



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Máster

Calificación de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de tres cuotas en un préstamo hipotecario.

Autora

**PALOMA MARTÍNEZ JIMÉNEZ**

Directora

**M<sup>a</sup> ELENA BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA.**

Facultad de Derecho  
2016/2017

## **ABREVIATURAS**

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
art/arts.	Artículo/s
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
cit.	Citada
LCC	Ley de Crédito al Consumo
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
nº	Número
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
UE	Unión Europea

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>ANTECEDENTES DE HECHO.</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>PLANTEAMIENTO.</b>	<b>4</b>
<b>III.</b>	<b>NORMATIVA APLICABLE.</b>	<b>5</b>
<b>IV.</b>	<b>FUNDAMENTOS DE DERECHO</b>	
1.	Cláusulas abusivas.	8
1.1	Concepto.	8
1.2	Error en el consentimiento.	14
2.	Cláusulas de vencimiento anticipado.	17
2.1	Admisión legal.	17
2.2	Estudio de las cláusulas de vencimiento anticipado más habituales.	18
2.3	Carácter abusivo de la cláusula.	20
2.4	Efectos.	28
3.	Cláusula de Intereses de Demora.	30
3.1	Su concepto y carácter abusivo.	32
3.2	Efectos.	33
<b>V.</b>	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>35</b>
<b>VI.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>36</b>
1.	Referencias Doctrinales.	36
2.	Jurisprudencia.	37
3.	Legislación.	37
3.1	Documentos Internacionales.	33
3.2	Legislación nacional.	34

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala Sexta) en Auto de fecha 11 de junio de 2015 resuelve sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander cuyo objeto es la interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con las consecuencias de la declaración de abusividad de intereses moratorios y la cláusula de vencimiento anticipado.

SEGUNDO.- La cuestión se plantea en el seno de un litigio entre el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) y un particular relativo al cobro deudas impagadas derivadas de un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 79.234,96 € suscrito el 23 de junio de 2008 en el que para asegurar la devolución del préstamo se constituyó hipoteca a favor del banco sobre inmueble destinado a ser vivienda habitual del ejecutado. En el clausulado del contrato se fijaba un tipo de interés variable al tipo de referencia de EURIBOR incrementado en 3,5% así como un interés de demora del 20% nominal anual. Además se establecía la posibilidad, para la entidad bancaria, de declarar el vencimiento anticipado del préstamo «en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses».

TERCERO.- Ante el impago de cuatro cuotas mensuales el banco declaró el vencimiento anticipado en la liquidación de la deuda por un importe de 66.721,68 € en concepto de devolución del principal, intereses remuneratorios y de demora. Se atuvo por consiguiente el plazo de tres mensualidades previsto por la legislación, no haciendo uso de la cláusula de vencimiento anticipado sino hasta una vez producido el retraso en el pago de cuatro mensualidades.

CUARTO.- El juzgado de primera instancia número 2 de Santander consideró abusiva la cláusula relativa al vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, la consideró abusiva en cuanto no estipulaba que había de producirse un retraso en el pago de por lo menos tres cuotas mensuales por lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## II. PLANTEAMIENTO.

La cuestión que se ha plantea a lo largo de este dictamen, es **el estudio de la cláusula de vencimiento anticipado** que, como una condición general, se impone en todas las operaciones de préstamo hipotecario, en las cuales se establecía en favor de la entidad bancaria prestamista la posibilidad de exigir por anticipado la cantidad total del capital pendiente de amortizar, con los intereses devengados, ordinarios y de demora, y comisiones pactadas, dando por vencido el préstamo pese al plazo pactado, por falta de pago a su vencimiento de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses prevista en la escritura de préstamo.

De entrada, la cláusula de vencimiento anticipado objeto de este dictamen constituye una cláusula abusiva en base a los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores : «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». «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» y de manera análoga Artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios: «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. »

Respecto a si la misma había sido, o no, negociada, resulta evidente que dicha cláusula no solo había sido incorporada en un contrato, sino que fue redactadas de antemano por la entidad financiera, sin que el cliente pudiera influir en su contenido, por más que la haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la aceptó en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente

fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha. Afirmado pues, que estamos ante una cláusula contractual no negociada individualmente entre la entidad prestamista y los particulares.

En relación con que la cláusula de vencimiento anticipado que plante este dictamen ocasione en contra de las exigencias de la buena fe un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013 señaló que para determinar si se ha producido o no un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, deben tenerse en cuenta las normas aplicables de derecho nacional cuando no existía un acuerdo de las partes en ese sentido, mediante un análisis comparativo el juez valorará si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho vigente. Así como examinar los medios de que dispone el consumidor para cesar el uso de cláusulas abusivas. Asimismo el citado tribunal ha interpretado la expresión «pese a las exigencias de la buena fe» en el sentido de que el Juez debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

De nuevo, queda acreditado que en relación con el supuesto de hecho, la cláusula objeto de este dictamen que daba la posibilidad a la entidad prestamista de dar por vencida la totalidad de la deuda por impago de una sola cuota de capital e intereses produce una clara situación de indefensión al consumidor ya que este último se encontraría en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho vigente, ya que con la ley 19/2015 , de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil se establece que 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. Por lo que es fehaciente que el deudor con su aplicación está en una situación peor que la que proporciona el Derecho vigente, ya que en su contrato de préstamo hipotecario se estipuló, como una clausula predispuesta, el vencimiento anticipado del préstamo por impago de cualquier cuota y hoy día la normativa vigente como acabamos de señalar establece que podrá reclamarse la totalidad de lo

adeudado siempre que se haya incumplido la obligación de pago por un plazo equivalente a tres meses y siempre que así constase en la escritura.

Los contratos bancarios son contratos de adhesión compuestos por condiciones generales de la contratación, prerredactadas e impuestas por la propia entidad de crédito. Esta tipología de contratos se caracteriza por la existencia de dos posiciones contractuales opuestas; a saber, la de la entidad bancaria, que ostenta todo el poder en el contrato, y la del consumidor, que carece de capacidad de negociación. La única facultad reservada al consumidor es la de adherirse o no al contrato, lo que hace previsible que ningún consumidor aceptaría una cláusula como esta en el marco de una negociación individual.

Por todo esto queda acreditado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado objeto de este dictamen.

En segundo lugar, y una vez declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por su consideración de abusiva, se plantea el problema de los efectos que para el contrato y las partes genera la declaración de abusividad. En lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula el TJUE ha declarado reiteradamente que, conforme al artículo 6.1 de la Directiva 93/13: «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. » Conforme a este precepto, los jueces 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 de que se trate 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, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. En particular, el TJUE ha señalado que el mencionado art. 6.1 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, modificar el contenido de la misma, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula.

En el presente dictamen, la anulación de la cláusula relativa al vencimiento anticipado, no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor ya que al desaparecer la cláusula, desaparece la facultad que se reservaba la entidad bancaria de dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la

totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, para el caso de impago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización. Por lo tanto, en relación con la demanda de ejecución hipotecaria por aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado instada por impago del deudor de cuatro cuotas de capital e intereses, la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo forma parte de la causa de pedir y constituye presupuesto, y, en consecuencia, fundamento de la ejecución, , por lo que la declaración de nulidad que conlleva su carácter abusivo, determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria y, lógicamente, el sobreseimiento de la ejecución instada al amparo de la cláusula que se declara nula.

### **III. NORMATIVA APLICABLE.**

La protección de los consumidores y usuarios constituye uno de los principios programáticos de nuestro ordenamiento jurídico, recogido en el **artículo 51 de la Constitución Española**, que insta a los poderes públicos a la creación de mecanismos eficaces que velen por los intereses económicos de los consumidores y usuarios; tanto judiciales, que operen a posteriori, como de educación e información clara y precisa a los mismos.

El **artículo 1129 del Código Civil**, regula los supuestos en los que el deudor pierde todo el derecho a utilizar el plazo que le hubiere sido conferido, en concreto, se refiere a cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda; Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido y cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores**, responde a la necesidad de crear mecanismos efectivos de protección de los consumidores cuando contratan con profesionales, debido a la situación de inferioridad informativa como de capacidad de negociación en la que se encuentran cuando contratan, especialmente en el sector bancario. La finalidad de la Directiva, plasmada en su artículo 7 apartado 11<sup>1</sup>, es el cese de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, para ello, impone a

---

<sup>1</sup> Artículo 7.1 de la Directiva 93/13: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores ».

los Estados miembros la obligación de prever en sus Derechos nacionales medios eficaces y uniformes en el conjunto de la Unión para asegurar la consecución de tal fin.

La Directiva fue traspuesta en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, y más recientemente, a través del **Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores Usuarios**. No obstante, la trasposición en nuestro país fue más que deficiente, cuyas ausencias o errores han sido posteriormente subsanados a golpe de sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE), de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10)<sup>2</sup>**, contra Banco Español de Crédito, S.A., reveló, en primer lugar, que nuestro proceso monitorio no se adecuaba correctamente a los principios de la Directiva 93/13 al no permitir al Juez que conoce de la demanda examinar de oficio (in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento) el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora, cuando el deudor no hubiese formulado oposición. Y en segundo lugar, el artículo 83 del RD 1/2007 <sup>3</sup>era contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13<sup>4</sup>, dado que permitía al Juez nacional integrar o moderar la cláusula afectada por la abusividad, en total contraposición con la Directiva, que prevé la supresión de la misma.

**La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)<sup>5</sup>**, contra Catalunya Caixa, dio origen a la promulgación de la **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los**

---

<sup>2</sup> La STJUE es el resultado de una cuestión prejudicial promovida por la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Auto de 29 de noviembre de 2010, debido a las dudas interpretativas surgidas en la resolución de un recurso de apelación interpuesto por el Banco Banesto contra un Auto dictado por el Juzgado nº2 de Sabadell, por el cual el juzgador consideró de oficio abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, una cláusula que fijaba intereses de demora del 29% en un préstamo personal, reduciendo tal cláusula al 19%. El Banco Banesto interpuso recurso de apelación argumentando que la normativa vigente no facultaba al Juez a declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula ni, en su caso, modificarla.

<sup>3</sup> Artículo 83 del RD 1/2007: « 1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras (...)».

<sup>4</sup> Artículo 6.1 de la Directiva 93/13: « *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 abusiva »s.*

<sup>5</sup> Más conocido como *Caso Aziz*, en el que el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona instó una cuestión prejudicial al TJUE, para determinar tanto la compatibilidad de determinadas cláusulas en contratos crediticios con la normativa europea, así como para poner de relieve la estructura del proceso de ejecución hipotecaria. Ello como consecuencia de la interposición de un proceso ordinario instando por el deudor ejecutado Aziz sobre la posible existencia de cláusulas abusivas en la escritura de hipoteca, habiendo iniciado anteriormente Catalunya Caixa un procedimiento ejecutivo hipotecario.

**deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.** Con la mencionada sentencia se puso de relieve las deficiencias del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Con anterioridad a la Ley 1/2013, habiéndose iniciado la sustanciación de un procedimiento de ejecución hipotecaria o un proceso monitorio, el deudor no podía alegar como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas en el título sino que debía acudir al correspondiente procedimiento ordinario declarativo para conseguir, en su caso, una declaración de abusividad; lo que suponía que el bien terminaría vendiéndose a un tercero o adjudicándose al acreedor antes de haberse decidido judicialmente sobre la validez de la cláusula, ya que el inicio de un procedimiento ordinario declarativo no era causa de suspensión del procedimiento ejecutivo, que proseguía su sustanciación. Por otro lado, tampoco podían adoptarse, dentro del seno del procedimiento sumario, medidas cautelares que tuviesen como efecto la suspensión de la ejecución.

La única posibilidad que tenía el deudor ejecutado de no perder el bien hipotecado era la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca, ya que determina la suspensión de la ejecución, siempre que fuese anterior a la nota

Entre otros, la Ley 1/2013 también añadió un **tercero párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria**, el cual limita los intereses de demora en préstamos hipotecarios que graven la vivienda habitual en tres veces el interés legal del dinero, junto con la Disposición Transitoria Segunda de la misma ley que establece el ámbito objetivo de aplicación de la mencionada limitación; y que serán objeto de examen más adelante. Aunque ya anteriormente se puso de manifiesto que nuestro artículo 83 del RD 1/2007 era totalmente incompatible con la Directiva 93/13, fue en el año 2014, mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuando se adaptó su redacción a la normativa comunitaria, siendo actualmente su texto el siguiente: “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».

Con el fin de dotar de mayores garantías de protección al deudor ejecutado en el procedimiento ejecutivo hipotecario, la Disposición Final Tercera del **RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de**

**medidas urgentes en materia concursal, modificó el artículo 695.4 LEC<sup>6</sup>** debido al diferente tratamiento legislativo del recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición. Mientras el artículo 561.3 LEC, en la ejecución ordinaria, admitía la apelación por ambas partes procesales, en la ejecución hipotecaria, el anterior artículo 695.4, solo permitía tal posibilidad contra el auto que decretaba el sobreseimiento de la ejecución y no cuando se desestimaba la oposición formulada por el ejecutado.

Resulta de interés hacer mención a **la 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; que proporciona una protección añadida a los usuarios en un ámbito específico, que no es otro que el referido a los contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial (artículo 1). Uno de sus postulados más interesantes es el referido a la educación financiera de los consumidores (artículo 6), en virtud del cual insta a los Estados miembros a la creación de un sistema de educación de los consumidores sobre contratación de préstamos y gestión de deudas, con el fin de que puedan disponer de información clara y general del proceso de concesión de créditos.

Por último, la **Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil**, la cual modifica entre otras, el artículo 693 LEC en sus apartados segundo y tercero, por el que se establece que podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital e 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 que suponga un incumplimiento equivalente. En caso de producirse un supuesto como este, el acreedor podrá solicitar, sin perjuicio de que se despache ejecución por la totalidad de la deuda, que el deudor pueda liberar el bien mediante la consignación de la cantidad de principal más intereses, que estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada en su caso, con los vencimientos del préstamo e intereses de demora que se produzcan a lo largo del procedimiento y que resulten impagados.

---

<sup>6</sup> Anterior redacción del artículo 695.4 LEC: «*Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. (...).*»

#### **IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **1. CLAUSULAS ABUSIVAS**

###### **1.1 CONCEPTO**

Nuestro legislador considera abusivas las cláusulas 85 a 91 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 30 de noviembre de 2007, lista que debe considerarse «numerus apertus». Las cláusulas que se encuentran previstas en el anexo de la Directiva 93/13/CEE se entiende que son abusivas con presunción iuris tantum, mientras que las recogidas en la lista denominada negra que se encuentra en los art 85 a 91 del TRLGDCU se consideran doctrinalmente abusivas automáticamente.

Según el artículo 82.1 RD leg 1/2007, de 16 de noviembre, « se consideran abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de la 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 ».

Así son requisitos de la cláusula abusiva: a) estipulaciones negociadas individualmente o, b) prácticas no consentidas expresamente, que produzcan, c) con mala fe, d) un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y derivado del contrato.

Los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores señalan respectivamente «una cláusula abusiva se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido», «se ha de ponderar la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las que dependa y que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula 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 parte, siempre que dicha cláusula se redacte de forma clara y comprensible ».

En consecuencia, para que la cláusula sea abusiva es necesario que el consumidor no haya podido influir en su contenido, teniendo en cuenta las circunstancias y las demás cláusulas del contrato. No cabe esta calificación para la cláusula que señala el objeto del contrato o aquella que determina el precio. No se entenderá por tanto abusiva la cláusula relativa al elemento real del contrato de préstamo

hipotecario: la cláusula determinante del préstamo (objeto) y el señalamiento de los intereses fijos o variables según índices de referencia (precio), aunque en relación a este último haya un desequilibrio entre las prestaciones de las partes (como ocurre en los préstamos multidivisa hipotecarios) porque las cláusulas especulativas no implican per se que sean abusivas.

Son dos las STJUE importantes sobre la materia de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013 que reiteran el sistema de protección de la Directiva 93/13 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, sin poder influir en el contenido de éstas.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 establece los criterios generales que deben servir de orientación imperativa al juez nacional para apreciar el carácter abusivo de las condiciones generales, entre los que se encuentra fundamentalmente el desequilibrio importante en detrimento del consumidor, y la buena fe.

Estipulaciones negociadas individualmente, desinformación, mala fe y desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y derivado del contrato, son las premisas que parece deben darse para hablar de cláusula abusiva. Entiendo que puedan plantearse en contratos de adhesión, en contratos con condiciones generales de contratación, y en relación con los préstamos hipotecarios, salvo en las cláusulas de vencimiento anticipado, las demás cláusulas: capital prestado, periodo de amortización, cuotas, intereses, son producto de una negociación entre prestamista y prestatario, por lo que la primera circunstancia, la negociación individual en la que no influye el consumidor no parece cumplirse.

Que la falta de información implique mala fe, puede entenderse pero que ésta sea la causa de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor no es aceptable. Una cláusula puede ser abusiva, injusta, porque lo es objetivamente y porque no trata igualitariamente en derechos y obligaciones a ambas partes, porque a la parte perjudicada no se le ha dado opción en la redacción de la misma, pero no puede serlo por la falta de información; afectará en su caso a la formación de la voluntad contractual.<sup>7</sup>

Y en cuanto a que dicha cláusula se redacte de forma clara y comprensible, es exigible en todo contrato y si no es así, se anulará, no porque la cláusula sea abusiva, sino porque no se entendería cuál es el objeto principal del mismo.

---

<sup>7</sup> BELLOD FERNANDEZ, M<sup>a</sup> E, «El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multidivisa» pág 135.

Es abusiva la cláusula que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.<sup>8</sup> Dado que esta materia ha sido regulada por una Directiva comunitaria, y que es dicha Directiva la que establece el concepto de abusividad así como las consecuencias que deben derivarse de la apreciación de abusividad de una cláusula, cobra especial importancia la jurisprudencia del TJUE, puesto que «según reiterada jurisprudencia, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véase, en particular, la sentencia *Fish Legal y Shirley*, C-279/12, EU:C:2013:853, apartado 42)». <sup>9</sup>

En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.<sup>10</sup>

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe 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

---

<sup>8</sup> Art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

<sup>9</sup> STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, párrafo 37.

<sup>10</sup> STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso *Mohamed Aziz*, párrafos 68 y 74.

marco de una negociación individual.<sup>11</sup>

## 1.2 ERROR DEL CONSENTIMIENTO.

Son dos las causas que se alegan procesalmente para pedir la nulidad de las cláusulas pactadas en los préstamos hipotecarios (ya sean intereses de demora, cláusula suelo- techo, vencimiento anticipado, hipoteca multidivisa, etc.) y son: en primer lugar, su posible **carácter abusivo** y subsidiariamente el **error en el consentimiento o error vicio** (artículos 1266,1301 y ss Cc). Todo depende, desde el punto de vista jurídico, de si el **prestatario es o no consumidor**.

En relación con el carácter abusivo nos remitimos al apartado tercero punto uno (CONCEPTO) de este dictamen.

Según criterio jurisprudencial para que haya error en el consentimiento se requiere, o bien que el error sea de tal índole que motive una ausencia total de consentimiento, en cuyo caso se hablaría de inexistencia del contrato o nulidad absoluta (no es habitual su alegación en las demandas que versan sobre préstamos hipotecarios), o que: a) recaiga sobre la cosa que constituye objeto del contrato, sobre su sustancia o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración; b) que el error invalidante no sea imputable al que lo padece, en el sentido de ser excusable es decir, no haberse podido evitar con una diligencia media o regular.

El error es inexcusable y por tanto imputable cuando obedece a la falta de la diligencia exigible a la parte contratante, lo que implica el deber de informarse sobre las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ello en los casos en que la información le resulte fácilmente accesible. La excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, pues el ordenamiento no puede proteger a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Como señala la Sentencia del Juzgado de 1º instancia nº 44 de Barcelona, sentencia de 17 de diciembre 2012, proc. 511/2012, es esencial en todo contrato que quien se obligue tenga un adecuado conocimiento de su contenido, ya que solamente en base a ello podrá formar adecuadamente su voluntad y tomar la decisión en torno a si suscribirlo o no.

Los préstamos hipotecarios fueron, entre los diversos instrumentos financieros, los que se constituyeron bajo la sospecha de una deficiente información, y fue la alegación de esta deficiencia,

---

<sup>11</sup> STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69.

causa suficiente para que se entendiera jurisprudencialmente el carácter abusivo de alguna de sus cláusulas o la existencia de error en el consentimiento del prestatario. Debido a ello, la exigencia de esta información en el ámbito bancario ha sido objeto de muy importante desarrollo normativo por los excesos cometidos en la práctica bancaria. Es de destacar, en tema de información y protección al deudor, el artículo 6 de la Ley 1/2013, bajo el título «**Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de préstamos hipotecarios**». Entre otras medidas, se exige que la escritura pública incluya una expresión manuscrita junto a la firma del cliente en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Los contratos que requieren la citada expresión manuscrita son aquéllos que se suscriben con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad es adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos, o edificios construidos o por construir, en los que concurre alguna de las siguientes circunstancias: que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de la cláusula suelo y techo; que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien, que se concedan en una o varias divisas.

No puede negarse que las entidades de crédito no siempre proporcionaban a sus clientes todos los elementos necesarios que ayudaban a tener el juicio idóneo de lo que estaban contratando, lo que ocasionó problemas en detrimento de la parte contractual más débil. Sin embargo, entiendo, que los aspectos atinentes a la información que las entidades financieras han de ofrecer a los clientes en la actualidad, resultan afectados por la Ley de reforma del Mercado Hipotecario de 7 de diciembre de 2007, una de cuyas líneas de acción está constituida por la modernización del régimen de protección del consumidor mediante «la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación». Se establece una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes a fin de asegurar que éstos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispondrán de los datos más relevantes sobre sus características, para así estar en disposición de formarse una opinión fundada sobre ellos y poder prestar un consentimiento contractual razonado. En este sentido, tanto la Entidad crediticia como el cliente han de ser conscientes de las obligaciones que asumen. A ello se refieren la directiva 2008/48/CE, la Ley 16/2011, de Crédito al Consumo y la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios (deberes de transparencia en la información facilitada al consumidor para que este decida

responsablemente).

La última doctrina jurisprudencial<sup>12</sup> ha interpretado de forma menos rigurosa la exigencia de información, declarando que por sí mismo el incumplimiento de los deberes de información, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio. Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es si se cumplieron o no las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar el cliente tenía un conocimiento suficiente del contenido de las cláusulas del préstamo. En definitiva, el error ha de ser excusable con independencia de la información recibida de la entidad de crédito. No habrá excusabilidad, y por tanto, tampoco error, si por la formación y conocimientos del prestatario, éste pudiera conocer las implicaciones del préstamo. Además la buena fe ha de informar todo contrato y en uno de préstamo, la entidad de crédito no debe omitir circunstancias que de saberlo el prestatario no lo hubiera suscrito. La deficiencia en la información puede derivar en la anulabilidad del contrato, por dolo o error vicio invalidante de la voluntad del prestatario, Como señala la STS núm. 3002/2015, de 30 de junio (JUR 2015/177101), haciendo referencia a la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 «...los deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1.201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar».<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> En Sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre. Ello se aplica igualmente si el cliente es minorista; si lo es, a los efectos de la normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), la inocencia del prestatario se hace más fuerte a si no lo es.

<sup>13</sup> BELLOD FERNANDEZ, Mª E, «El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multidivisa».

## 2. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

### 2.1 ADMISIÓN LEGAL

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente. En términos generales, no se había estado negando la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.<sup>14</sup> Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el art. 1255 CC, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial- «como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo». Sin embargo, más recientemente, se ha puesto en tela de juicio dicha validez, ya que se hace expresa mención a dicha cláusula en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en su Artículo 7 sobre la Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 13, por el que se modifica el Artículo 693 y estipula que en el caso en que dejara de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago debe hacerse en plazos, **si vencieren al menos tres plazos mensuales**, sin cumplir el deudor su obligación de pago o número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido 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. Podrá reclamarse, por tanto, la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.

---

<sup>14</sup> Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras

## 2.2 ESTUDIO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO MAS HABITUALES.

En relación con las cláusulas de vencimiento anticipado debemos diferenciar entre las siguientes:

### A) Pactos válidos, pero no inscribibles:

- Por infringir algún principio hipotecario. Así no es inscribible por ir en contra del principio de determinación según Resolución del 8 de Noviembre de 1.993, el pacto de vencimiento anticipado en caso de que el valor de la finca disminuyera a juicio de peritos de forma que no cubra el importe garantizado. Sin embargo, es una cláusula válida porque si bien es indeterminada también es determinable (artículo 1.273 Código Civil).

- Por no tener trascendencia real: no es inscribible el pacto de vencimiento anticipado, por incumplimiento de obligaciones que no sean las que naturalmente derivan de la hipoteca, como: presentar anualmente el balance y la cuenta de explotación, presentar informes relativos a la situación de la empresa.

- El pacto que obligue a asegurar algo cuyo siniestro no pueda afectar en modo alguno al acreedor como el seguro de pedrisco, siempre que la hipoteca no se haya extendido a los frutos, puede configurarse como de vencimiento anticipado de la obligación garantizada aunque no sea inscribible.

### B) Pactos válidos e inscribibles:

- A modo de ejemplo, entra dentro de esta clasificación el pacto de vencimiento anticipado por impago de al menos tres cuotas del capital del crédito o los intereses (artículo 693, 2 LEC).

- O el impago de primas de seguros, por tratarse de un gasto que goza de preferencia legal sobre el acreedor hipotecario (art. 1.923, 1 Código Civil).

Por lo tanto, queda acreditado que el único pacto de vencimiento posible estrictamente válido e inscribible, a la vez que operante, es toda aquella cláusula de vencimiento anticipado que haya sido redactada conforme a la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil, por la que se modifica el artículo 693 apartado segundo y tercero de la LEC. El supuesto que nos ocupa no se ajusta a esta normativa, por lo que a día de hoy, no es válido ni inscribible al establecer que se podrá dar por vencida la totalidad de la deuda por

impago de una sola cuota de capital o intereses.

C) Pactos válidos e inscribibles pero inoperantes:

El pacto de vencimiento anticipado en caso de que la Entidad deudora caiga en situación concursal ya que la medida está prevista y regulada por la Ley, que ya señala cuándo tiene lugar el posible vencimiento anticipado y sus consecuencias. No es de aplicación al supuesto de hecho concreto ya que la parte deudora son los particulares y no se han visto inmersos en una situación concursal.

D) Pactos abusivos: De nuevo, calificamos la cláusula de vencimiento anticipado objeto de este dictamen como abusiva en base a los siguientes preceptos: Artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y de manera análoga, el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone: 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.

E) Pactos ilícitos:

Se trata de cláusulas nulas por infringir normas imperativas siempre que la norma no establezca sanción distinta (artículo 6, 3 CC, artículos 8 a 10 LGCC y 10, bis LGCU). Van en contra del orden público. Así, es nula la cláusula en la que se pacte que en caso de impago de alguna cuota se entienda vencida la deuda con derecho por parte de la Entidad de Crédito de apropiarse la finca gravada. Se trata de un pacto comisorio prohibido por el artículo 1.859 del Código Civil.

A raíz de la reforma del artículo 693 de la LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil, la Ley exige que para iniciar una ejecución hipotecaria, deben dejar de pagarse al menos 3 cuotas hipotecarias. Por lo tanto los Bancos deben esperar, como mínimo 3 mensualidades para interponer la demanda de ejecución. En el supuesto concreto, objeto de este dictamen, la cláusula de vencimiento anticipado no es

conforme a la normativa vigente anteriormente expuesta, es decir, la Ley 19/2015, por lo que como reitera la jurisprudencia más reciente sólo se admite la validez de dichas cláusulas cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes (cfr. SSTs 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009).

### 2.3 CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, establece que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. »Y de manera análoga, el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone: «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 »

El presupuesto determinante de la aplicación de ambas normas es, pues, la existencia de una cláusula o estipulación no negociada individualmente, lo que ocurre en nuestro supuesto de hecho ya que se trata de una cláusula predispuesta por la Entidad Prestamista en todos sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

Sobre lo que haya de entenderse por cláusula «no negociada individualmente», el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, aclara que 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. » Obviamente, el hecho de que la cláusula figure en un contrato evidencia que ha sido conocida y aceptada (en otro caso estaríamos hablando de falta de consentimiento, constitutivo de nulidad radical del contrato por falta de un elemento esencial o, en su caso, de un acto delictivo). Lo relevante, a los efectos que nos ocupan, es que se trate de una cláusula prerredactada e impuesta. Y esa imposición no desaparece por el hecho de que el

empresario formule y el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios. Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina al caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTS de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y en el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual «El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. » A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que la cláusula discutida no fue objeto de una negociación individualizada.

Afirmado, pues, que estamos ante una cláusula contractual no negociada individualmente, procede analizar si dichas cláusulas han ocasionado, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato.

El art. 4 de la citada Directiva concreta que «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. »Acerca de lo que deba entenderse por desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 señaló que «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. Asimismo,

resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas» (apartado 68). Asimismo, el citado Tribunal ha interpretado la expresión pese a las exigencias de la buena fe” atendiendo al decimosexto considerando de la Directiva, en el sentido de que «el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual » (apartado 69 de la misma sentencia).

Sobre la base de estas consideraciones procede analizar ya la particular cláusula de vencimiento anticipado objeto de este dictamen.

Como regla general en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, cumple recordar que la jurisprudencia sólo admite la validez de dichas cláusulas cuando «concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes » (cfr. SSTS 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009). Línea jurisprudencial que, como se verá, ha sido confirmada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (apartado 73). Por lo que se refiere en particular al vencimiento anticipado por la falta de pago de cualquiera de los plazos de intereses o cuotas de amortización, la jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente, con base en el art. 1255 CC, por considerar válidas las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo (en esta línea se manifiestan las SSTS de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008). Así, la STS de 17 de febrero de 2011 repasa la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:(...) la posible controversia no existe tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, ya que en su artículo 693.2 admite la plena eficacia de tales pactos siempre que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. Por otro lado -añade la Audiencia- es obvio que tanto las cantidades adeudadas ya vencidas como las vencidas anticipadamente pueden reclamarse en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria «debiendo descartarse la peregrina idea expuesta por el apelante de que los plazos ordinarios son los únicos que pueden reclamarse en este tipo de procedimientos, mientras que el vencimiento anticipado debería ejercitarse a través de otro procedimiento ordinario destinado a solicitar la resolución del contrato».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, después de apuntar los criterios que el Juez nacional debe ponderar en abstracto para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual inserta en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, recordó con relación a la cláusula relativa al vencimiento anticipado : «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado 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. »

Así pues, para valorar si la cláusula enjuiciada causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, debemos, primero, analizar si la facultad de la entidad de crédito para declarar vencido anticipadamente el contrato y reclamar el total importe del préstamo viene vinculada al incumplimiento por el prestatario de una obligación esencial ( en una primera aproximación parece que solo puede tratarse del incumplimiento de obligaciones que afecten directamente al préstamo – impago real o inminente de las cuotas o plazos- o a la garantía hipotecaria –pérdida o deterioro grave del inmueble-), siempre y cuando dicho incumplimiento pueda calificarse de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo; y, segundo, ponderar si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas de derecho interno aplicables en la materia y si, en todo caso, tales normas nacionales prevén medios adecuados y eficaces para que el prestatario pueda poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Precisamente, con el fin de tratar de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 19/2015, de 13 de julio, dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De este modo, el legislador remite el concepto de «obligación de carácter esencial» al puntual pago de las cuotas del préstamo, establece un mínimo de incumplimiento susceptible de generar el presupuesto fáctico que faculte al prestamista para resolver anticipadamente el

contrato y apunta un posible remedio para el ejercicio de esta facultad a través de la consignación del importe debido. No obstante, conviene destacar que la reforma legal no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide ex lege el vencimiento anticipado, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

La constatación de que una cláusula determinada (intereses remuneratorios, intereses de demora, vencimiento anticipado, pago de comisiones...) es susceptible de ser calificada como abusiva, puede llevar al ejecutante a tratar de obviar los potenciales efectos perturbadores que podrían derivarse de la declaración de nulidad intrajudicial, obviando su aplicación o acomodando sus efectos dentro de márgenes presumiblemente admisibles. Desde el instante en que la consecuencia que se deriva de la apreciación del carácter abusivo es la nulidad de la cláusula, de manera que se tiene por no puesta, es evidente que el ejecutante puede (y debe) excluir su aplicación en la pretensión que ejercita. El problema nace cuando el ejecutante no obvia la cláusula, sino que trata de atemperar sus efectos con el propósito de no verse íntegramente privado de las ventajas derivadas de su aplicación, o, simplemente, adecúa su aplicación a las sucesivas modificaciones normativas con el mismo objetivo. Como ocurre en el supuesto que nos ocupa, ya que la parte ejecutante aplicó la cláusula de acuerdo a las modificaciones normativas ya mencionadas pero ejercitando lo que, como ha quedado acreditado, es un pacto abusivo. La doctrina y los mismos jueces están divididos. Un sector considera que el ejecutante no tiene por qué reclamar el pago de la total cantidad adeudada según lo acordado en el título, antes al contrario, puede renunciar a lo que considere oportuno en beneficio del deudor, de manera que, si los conceptos o sumas reclamados no resultan abusivos o desproporcionados, en sí mismos considerados y con independencia de lo que pudiera resultar de la valoración de la cláusula en abstracto, la pretensión ha de ser acogida. Por el contrario, una segunda postura atiende a la literalidad del art. 6 de la Directiva 93/13 y del art. 82 del texto refundido LGDCU (tras la reforma de la Ley 3/2014, de 27 de marzo), que declaran la nulidad sin más de la cláusula abusiva, por entender, de un lado, el art. 4.1 de la Directiva obliga a atender a las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato y a las demás cláusulas del mismo o de otro contrato del que dependa; de otro lado, si la cláusula es nula lo es a todos los efectos y

no puede ser utilizada «en parte y, finalmente, si se dejara a la voluntad del ejecutante la decisión de hacer valer o no una cláusula, en función de las circunstancias de tiempo, lugar, nivel de vida, parámetros económicos y cualesquiera otros condicionantes que pudieran incidir en la valoración del equilibrio o desproporción existente entre las partes, disminuiría el efecto disuasorio que implica la sanción de nulidad de la cláusula, afectando negativamente al nivel de protección que pretende alcanzar la Directiva, puesto que el profesional podría sentirse tentado de incluir cláusulas abusivas en el contrato a la espera de ver la posibilidad de invocarlas en función de cómo evolucionen los acontecimientos. »

El art. 573.3 LEC, al facultar al acreedor que tuviera dudas sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía para «pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución», podría servir para apuntalar la primera tesis, si bien las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, publicadas el pasado 16 de octubre, y la propia sentencia del TJUE de fecha 21 de enero de 2015, anteriormente citada, parecían apuntar en la segunda dirección.

De otro lado, la posibilidad siempre abierta del art. 1124 del Código Civil que, aunque recoge la facultad de resolución de las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe –y no la pérdida del plazo, que es lo que realmente entraña la cláusula de vencimiento anticipado–, tiene los mismos efectos de permitir la reclamación del total importe, parecía afianzar la primera postura en la medida que, si el impago comprende un número significativo de plazos o cuotas, es claro que supone un incumplimiento grave que, por la vía del citado art. 1124 CC, abriría la puerta a la reclamación de la suma objeto del préstamo, de forma que, al ser el resultado idéntico, razones de economía procesal podían aconsejar seguir adelante con la ejecución despachada, en un procedimiento que, por otra parte, contempla determinadas cautelas orientadas a la protección del consumidor que no existen o no aparecen expresamente previstas en un procedimiento ordinario. Sin embargo, el reciente auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de fecha 11 de junio de 2015, dictado en el asunto C-602/13, a raíz de una petición de decisión, en la cual se pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de si, de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado, debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo

previsto en la norma nacional. El TJUE reconduce la cuestión a dilucidar si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» 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 mencionada cláusula.

Centrada así la consulta, el TJUE proclama de nuevo su doctrina acerca de que, dada 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, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su art. 7.1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30), y que, por consiguiente, a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica (apartados 49 y 50 de la resolución). Acto seguido, el TJUE recuerda el concepto de cláusula abusiva previsto en el art. 3.1 de la Directiva 93/13, así como que el art. 4.1 de la misma norma «precisa que 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 » (apartado 51). Y después de matizar que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula (apartado 52), el Tribunal concluye que teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado sobre el que versa el dictamen, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo.

Por lo tanto, y conforme al supuesto concreto, si en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el acreedor alega en su favor la cláusula contractual de vencimiento anticipado, la cual en abstracto es abusiva, no podemos entender que por el modo en que la aplica, es decir, esperando la previsión de tres cuotas impagadas recogida en el artículo 693 LEC, ya no tuviera el carácter de abusiva. Es obvio que tal previsión resultaría contrario al principio de igualdad procesal, que forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 de la Carta (véanse, en este sentido, las sentencias Otis y otros, C-199/11, EU:C:2012:684, apartado 48, y Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, apartado 29).

Las consideraciones que se dejan apuntadas llevan a sentar el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado utilizada en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre ejecutante y ejecutado.

Es verdad que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, como también que el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 CC). La reforma de la Ley 19/2015, al exigir unos requisitos mínimos, hace patente que la cláusula era abusiva, y, en todo caso, no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad.

En estas condiciones se puede afirmar que nos hallamos ante una cláusula de vencimiento anticipado que impone al consumidor prestatario, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el vencimiento anticipado por la sola voluntad de la entidad prestamista.

A tenor del art. 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no

puestas. » Procede, pues, declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad financiera y la parte ejecutada.

#### 2.4 EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Afirmada la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, el debate se traslada a determinar cuáles son los efectos jurídicos de tal declaración.

En lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, el TJUE ha declarado reiteradamente que, del tenor literal del art. 6.1 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 esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate de 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, tal persistencia 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, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

En particular, el TJUE ha señalado que el mencionado art. 6.1 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 59, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 29), ya que, 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 art. 7 de la Directiva 93/13, puesto que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que 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, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31). A la luz de estas consideraciones, el TJUE estableció que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

En el presente supuesto, la anulación de la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria relativa al vencimiento anticipado, no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, antes al contrario, al desaparecer la cláusula, desaparece la facultad que se reservaba la entidad bancaria de dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, para el caso de impago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización. Si la posible reclamación, al menos en vía ejecutiva, queda circunscrita a las cantidades efectivamente adeudadas, no hay duda de que la expulsión de la cláusula es beneficiosa para el consumidor y debe tenerse por no puesta, sin posibilidad alguna de integrar el contrato.

Ahora bien, la exclusión de la cláusula de vencimiento anticipado de la escritura pública que se invoca como título ejecutivo en un procedimiento de ejecución hipotecaria nos obliga a profundizar en las consecuencias procesales de dicha decisión. Mientras que la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa en el marco de un proceso declarativo no suscita dudas, ya que la sentencia se limitará a anular la cláusula y expulsarla del contrato, impidiendo que pueda invocarse como fundamento para reclamar el importe total del préstamo, haya o no vencido (sin perjuicio de la posibilidad de acudir al art. 1124 CC, no sucede lo mismo con el procedimiento de ejecución hipotecaria, regulado en los arts. 681 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo tanto, en un procedimiento de ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado forma parte de la causa de pedir y constituye presupuesto, y, en consecuencia, fundamento de la ejecución, por lo que la **declaración de nulidad determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria, y lógicamente, el sobreseimiento de la ejecución instada al amparo de la cláusula que se declara nula.** Decisión de sobreseer que no impide un ulterior

procedimiento de ejecución ordinaria, al existir un título que lleva aparejada fuerza ejecutiva (art. 517.2.5° LEC), como tampoco obsta al proceso declarativo que pudiera instarse en reclamación de las cantidades vencidas o, en su caso, del total importe del préstamo al socaire de los arts. 1124 y 1129 CC, en cuyo caso la sentencia estimatoria podría ejecutarse manteniendo la preferencia derivada del derecho real de hipoteca, el cual lógicamente sigue subsistente.

### **3. CLAUSULA DE INTERESES DE DEMORA**

#### **3.1 SU CONCEPTO Y CARÁCTER ABUSIVO.**

Con carácter general, la prestación de intereses es una prestación pecuniaria accesoria que se ejecuta en proporción al tiempo de cumplimiento y a la cantidad de la prestación pecuniaria principal<sup>15</sup>. Esta definición responde al interés remuneratorio; a diferencia de éstos, los intereses moratorios no responden a la productividad o retribución del capital, sino que cumplen una función indemnizatoria al acreedor que no ha podido disponer del capital y no se ha beneficiado con sus frutos<sup>16</sup>. O como bien explica la STS 265/2015, de 22 de abril en su Fundamento 6.6 «el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones». Tal tarea se llevará a cabo, esencialmente, mediante la prestación de intereses moratorios.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, persigue, como recoge su Preámbulo, la adopción de medidas que ayuden en tiempos de crisis económica y financiera a las personas que contrataron un préstamo hipotecario a hacer frente a sus obligaciones pecuniarias. Una de estas medidas para aliviar la presión financiera ha sido la de establecer un límite legal a la cuantía de intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, plasmado en el párrafo 3° de artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Dice expresamente tal precepto que «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

---

<sup>15</sup> O' CALLAGHAN, X., "Compendio de Derecho Civil". Tomo II: Derecho de obligaciones", Madrid, 2009, pág.115.

supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Es decir, en préstamos hipotecarios que graven la vivienda habitual, como ocurre en el supuesto de hecho objeto de este dictamen, no se podrá pactar un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero y no podrán devengarse sobre el capital ya amortizado. En el préstamo hipotecario analizado se establecieron uno tipo de interés moratorio del 20%, lo que contravenía el límite legal de que los mismos no podían ser superior a tres veces el interés legal del dinero.

El artículo 114 LH no se aplica a todos los préstamos hipotecarios sino a aquellos que reúnan las siguientes características: que el préstamo o crédito se haya concedido para la adquisición de la vivienda habitual y que la hipoteca recaiga sobre la indicada vivienda habitual (como ocurre en el supuesto que nos ocupa, por lo que dicho precepto es perfectamente aplicable al caso objeto de este dictamen).

Los intereses de demora, no son abusivos en sí mismos, sino solo cuando impongan una «indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones», como refleja el artículo 85.6 TRLGDCU.

Los intereses de demora han venido siendo calculados al 20%. Los intereses se calculan de acuerdo con la regulación de los intereses moratorios previstos en el contrato, que difieren abismalmente de los intereses remuneratorios recogidos en el mismo. En este sentido basta la consulta de la estipulación relativa al «tipo de interés nominal anual, » que consta en la póliza de préstamo de fecha 23 de junio de 2008, en la que se prevé un tipo de interés del EURIBOR con un diferencial del 3,5 %. Con esto vemos que la diferencia entre aplicar el interés remuneratorio, es decir, el EURIBOR con una diferencia del 3,5% y aplicar el 20% como interés moratorio, es abismal.

El tipo de interés del 20% supone un esfuerzo de reintegro de cantidades desproporcionado en atención a las condiciones del mercado y que supone situar al consumidor en la circunstancia de costear unos intereses que no se corresponden con el real coste que para la entidad financiera supone el descubierto o impago real.

Es obvio que de poder haber negociado con la entidad financiera, en ningún caso se hubiera consentido un interés moratorio tan alejado del interés remuneratorio y que además supone un lucro injustificado de la entidad financiera.

---

<sup>16</sup> FERNANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. DE L., “¿Pueden cobrarse intereses moratorios tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que los impone?”, en CEFLegal, Revista Práctica de Derecho, 2015, nº 178, pág. 84.

Desde este punto de vista, solo se puede entender como abusiva la cláusula que impone el interés moratorio.

Es conocida la doctrina de los Tribunales que para los supuestos de liquidación de intereses moratorios previstos en el contrato de porcentaje elevado y muy diferente al interés remuneratorio previsto en el mismo contrato, rebaja tal interés de demora en consideración al propio interés remuneratorio previsto en el contrato de préstamo, con el incremento de dos puntos previsto en el artículo 576 LEC. En este sentido la Sentencia de 22 de abril de 2015 dictada en recurso de casación 2351/2012, y en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) núm. 364/2016, de 3 de junio. Señala al respecto la primera de éstas: «La sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha venido vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de una obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el contenido no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. »

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de aplicación de las normas nacionales.

### 3.2 EFECTOS.

Declarada abusiva la cláusula de intereses de demora en préstamos hipotecarios, el siguiente paso es determinar el efecto que lleva aparejado la declaración de abusividad.

Desde la modificación del artículo 83 del TRLGDCU por 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, se ha eliminado de nuestro ordenamiento jurídico la facultad integradora del Juez ante la existencia de una cláusula abusiva, moderándola hasta la cuantía que el Juez discrecionalmente considerase equitativa para los derechos y deberes de las partes.

Para la declaración de abusividad de la cláusula de los intereses de demora, aplicamos el artículo 1.108 del CC «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal». Por lo que eliminada del contrato la cláusula de intereses de demora nula, el contrato seguiría devengando intereses moratorios que serían los intereses legales. Es decir, una vez declarada nula la cláusula de intereses moratorios por abusiva, según lo establecido en el artículo 83 del TRLGDCU así como en el artículo 6 de la Directiva, se suprime del contrato manteniendo éste su vigencia. Y esa ausencia de pacto que provoca la supresión la que motivaría la aplicación supletoria del interés legal del dinero. Esta solución ha sido adoptada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el Auto 160/2012, de 19 de diciembre, cuando recoge en su Fundamento Cuarto expresamente que « (...) la consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula, en este caso la que establece los intereses de demora, es la expulsión del ámbito del contrato. El contrato queda sin intereses de demora pactados y lo que procede en esta situación, tal como también hemos dicho en nuestra sentencia anterior, es que el interés de demora sea el legal, conforme a lo prevenido en el artículo 1108CC»; así como en el Auto de la misma Audiencia (Sección 1ª), número 53/2015, de 3 de marzo; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, 229/15, 30 de septiembre y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, 163/2015, de 21 de mayo.

Por lo tanto en el supuesto de hecho concreto, la cláusula de interés de demora sería declarada abusiva y bien se puede anular por tanto la exigencia de interés moratorio prevista en el contrato o póliza o en el supuesto de que no se proceda a declarar la nulidad de la estipulación del contrato de préstamo en la que se prevén los intereses moratorios, se establezca que el interés que debe de ser satisfecho es el interés remuneratorio previsto en el contrato o póliza con un añadido del 2%.

## **V. CONCLUSIONES**

PRIMERA.- Ha quedado plasmado que es una tarea sumamente complicada el determinar cuándo una cláusula de vencimiento anticipado puede ser considerada abusiva ya que ni siquiera, como sucede en este caso, su aplicación conforme a la normativa vigente excusa de su posible consideración tanto a instancia de parte en la oposición a la demanda ejecutiva como de oficio por el Juzgador de abusiva. El recurso a criterios tales como la normativa vigente y, el estudio de la jurisprudencia

española, debida a la gran discrecionalidad judicial en este punto, no ayuda a solucionar el problema. En relación de nuevo con el supuesto concreto, es fácilmente apreciable la dificultad de esta tarea ya que seguimos todavía sin obtener una resolución del TJUE que dictamine sobre esta cuestión prejudicial. Por ello, creemos que la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado debería de ser determinada a través del estudio caso por caso de la correspondiente póliza o contrato, atendiendo al resto de elementos pactados, como a la cuantía de los intereses, tipo mínimo o máximo, y a la situación económica en el momento de suscripción del contrato.

SEGUNDA.- El sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la mencionada Directiva, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica. Es decir, que si la cláusula de vencimiento anticipado para el caso de incumplimiento es nula, porque el juez llega a la conclusión de que es abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva 93/13, es nula, con todas las consecuencias que de ello se derivan, es decir, que su contenido no puede limitarse ni moderarse por el juez nacional, y debe tenerse por no puesta en el contrato, siendo indiferente a este respecto que en la práctica la entidad bancaria haya respetado el plazo legalmente previsto en la nueva redacción del artículo 693.2 LEC, superior al pactado, o incluso un plazo superior. El hecho de que la entidad bancaria no diera inicio al procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el impago de cuatro mensualidades consecutivas es un elemento fáctico que no ha de tenerse en cuenta en la apreciación de una cláusula contractual que tenía en realidad por objeto permitir a la entidad bancaria proceder a la ejecución hipotecaria en caso de impago de una sola mensualidad. Cabe observar, a este respecto, que, en el ámbito de la protección de los consumidores, un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo no priva a una cláusula de su carácter abusivo.

CUARTA.- La cláusula del contrato relativa a los intereses moratorios al tipo del 20 % constituye, como hemos analizado, un pacto abusivo ya que causa un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes, en contra de la buena fe. La consecuencia de que la cláusula de interés de demora sería declarada abusiva es que se pueda anular

por tanto la exigencia de interés moratorio prevista en el contrato o póliza o, en el supuesto de que no se proceda a declarar la nulidad de la estipulación del contrato de préstamo en la que se prevén los intereses moratorios, se establezca que el interés que debe de ser satisfecho es el interés remuneratorio previsto en el contrato o póliza con un añadido del 2%.

QUINTA.- En el procedimiento de ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado forma parte de la causa de pedir y constituye presupuesto, y, en consecuencia, fundamento de la ejecución, por lo que, tras su consideración como abusiva, lo que conlleva la declaración de nulidad, determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria, y lógicamente, el **sobreseimiento de la ejecución instada al amparo de la cláusula de vencimiento anticipado que se declara nula.**

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 19 de diciembre de 2016.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

### **1. REFERENCIAS DOCTRINALES**

- BELLOD FERNANDEZ, M<sup>a</sup> E, «El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multdivisa» en, RGLJ – MADRID – I.S.S.N. 0210-8518.

- GALLEGO MARTÍNEZ, V, «El Vencimiento anticipado en los contratos de préstamos hipotecarios garantizados con vivienda habitual y el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015», CEF Civil Mercantil, Septiembre 2015.

- CALLEJO CARRIÓN, S, «Pasado, Presente y Futuro de la Ejecución Hipotecaria (a propósito de la deriva hipotecaria) », Revista CEF LEGAL, CEF, núm. 185, junio 2016, págs. 33-70.

- BANACLOCHE PALAO, J., «Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada » en Diario La Ley, 2014, nº 8312, págs. 15.

- GARCÍA SOLER, E., «La discrecionalidad judicial sobre las cláusulas abusivas», Diario la

Ley, 2015, nº 8500, págs. 4.

- CARRASCO PEREA, E., « Ejecución hipotecaria instada sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, o cada día un poco más cerca del abismo ». Análisis Gómez- Acebo & Pombo, Diciembre 2015.

- O´CALLAGHAN, X., « Compendio de Derecho Civil”. Tomo II: Derecho de obligaciones». Madrid, 2009, pág 115.

- FERNANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. DE L., “¿Pueden cobrarse intereses moratorios tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que los impone?”, en CEFLegal, Revista Práctica de Derecho, 2015, nº 178, pág. 84.

#### RECURSOS DE INTERNET.

-<http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/10806-el-ts-precisa-los-efectos-de-la-declaracion-como-abusiva-de-las-clausulas-de-vencimiento-anticipado-de-los-contratos-de-prestamo-hipotecario/>. Visitada 10/10/2016.

- <http://www.mundojuridico.info/nulidad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado/>. Visitada 1/11/2016.

-<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Abusividad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-en-prestamo-hipotecario.pdf>. Visitada 26/10/2016.

## 2. JURISPRUDENCIA

### RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10).

- STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11).

- STJUE de 21 de enero de 2015 (asunto C-482/13).

- STJUE de 30 de abril (asunto C-26/13).

- ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13)

### RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO.

- STS 265/2015, de 22 de abril.
- STS 792/2009, de 16 de diciembre.
- STS, 628/2015, de 25 de noviembre
- STS, 364/2016, de 3 de junio.

### RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.

- Auto 15/09/2015 de la Audiencia Provincial de Valencia.
- Auto 30/10/2015 de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

### RESOLUCIONES DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

- Sentencia de 17 de diciembre de 2012, procedimiento 511/2012, del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 44.
- Sentencia de 10 de septiembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander.

## **3. LEGISLACIÓN**

### 3.1 DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Directiva 2008/48/CE del parlamento europeo y del consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo
- Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios.
- Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014.

### 3.2 LEGISLACIÓN NACIONAL

- Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo.
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.
- Ley 1/2007, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.
- Resolución de 11 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad interina de Castellón de la Plana nº 2, por la que se suspende la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución directa de hipoteca y consiguientemente la práctica de las cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento.