Enero
 - .- SAP Córdoba de 18 de Junio de 2013
 - .- SAP Cáceres nº 130/2013 de 22 de mayo de 2013
 - .- SAP Jaén (Sección 1) nº 305/2014 de 10 de Julio
 - .- SAP Pontevedra (Sección 1) nº 298/2014 de 11 de septiembre
-
- .- SJMER nº 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013
 - .- SJMER Pontevedra de 16 de diciembre
 - .- AJPI nº2 Sabadell de 30 de septiembre de 2010

