

Verónica Ramos García

***“LA ACTUACIÓN PROCESAL DE OFICIO FRENTE A DETERMINADAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS”***

TRABAJO DE FIN DE GRADO

dirigido por el Dr. Federic Adán Domènech

Grado de Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2015

“Abundaban los capitales y más aún los capitalistas a la caza de operaciones financieras”.

Julio Verne, *París en el siglo XX*.

Índice

ABREVIATURAS	6
1. Introducción.....	8
2. Regulación de la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas.....	11
3. El principio de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional.	14
4. Concepto legal de cláusula abusiva	17
5. Momento procesal oportuno para el control de oficio.....	23
6. Efectos jurídicos de la declaración de cláusula abusiva.	25
6.1 Marco normativo.....	25
6.2 Moderación e integración judicial.....	28
6.3 Nulidad parcial	34
6.4 Efectos contractuales concretos de la inaplicación o exclusión de una cláusula	35
6.5 Efectos de cosa juzgada de la declaración de nulidad.....	35
7. Principales modificaciones de la ejecución hipotecaria debido a la STJUE de 14 de marzo de 2013.	40
7.1 Naturaleza jurídica de las cláusulas de vencimiento anticipado.....	44
7.2 Naturaleza jurídica de los intereses moratorios	45
8. Supuestos en la práctica judicial en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria	47
9. Análisis jurisprudencial sobre la actuación judicial en las ejecuciones hipotecarias	49
10. Criterios de la Audiencia Provincial de Tarragona en la actuación judicial frente a cláusulas abusivas.....	61
11. Doctrina reciente sobre la moderación e integración judicial.....	64
12. Conclusiones	67
12. BIBLIOGRAFÍA.....	69
ANEXO 1. – JURISPRUDENCIA.....	71
Evolución en la jurisprudencia del TJUE:.....	75
ANEXO 2.- LEGISLACIÓN.....	80

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 1978
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
EEMM	Estados Miembros
LCGC	Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LH	Ley Hipotecaria
RIRPF	Reglamento del Impuesto de Renta de Personas Físicas
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGCU	Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.
UE	Unión Europea

1. Introducción

La situación social y económica que atraviesa España desde hace unos años, obliga a que el jurista se ocupe en ella con la finalidad de encontrar respuestas jurídicas a las nuevas necesidades desde un punto de vista objetivo.

Las familias, los particulares, han visto reducidos sus ingresos económicos a causa del desempleo, lo que ha conllevado que se encuentren inmersos en procesos judiciales en los que su derecho a la defensa (tutela judicial efectiva del art. 24 CE) se ha visto limitado.

Con la introducción del euro en el año 2002, se consolidó los tipos de interés a un nivel mínimo desconocido por los españoles. España gozaba de una excelente reputación económica y además formaba parte de la UE, debido a esta situación obtuvo grandes recursos financieros.

Tanto los créditos de consumo como de adquisición de la vivienda, se concedieron sin tener en cuenta los límites de prudencia y solvencia de los prestatarios. Un aspecto importante, es que el promedio de renta de la población no sobrepasaba los 1200€, y se concedieron préstamos hipotecarios que no eran proporcionales al nivel de ingresos. El aumento del consumo no se financió con las rentas de los ciudadanos, sino con fondos bancarios.

La principal consecuencia de la crisis económica es que muchas familias y particulares no pueden hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones en cuanto al pago de la cantidad adeudada porque no tiene recursos económicos con los que hacer frente a su promesa, debido a que los escasos ingresos percibidos han sido utilizados para subsistir.

En gran parte de los negocios jurídicos, contratos y obligaciones asumidos por los particulares en época de crecimiento económico se incluían cláusulas consideradas abusivas, que causaban desequilibrio entre las prestaciones a las que se obligaban las partes. En época de bonanza, no era necesario aplicarlas ya que el particular podía cumplir con su obligación.

Las consecuencias de la crisis en la zona económica Europea, en concreto en los países de Grecia, Portugal, Irlanda, España, Italia o Francia, no han sido previstas por los poderes públicos no previendo medidas adecuadas de forma anticipada. El poder legislativo ha actuado con cierta tardanza y con poca suficiencia en adoptar medidas de protección a los deudores, medidas que hicieran frente a la consecuencia jurídica y económica que suponía para la pérdida de empleo, reducción de salarios, empeoramiento de condiciones laborales.

Las prestaciones públicas ayudaron por un espacio corto de tiempo frente a la excesiva prolongación de la crisis económica, lo que ha conllevado que muchos particulares y su entorno familiar se encuentren en el umbral de pobreza y situación precaria.

En primer lugar este trabajo pretende analizar el concepto jurídico de cláusula abusiva en relación con lo que establece la Directiva 93/13/CEE¹, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En segundo lugar analiza el concepto de abusividad, desde la normativa interna nacional según establece el TRLGDCU 1/2007, de 16 de noviembre, el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y su modificación por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

En tercer lugar, se analiza la interpretación del TJUE sobre las cláusulas abusivas en las relaciones contractuales con consumidores, en concreto:

- ✓ Interpretación del concepto de cláusula abusiva en virtud de la DIRECTIVA 93/13/CEE.
- ✓ Cláusulas de interés de demora.
- ✓ Cláusulas de vencimiento anticipado.
- ✓ Actuación de oficio por parte del Juez frente a una cláusula abusiva.

¹ DO L 95, de abril de 1993. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:132017> (fecha de consulta 05/07/2015).

En cuarto lugar, a raíz de la interpretación del TJUE se han producido efectos normativos en el ordenamiento jurídico español con la consecuencia de la modificación de textos normativos, el art. 693 LEC y el art. 114 LH.

En quinto lugar, debido a la modificación de estos preceptos se lleva a cabo un análisis jurisprudencial de la práctica jurídica sobre el tratamiento procesal en las cláusulas de interés de demora y cláusulas de vencimiento anticipado. Esta situación ha conllevado a una falta de unanimidad en las resoluciones efectuadas por los órganos jurisdiccionales, la falta de unanimidad genera inseguridad jurídica en contra de uno de los principios básicos que propugna la CE.

En este trabajo se ha llevado a cabo un minucioso examen sobre la legislación más relevante en la materia, tanto la comunitaria como la nacional, que resulta de interés para consultar en cada caso. Analiza las modificaciones legislativas que se han originado debido a la débil y deficiente trasposición de la Directiva 93/13/ CEE al ordenamiento jurídico español.

Además, se realiza un estudio doctrinal de autores referente a las distintas tesis en el tratamiento procesal sobre las cláusulas abusivas. El fruto del estudio ha sido realizado desde la perspectiva de autores que observan y actúan en distintos ámbitos como la universidad, la abogacía, la judicatura o incluso desde detrás de los mostradores como es el caso del secretario judicial Martínez de Santos.

Pero lo más relevante de este trabajo, es el análisis jurisprudencial realizado respecto al tratamiento procesal de una cláusula abusiva. Se observan posiciones garantistas frente al acreedor, posiciones legalistas, así como posiciones garantistas de la protección a consumidores. El estudio jurisprudencial analiza la evolución por parte del TJUE en aras a reforzar la protección legal de los consumidores que conforma nuestro ordenamiento jurídico español así como el TS siguiendo el mismo sentido, aunque se debe destacar que las audiencias provinciales están desunificadas, síntoma de que nuestro sistema hipotecario español debe perfeccionarse, desde el punto de vista sustantivo y también desde el punto de vista procesal, con la finalidad de fortalecer el principio constitucional de seguridad jurídica y el de tutela judicial efectiva.

2. Regulación de la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas

El incumplimiento de las obligaciones económicas contraídas mediante una relación contractual, basada en el principio de la autonomía de la voluntad, ha desembocado en la proliferación de procesos de desahucio como de ejecución hipotecaria.

Los procesos de ejecución hipotecaria en España han planteado la duda si nuestro sistema procesal español se basa en el principio de justicia y adecuación a la tutela judicial efectiva tanto del acreedor como el deudor hipotecario, sin causar desequilibrio entre las partes.

Nuestro sistema procesal español, como analizaremos en este trabajo, tiene tendencia garantista frente al acreedor con una minoración de la parte más débil de un contrato como son los consumidores y usuarios. Esta problemática ha causado la necesidad de modificar algunos aspectos jurídicos de nuestra legislación para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE y adecuarse a las normas comunitarias de especial protección de los consumidores. En concreto se han promulgado los siguientes textos normativos que modifican el sistema de ejecución hipotecaria en el ámbito sustantivo y procesal:

1. Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios².
2. Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos³.
3. Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios⁴. Declara en su Exposición de Motivos que su objeto fundamental consiste en la suspensión inmediata y por un

² BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011. <http://www.boe.es/boe/dias/2011/07/07/pdfs/BOE-A-2011-11641.pdf> (fecha de consulta 05/07/2015).

³ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-3394> (fecha de consulta 05/07/2015).

⁴ BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-14115 (fecha de consulta 05/07/2015)

plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el real decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas. La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad.

4. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁵. Esta Ley regula: 1) La suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. 2) Modifica la Ley Hipotecaria, mereciendo especial mención el que añade un tercer párrafo a su artículo 114 LH. 3) Modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil.
5. Real Decreto-ley 11/2014⁶, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en material concursal: Disposición final tercera. Modifica el apartado 4 del artículo 695 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda redactado en los siguientes términos: “4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*”.

⁵ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5073 (fecha de consulta 05/07/2015).

⁶ BOE núm. 217, de 6 de septiembre de 2014. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9133 (fecha de consulta 05/07/2015).

6. Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad financiera y otras medidas de orden social⁷.
7. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal⁸.

La STJUE de 18 de marzo de 2010⁹, asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-319/08 y C-320/08, establece en el apartado 61 que *“el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH, y que por otra parte ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

En nuestro ordenamiento jurídico español, se consagra el principio de tutela judicial efectiva en el art. 24 CE y en la doctrina jurisprudencial del TC.

Además, los EEMM tienen la obligación de velar por la existencia de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

En el Derecho Español, la protección a los consumidores se halla regulada en la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, LCGC y en los art. 80-90 del TRLGDCU y reformada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo con la finalidad de adaptar el texto normativo a la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 1999/44/CE, sobre los derechos de los consumidores.

⁷ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2109 (fecha de consulta 05/07/2015).

⁸ BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2109 (fecha de consulta 05/07/2015).

⁹(ECLI:EU:C:2010:146)<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CJ0317&lang1=es&type=TEXT&ancre=> (fecha de consulta 05/07/2015).

3. El principio de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional.

El principio de primacía de las normas de la Unión Europea se basa en la jurisprudencia creada por el TJUE¹⁰, para solventar los posibles conflictos entre la normativa comunitaria y la normativa nacional de los EEMM.

La STJUE de 15 de julio de 1964¹¹ (C-6/64 Costa & Enel), establece que “*considerando que la primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189...*”. En el mismo sentido la STJUE de 9 de marzo de 1978, (C-106-77 Amministrazione delle Finanze dello Stato contra Simmenthal)¹² dispone que “*en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria los mismos, sino también —en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de 229 SENTENCIA DE 9.3.1978 - ASUNTO 106/77 prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros-, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias;*”.

El TC ha proclamado la primacía del derecho comunitario en la sentencia 145/2012, de 2 de julio de 2012, fj.5, resolviendo que “el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento

¹⁰ STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, argumenta sobre la competencia del TC en realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, en el que declara que es un control que debe realizar el TJUE mediante cuestiones prejudiciales que le planteen. En virtud de la cesión de competencias, es fundamental que la interpretación del TJUE, garantice y salvaguarde de manera efectiva un alto nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

¹¹(ECLI:EU:C:1964:66)<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85139> (fecha de consulta 05/07/2015)

¹²(ECLI:EU:C:1978:49)<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45966> (fecha de consulta 05/07/2015)

jurídico en virtud de la LO 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas y su efecto vinculante se remonta a la doctrina de la STJUE Costa contra Enel¹³.

Queda patente la primacía del Derecho Comunitario frente a la legislación nacional. En cumplimiento de la doctrina jurisprudencial del TJUE, los jueces nacionales encargados de aplicar el Derecho de la Unión Europea, en el marco de su competencia, deben garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, y esperar que el poder legislativo modifique la disposición contraria. Una vez adecuada la norma nacional al derecho comunitario, entonces el Juez nacional procederá a resolver.

Es importante recordar la primacía del derecho comunitario, ya que más adelante se analiza las distintas posiciones doctrinales en nuestra jurisprudencia y se plantea la cuestión si nuestros órganos jurisdiccionales se apegan de forma restrictiva a la interpretación del TJUE en cuanto al tratamiento procesal de las cláusulas abusivas.

La STJUE de 5 de febrero de 1963, (C-26/62 Van Geed & Loos), argumenta “ *que el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los EEMM desde la entrada en vigor y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; que en efecto al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y de poderes derivados de una limitación de la competencia, han cedido su soberanía en materias específicas, y han creado un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos*”¹⁴.

En opinión de la autora María Cruz Urcelay, esta sentencia establece el efecto directo de una disposición del Derecho de la Unión Europea, creando derechos y obligaciones para los particulares, que pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, sin necesidad de que se encuentre previsto en una norma nacional, siempre que la disposición europea sea clara, precisa e incondicional. La razón es debida a que

¹³ En el mismo sentido las SSTC 28/1991, de 14 de febrero, fj.6, 64/1991, de 22 de marzo, fj.4, 130/1995, de 11 de septiembre, fj.4, 120/1998 de 15 de junio, fj. 4 y 58/2004, de 19 de abril, fj. 10.

¹⁴(ECLI:EU:C:1963:1)<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=80018>. (fecha de consulta 05/07/2015)

el Derecho de la Unión Europea se basa en la cesión de soberanía por parte de los EEMM en determinadas competencias.

4. Concepto legal de cláusula abusiva

El art. 3 apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE establece que:

“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.”¹⁵

El art. 82.1 del TRLGDCU dispone que:

“1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”¹⁶

El art. 10.1 bis de la LCGC define la abusividad como:

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.

De los textos normativos se extraen las siguientes características que permiten identificar una cláusula abusiva:

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=ES> (fecha de consulta 06/07/2015)

¹⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555> (fecha de consulta 06/07/2015)

- Que se trate de una estipulación contraria a las exigencias de la buena fe.
- Que dicha cláusula o condición general cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en la relación jurídica.
- Que ese desequilibrio cause detrimento o perjuicio en el consumidor o usuario, por lo tanto la catalogación de abusividad en base a la normativa citada sólo puede considerarse cuando la persona afectada sea un consumidor.¹⁷
- Que se trate de cláusulas no negociadas individualmente, impuestas de forma unilateral por el profesional (condiciones generales de la contratación).

Un breve apunte respecto a lo que dispone Real Decreto Ley 1/2007, es que no sólo hace referencia a las características de unas determinadas cláusulas o estipulaciones, sino también a prácticas, lo que permite obtener una tutela más amplia.¹⁸

Una vez determinados qué aspectos caracterizan una cláusula abusiva, se plantea la siguiente pregunta ¿qué se debe interpretar por desequilibrio importante?.

El TJUE¹⁹ ha declarado que el art. 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse de la siguiente manera:

“El concepto de «desequilibrio importante en detrimento del consumidor» debe apreciarse mediante un análisis de las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si en su caso, en qué medida, el contrato deja al consumidor en una situación menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

Resulta necesario llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas, (que en nuestro

¹⁷ Si la persona afectada no es un consumidor puede invocar la declaración de abusividad, ejerciendo el derecho a la defensa conforme a las normas generales de la contratación civil o mercantil. (por ejemplo, abuso de derecho)

¹⁸ Fernández Seijo, José María. *“La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias”*. 1ª. ed. Barcelona: Bosch, 2013. p.59. ISBN: 978-84-9790-733-0.

¹⁹ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 Caso Aziz ap. 76. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES> (fecha de consulta 07/07/2015)

ordenamiento jurídico se han introducido de una forma más contundente desde la pronunciación de distintas sentencias del TJUE).

Además para determinar si se causa desequilibrio a pesar de la buena fe contractual, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”.

“Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.”

Quedan establecidos tres aspectos que el Juez debe ponderar:

1. Si la cláusula no se ha negociado individualmente y causa un desequilibrio importante en el consumidor, el Juez valorará en qué medida el contrato produce una situación jurídica más desfavorable para el particular según el derecho nacional vigente.
2. En cuanto a la exigencia de la buena fe, el Juez debe comprobar que si el profesional tratando de manera leal y equitativa con el consumidor en el marco de una negociación individual, aceptaría cláusulas de carácter abusivo.
3. El Juez tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y todas las circunstancias que concurran en el momento de celebrar el contrato siendo necesario que examine el Derecho nacional aplicable al contrato.

Respecto a la negociación individual de las cláusulas contractuales, la STS 265/2015 de 22 de abril de 2015, en el fj. 3 ap. 2, argumenta que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor puede ser considerada “no negociada” bastando que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. La imposición del contenido del contrato no puede identificarse con la imposición del contrato en el sentido de obligar a contratar. Es el consumidor que velando por sus intereses y en el ejercicio de su libertad de contratar,

deberá decidir si contrata o no. Por este motivo no debe confundirse prestar el consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre con identificar tal consentimiento en el contenido del contrato cuando ya existe una previa negociación individualizada. El TS continua argumentando en el ap.3 del fj.3, que *“el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria y no negociadas individualmente por el consumidor”*. Este hecho notorio justifica la aplicación del control de abusividad previsto en la Directiva 93/13/CEE y en el TRLGDCU.

Una vez analizado el concepto de cláusula abusiva a la luz de la normativa comunitaria, la normativa nacional y la interpretación del TJUE, conviene tener en cuenta que existen limitaciones al concepto de abusividad establecidas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE²⁰:

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

Este precepto determina que los elementos esenciales del contrato no pueden verse afectados por la declaración de abusividad, no puede afectar a la definición del objeto principal ni a los elementos accesorios del mismo.

Desde la perspectiva del derecho comunitario, cuando se trate de cuestiones que afecten al objeto del contrato se excluye la aplicación de la normativa sobre la protección de consumidores, pero no impide que se acuda a las normas generales de la contratación general, el principio de buena fe contractual y el desequilibrio en las prestaciones para solicitar la nulidad de una cláusula o eliminarla de la relación contractual.

En España, gran parte de la doctrina considera que no es posible el control de contenido de las cláusulas que conforman el objeto principal del contrato, ya que el consumidor prestó auténtico consentimiento, declaró voluntariamente que estaba de acuerdo con el intercambio de prestación y precio, siendo éstos elementos esenciales del contrato.

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=ES> (fecha de consulta 07/07/2015)

En la consolidada doctrina jurisprudencial del TJUE respecto a la DIRECTIVA 93/13/CEE, indica que la tutela judicial de los consumidores, exige una actitud activa de oficio en la apreciación de la posible nulidad de las cláusulas, con la finalidad de restablecer el equilibrio, pero no solo como una actitud activa sino también como un deber imperativo.

La STJCE de 27 de junio de 2000 (C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, asunto Murciano Quintero, ap.25), dispone que el sistema de protección establecido por la Directiva es debido a que *“el consumidor se halla en una posición de inferioridad respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación como en el nivel de información, esta situación le conlleva a adherirse a las condiciones predispuestas.”* El objetivo perseguido por la Directiva es que los EEMM están obligados a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores²¹, éste no podría alcanzarse si tuvieran que hacer frente por sí mismos, por esta razón la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo es un medio idóneo. En el mismo sentido la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, Caso Banesto ap. 41 y ss., argumenta *“el papel del Derecho de la Unión Europea atribuye al Juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho²² necesarios para ello.”* Así como la STS 241/2013, de 9 de mayo, ap.110 que declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea no solo exige facultar al Juez para intervenir de oficio, sino que impone el deber de intervenir, lo que implica la obligación para todos los tribunales.

El cumplimiento de las medidas protectoras de consumidores de la Directiva, respecto a la tutela judicial persigue la finalidad de forjar como un principio de interés general del Derecho de la Unión, la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. En este sentido la STJUE de 30 de mayo de 2013,

²¹ En este sentido la STJUE, de 3 de junio de 2010, C-484/08, EU:C:2010:309, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, apartado 27

²² Posteriormente se analizarán los elementos de hecho y de Derecho.

asunto C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito ap. 43 y 44²³, ha declarado que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE²⁴ es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y es indispensable para el cumplimiento de las misiones de la UE, para elevar el nivel y calidad de vida en su conjunto. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico recogido en el art. 169 TFUE que debe actuar frente a la inclusión de cláusulas abusivas.

²³<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137830&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=135802> (fecha de consulta 07/07/2015)

²⁴ “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”.

5. Momento procesal oportuno para el control de oficio

El TJUE no concreta en qué momento procesal se debe activar el control de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales, pero acudiendo a un criterio de naturaleza sustantiva deberá activarse a partir de cuando el tribunal disponga de los elementos de hecho y de Derecho. Según la STJCE de 4 de junio de 2009 (C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, asunto Pannon, ap. 32)²⁵, establece que el control de oficio deberá realizarse *“tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.”*

¿Qué se entiende por *“cuando el tribunal disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho”*?

Dependiendo de la materia, tiene distintas vertientes.

Si nos encontramos ante un contrato de consumo:

- ❖ Con carácter general: se trata de toda la información de que debe disponer el tribunal, sobre la condición de consumidor de alguna de las partes.
- ❖ Con carácter particular: se trata de las circunstancias relevantes que serán distintas en función de la abusividad que se cuestione.

En cuanto al carácter general, deberá constar la condición de consumidor en relación con el tipo de contrato. Es una práctica conocida que alguna de las cláusulas predispuestas en los contratos tienen como finalidad del contrato la introducción o utilización en la actividad profesional, y en algunos casos adquieren la denominación de contrato “mercantil”, con la consecuencia de que no les sea aplicable la normativa de protección de consumidores y por lo tanto, no sea susceptible del control de oficio por parte de los órganos judiciales.

²⁵ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=ES> (fecha de consulta 08/07/2015).

Una vez fijada la condición de consumidor y la aplicación de la normativa de protección de consumidores, el grado de información necesario para fundamentar el carácter abusivo de la cláusula dependerá del tipo de cláusula. Si se trata de una cláusula de interés de demora y se esté conociendo su posible abusividad, será deberá conocer el tipo de interés pactado, el remuneratorio y de demora, en relación con el objeto del contrato y su fecha, además de los tipos legales en el momento de la firma del contrato²⁶.

²⁶ Así lo defiende la doctrina, por ejemplo Izquierdo Blanco “*El derecho de defensa del deudor hipotecario*”, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 209 y ss.

6. Efectos jurídicos de la declaración de cláusula abusiva.

6.1 Marco normativo.

Artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE: *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. 2. Los Estados miembros*

Artículo 8 LCGC:

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Artículo 9 LCGC:

1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

Artículo 10 LCGC:

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Artículo. 83 TRLGDCU: *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.*

Artículo 6.3 CC: *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

Artículo 1258 CC: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

La declaración de una cláusula abusiva produce unos efectos jurídicos contractuales y procesales. El art. 6 de la Directiva 93/13/CEE no delimita los efectos jurídicos pero sí dispone que los EEMM establezcan la *no vinculación* de los consumidores a cláusulas abusivas. Tampoco indica qué mecanismo procesal sería el adecuado, como por ejemplo la nulidad, anulabilidad, ineficacia, etc, pero sí obliga a que no despliegue efectos jurídicos frente a los consumidores, aunque llegue a afectar a la totalidad del contrato o a alguna de sus partes debido a la cláusula declarada abusiva.

En el ordenamiento jurídico español existe una normativización desdoblada, si nos encontramos ante un contrato con condiciones generales de la contratación será de

aplicación la LCGC (art. 8), sin embargo si se trata de un contrato de consumo aplicaremos el TRLGDCU (art. 83.1), pero con una diferenciación que si el contrato de consumo contiene alguna condición general de la contratación se le aplicará simultáneamente las dos normativas citadas.

El art. 8 LCGC prevé que serán “*nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley*”, y el precepto continua en el apartado segundo que “*serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor*”. Se observa que esta normativa tiene una regulación desdoblada, en el sentido que declara la nulidad de pleno derecho en contratos con condiciones generales (contratos de adhesión) pero también declara la nulidad de las condiciones generales consideradas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El art. 83.1 TRLGDCU, dispone que “*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*”.

El legislador español ha optado por la nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho en base a la naturaleza del contrato de consumo y lo que establece el art. 6.3 CC en cuanto a que “*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho*”. Por lo tanto la abusividad de una cláusula determina su nulidad.

A continuación se analizarán cuatro efectos jurídicos que provoca la declaración de abusividad de una cláusula:

1. Moderación e integración judicial.
2. Nulidad parcial.
3. Efectos contractuales concretos.
4. Efecto de cosa juzgada de la declaración de nulidad.

6.2 Moderación e integración judicial

Una vez declarada abusiva una cláusula y por tanto considerada nula, conlleva efectos contractuales de dos maneras, una es sobre la cláusula afectada y otra manera es sobre el contrato considerado en su conjunto. Referente a la afección de la cláusula resulta en nulidad, moderación judicial, inaplicación o exclusión. Y en cuanto al contrato en conjunto resulta en una cuestión de eficacia relativo al principio de conservación de los negocios jurídicos.

Respecto a la moderación judicial de una cláusula abusiva el art. 83.2 TRLGCU (antes de su modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo)²⁷, preveía que “*la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC 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 respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato...*”²⁸. Este precepto hacía una remisión al art. 1258 CC²⁹ acudiendo a la naturaleza del contrato, la buena fe, el uso y la Ley.

El método de la moderación e integración judicial ha conllevado que se planteen cuestiones judiciales ante el TJUE, por existir la duda de si éste mecanismo es contrario a la normativa europea. El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE determina “*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.*”³⁰ La normativa comunitaria establece claramente la prohibición

²⁷ BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

²⁸BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-20555 (fecha de consulta 08/07/2015).

²⁹ Art. 1258 CC dispone que “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

³⁰<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=ES> (fecha de consulta 09/07/2015).

que una cláusula abusiva vincule al consumidor aunque subsista el contrato y siga siendo obligatorio en sus derechos y obligaciones, mientras que la normativa española preveía la facultad del Juez español de moderar la cláusula declarada abusiva e integrarla en el control. Respecto a la discrepancia jurídica suscitada, el TJUE ha fijado doctrina en la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debido a las cuestiones prejudiciales presentadas ante el Alto Tribunal.

Así mismo en la STJUE de 14 de junio de 2012 ³¹(C-618/2010, EU:C:2012:349 asunto Banco Español de Crédito, S.A, tras la cuestión prejudicial planteada por AAP de Barcelona, sección 14, de 29 de noviembre de 2010³²) declara en los apartados 83-89 que “*el art. 83 TRLGCU (RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre) se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, cuando otorga al Juez la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula que ha sido declarada abusiva en un contrato entre profesional y consumidor*”. El TJUE en el ap. 84 continúa argumentando que la Directiva 93/13/CEE no prevé ni una sustitución de las cláusulas abusivas ni la facultad judicial de moderar, sino que establece la consecuencia jurídica de « no vincularán » al consumidor. Este precepto es de carácter imperativo y no admite excepciones, ya que la finalidad que persigue la Directiva es que la consecuencia jurídica de una cláusula declarada abusiva sea de carácter no vinculante³³.

El TJUE ha deducido que de la redacción del art. 6.1 de la Directiva, los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar la el contenido de la cláusula abusiva. En este sentido el art. 6.1 de la Directiva debe entenderse que una vez eliminadas las cláusulas abusivas, debe subsistir

³¹<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119441&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=167341> (fecha de consulta 09/07/2015)

³² A la luz del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y art. 2 de la Directiva 2009/22/CEE, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el art. 83 del Real Decreto Legislativo núm. 1/2007 (anterior art. 8 de la Ley General n. 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”?

³³ En el mismo sentido la SAP de Alicante, sección 9ª, de 26 de julio de 2012 que decide lo siguiente “*no cabe moderar los intereses abusivos sino directamente excluirlos de la contratación, que es lo que procede hacer en este caso con los que superen el límite.*”

el contrato con las cláusulas restantes en los mismos términos, siempre que sea posible, lo que tácitamente se excluye la sustitución de cláusulas o la integración del contrato. Tal argumento ha sido afirmado en las sentencias del TJUE: de 30 de mayo de 2013 asunto C-488/11, EU: C:2013:341 Caso Asbeek Brusse y de Man Garabito ap. 57; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, EU:C:2014:282, Caso Kásler y Káslerné Rábai ap. 79 y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21 Caso Unicaja y Caixabank, ap.28³⁴.

El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE persigue dos objetivos, el primero es que la declaración del carácter no vinculante de las cláusulas abusivas pretende evitar que éstas vinculen al consumidor y el segundo objetivo, poner fin al empleo de cláusulas abusivas en operaciones comerciales en relación con el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que dispone “*Los Estados miembros velarán porque, 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*”.

La Directiva impone la obligación a los EEMM de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas, si se facultara al juez nacional para que modificara el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución de la Directiva, ya que la inaplicación de tales cláusulas frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, ya que éstos podrían verse tentados a utilizar las cláusulas de carácter abusivo al saber que cuando se declare la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional, garantizando el interés de los profesionales (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79)³⁵. En el ap. 87 de la STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, asunto Banco Español de Crédito S.A, argumenta que la integración del contrato reduce considerablemente los riesgos del profesional derivado del empleo de este tipo de cláusulas, el profesional ha de temer seguir vinculado a un contrato, que según las circunstancias pudiera ser más desfavorable para él, una

³⁴<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137830&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=101554> (fecha de consulta 08/07/2015)

³⁵<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161545&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=108021> (fecha de consulta 08/07/2015).

integración en el sentido que las condiciones se adapten conforme a la Ley y sean aceptables para un profesional. El carácter abusivo de una o más cláusulas podría provocar falta de eficacia del contrato, el que se subsanen las causas de ineficacia de un contrato y la previsibilidad de los riesgos para el profesional pueden provocar el efecto inverso de lo que pretende la Directiva. Además, incitaría a que el profesional probara suerte al incluir el mayor número posible de cláusulas de ésta índole con la posibilidad de que el juez nacional pase por alto el mayor número de las mismas, el profesional no tendría nada que perder si intenta imponer sus cláusulas al consumidor. El TJUE concluye que esta situación conllevaría menoscabar el efecto disuasorio de la Directiva.

El ap.89 responde de forma contundente a la posibilidad de facultar al juez nacional para moderar una cláusula abusiva o integrar judicialmente el contrato modificando una cláusula, de la siguiente manera “...*debe responderse también a la cuestión prejudicial en el sentido de que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva se opone a una norma nacional como la del artículo 83 del RDL 1/2007, que permite al juez nacional sustituir una cláusula contractual abusiva por otra que no lo sea*”.

De este modo queda clara la prohibición de que el Juez pueda sustituir una cláusula declarada abusiva por otra que no lo sea, pero es cierto que el TJUE ha argumentado que el art. 6.1 de la Directiva no se opone, ni contradice, ni prohíbe expresamente la posibilidad de reconocer al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que se ajuste al objetivo de la Directiva y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y con una limitación importante. Esta limitación consiste en la posibilidad de que el juez nacional sólo podrá aplicar de forma supletoria una disposición de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma por parte del consumidor, cuando sea necesario que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, es decir con la finalidad de evitar la anulación del contrato en su totalidad como declara la STJUE de 21 de enero de 2015³⁶..

En el mismo sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014 C-26/13, EU:C:2014:282, asunto Kásler y Káslerné Rábai, aapp. 81-84, declara que la sustitución de una cláusula abusiva

³⁶ STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21, Caso Unicaja y Caixabank, ap.33.

por una disposición supletoria de Derecho nacional se justifica con la finalidad de la Directiva 93/13/CEE según el párrafo 13, ya que esta solución permite que pueda seguir subsistiendo el contrato en beneficio del consumidor y reemplaza el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de ambas partes y no anulando todos los contratos que contengan cláusulas de carácter abusivo.

En cuanto a la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor reviste su importancia debido a que si se anulara el contrato en su totalidad, el consumidor quedaría expuesto a consecuencias perjudiciales, en el sentido de que la anulación produce el efecto inmediato exigible del pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y esta situación puede penalizar más al prestatario que al prestamista, debido que no se le disuadiría de insertar cláusulas abusivas en los contratos que ofrezca.

El ap. 34 de la STJUE de 21 de enero de 2015³⁷, dictamina que la anulación de las cláusulas contractuales no pueden acarrear consecuencias negativas para el consumidor en procedimientos de ejecución hipotecaria ya que los importes con los que se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas. En este caso el TJUE dicta fallo a favor de que sustituir una cláusula abusiva de interés de demora por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, no se opone a la Directiva 93/13.

El ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, comprende cualquier préstamo hipotecario. Establece una limitación de intereses de demora respecto de los préstamos o créditos destinados a la adquisición de las viviendas habituales³⁸ y garantizadas mediante

³⁷ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161545&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=82845> (fecha de consulta 08/07/2015).

³⁸ No existe definición de vivienda habitual a efectos de ejecución hipotecaria, pero fiscalmente el RIRPF (aprobado por RD 439/2007, de 30 de marzo, BOE nº 78, de 31/03/2007 versión consolidada) en el art. 41 bis define el concepto de vivienda habitual como “*aquella que sea habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición y que constituya su residencia durante un plazo continuado de al menos tres años*”. Así acudiendo a la interpretación gramatical y finalista habrá que suponer que habitual se contraponen a

hipotecas constituidas sobre la vivienda en cuestión. Este precepto prevé, en procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a fecha de 15 de mayo de 2013 y en los que se haya fijado ya la cantidad de despacho de ejecución o venta extrajudicial, que la cantidad se recalcule aplicando un interés de demora calculado a partir de un tipo no superior a tres veces el interés legal del dinero cuando el tipo de interés de demora fijado en el contrato de préstamo hipotecario exceda de ese límite.

El TJUE continua declarando en el ap. 41, que en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior a lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación, no impide que el juez aplique la medida moderadora y anule la cláusula declarada abusiva.

La doctrina que fija el TJUE³⁹ es la siguiente :

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

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

ocasional y que es la vivienda principal y no la secundaria. La constancia del carácter de vivienda habitual es un elemento preceptivo para la correcta formalización del documento público, es decir para la validez de la escritura pública. En especial en las escrituras de préstamo hipotecario de acuerdo con la actual redacción del art. 21 de LH.

³⁹ STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21 Caso Unicaja y Caixabank, ap. 42.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161545&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=108021> (fecha de consulta 10/07/2015).

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

En el mismo sentido, el fj. 6 párrafo 4 de la STS 265/2015 de 22 de abril de 2015⁴⁰, establece que la consecuencia de la apreciación de abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos en el art. 1258 CC, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

6.3 Nulidad parcial

Como ya se ha analizado anteriormente, la nulidad parcial implica que en los supuestos de apreciación de nulidad de las cláusulas abusivas consideradas como accesorias o no principales, ya que no integran el núcleo principal de las prestaciones o de la reciprocidad del contrato, el contrato podrá subsistir con la inaplicación de éstas cláusulas en virtud del principio de conservación de los negocios jurídicos.

El hecho de que subsista el contrato o que “ *siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”, previsto en la Directiva, ha sido traspuesto por el legislador español en la LCGC (art. 10) al establecer que la nulidad de una condición general de la contratación “*no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas*” y el TRLGDCU (art.83) “*el Juez, previa audiencia de 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*”. Se aprecia el especial interés en mantener la eficacia del contrato y reducir al máximo que la afectación sea total.

⁴⁰ STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7379693&links=%22265/2015%22&optimize=20150515&publicinterface=true> (fecha de consulta 10/07/2015).

6.4 Efectos contractuales concretos de la inaplicación o exclusión de una cláusula

Los efectos contractuales deben concretarse en cada caso, en función de cuál sea el contenido la cláusula declarada nula. Si se trata de una cláusula de sumisión expresa, se deberá acudir a los criterios legales que le correspondan. Si es una cláusula de gastos o comisiones que no responden a un servicio prestado o una cláusula de penalización por incumplimiento (por ejemplo, intereses de demora), deberá excluirse cualquier condena en estos conceptos⁴¹.

En el caso de las cláusulas de interés de demora, se han planteado jurisprudencialmente varias alternativas (serán analizadas posteriormente):

- ✓ La inexigibilidad de cualquier importe en este concepto, que consiste en excluir cualquier resarcimiento de un perjuicio efectivo.
- ✓ La aplicación subsidiaria del interés legal, que es acudir a la aplicación de otro tipo de interés, aunque sea legal implica moderación o integración contractual, que es lo que prohíbe la jurisprudencia del TJUE y el art. 83 TRLGDCU.

6.5 Efectos de cosa juzgada de la declaración de nulidad

La resolución judicial que declare la nulidad por abusividad de una cláusula genera en todo caso efectos de cosa juzgada. La declaración de abusividad de una cláusula contractual puede dictarse en el marco de un proceso declarativo, en sede de ejecución ordinaria de título no judicial y en sede de ejecución hipotecaria.

El art. 207 LEC establece que son resoluciones definitivas las que ponen fin a la instancia o los recursos y las resoluciones firmes son las que contra las mismas no cabe recurso alguno, de este modo adquieren efecto de cosa juzgada y el Tribunal del proceso deberá estar dispuesto en todo caso a lo dispuesto en ellas.

El art. 222 LEC hace referencia a que la cosa juzgada de las sentencias firmes excluye un proceso posterior cuando el objeto del proceso sea idéntico y afectará a las partes del proceso. Por lo tanto, una sentencia firme con efecto de cosa juzgada pone fin a un proceso y vinculará al Tribunal de un proceso posterior.

⁴¹ Izquierdo Blanco, Pablo; Picó i Junoy, Joan; *et al.* Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente *El derecho de defensa del deudor hipotecario*. ed. 1ª .Barcelona, 2014. pp. 227 a 228. ISBN: 978-84-16018-85-7.

El art. 408 LEC establece el tratamiento procesal de la alegación de nulidad, al disponer que los pronunciamientos de la sentencia tengan fuerza de cosa juzgada.

Sin embargo, el art. 447 LEC dispone que no producirán efectos de cosa juzgada un conjunto de sentencias entre las que no se halla la que se pronuncia sobre la nulidad de cláusulas abusivas.

Todos los preceptos legales indicados hacen referencia a sentencias con efecto de cosa juzgada, pero no existe una regulación legal expresa en el caso de autos judiciales en sede de ejecución ya sea ordinaria o hipotecaria, a excepción de una breve referencia que podría entenderse englobada los autos judiciales en el art. 447.4 LEC cuando dispone que *“tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen los efectos”*. Se deduce que los autos que resuelvan de forma definitiva y firme alguna cuestión de fondo, como sucede en los autos que resuelven la oposición a la ejecución por motivos de fondo, como el de cláusula abusiva, tienen efecto de cosa juzgada.

En sede de ejecución ordinaria de título no judicial, el art. 561 LEC no prevé efecto de cosa juzgada del auto que se dicte.

En sede de ejecución hipotecaria, el art. 695.3 y 4 LEC establecía antes de la reforma por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que *“en caso de estimarse la causa 4ª (cláusula abusiva) se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”*. Y el apartado 4 continúa *“Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscriben exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”*. Por lo tanto, la LEC hace referencia a que los casos en los que se ha planteado la abusividad de una determinada cláusula, pero no se ha apreciado al desestimarse la oposición, implicaría que podría reproducirse la cuestión en un proceso declarativo posterior, no produciéndose el efecto de cosa juzgada.

En el caso de que se estimara la oposición y apreciación de la nulidad (se admite el recurso de apelación), sí se producirían efectos de cosa juzgada según lo decidido en primera o segunda instancia en relación con el art. 447.4 LEC.

El art. 695 LEC permite al ejecutante interponer recurso de apelación contra la resolución judicial, que tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, en cambio no permite que el deudor interponga recurso de apelación contra la resolución de primera instancia que ordene la continuación del proceso de ejecución habiendo sido desestimada la oposición del deudor.

Esta situación ha conllevado a que se planteen cuestiones prejudiciales ante el TJUE⁴², en el que los efectos de la STJUE ha conllevado la reforma del art. 695 LEC por la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre que determina *“Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”*.

⁴² 1) ¿Se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/[...], que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, una norma procesal que, como el art. 695.4 de la [LEC], al regular el recurso contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede recurrir el ejecutado consumidor en el caso de que se rechace su oposición?

2) En el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea sobre protección de los consumidores contenida en la Directiva 93/13[...], ¿es compatible con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en igualdad de armas que proclama el artículo 47 de la [Carta] una disposición del derecho nacional como el artículo 695.4 de la [LEC] que, al regular el recurso de apelación contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede apelar el ejecutado en el caso de que se rechace su oposición?»

La STJUE de 17 de julio de 2014⁴³, asunto C-169/14 ECLI:EU:C:2014:2099, expone que se opone al derecho comunitario de consumidores un sistema de ejecución hipotecaria que no permite al deudor ejecutado recurrir en apelación la resolución que desestime la oposición, ni permite al Juez que conoce del proceso declarativo adoptar la medida de suspensión de la ejecución hipotecaria, mientras que sí se permite el recurso al profesional, acreedor ejecutante, lo que contradice el principio de efectividad, ya que la disposición procesal hace imposible la aplicación del derecho comunitario. Aunque el principio de tutela judicial efectiva no exige una doble instancia judicial, el TJUE tiene en cuenta las características procesales de la ejecución hipotecaria española, incluso tras la reforma de la Ley 1/2013, y concluye que el desequilibrio de armas procesales acentúa el desequilibrio ya existente entre las partes.

El principio de igualdad de armas, es el corolario de un proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja frente a la parte contraria⁴⁴.

Esta sentencia del TJUE analiza la adecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria español respecto a la Directiva 93/13/CEE y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, resolviendo que el sistema procesal español de ejecución hipotecaria pone en peligro la realización del objeto perseguido por la Directiva. Este pronunciamiento del TJUE es relevante porque declara que la reforma operada por la Ley 1/2013 en el punto del apartado 4 del artículo 695 de la LEC, es contraria al art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE en relación con el art. 47 de la CDFUE, debiéndose permitir al deudor ejecutado recurrir la resolución que desestima su oposición⁴⁵.

⁴³<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155118&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=261819> (fecha de consulta 10/07/2015).

⁴⁴ STJUE de 21 de septiembre de 2010, asuntos acumulados C-514/07, C-528/07 y C-532/07, asunto Suède y otros/API y Comisión EU:C:2010:541, ap. 88.

⁴⁵<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84028&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=242633> (fecha de consulta 10/07/2015).

En el apartado 43 declara que en el caso de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, expone al consumidor o incluso a su familia al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta, habiendo permitido al Juez realizar solo un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. En cambio la tutela que el consumidor, como deudor ejecutado, podría obtener en un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el riesgo causado, ya que el consumidor no obtendrá una reparación *in natura* de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría una indemnización de la reparación que le proporcionará una protección incompleta e insuficiente, ya que no constituye un medio adecuado y eficaz (en el mismo sentido la STJUE de 14 de marzo de 2013⁴⁶).

La STJUE, de 14 de marzo de 2013, C-415/11 caso Aziz⁴⁷, ha conllevado la consecuencia de una profunda reforma del sistema español de ejecución hipotecaria. Aunque el legislador ha efectuado algunas modificaciones legislativas, han sido insuficientes y han suscitado dudas sobre la tramitación y resoluciones de ejecuciones hipotecarias.

⁴⁶ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, caso Aziz, ap.60

⁴⁷ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135024&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=434500> (fecha de consulta 12/07/2015).

7. Principales modificaciones de la ejecución hipotecaria debido a la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Las modificaciones legislativas en el proceso de ejecución hipotecaria inciden beneficiosamente en la tutela judicial del deudor hipotecario. Las principales modificaciones son referentes a la nueva regulación de las cláusulas de vencimiento anticipado, la denuncia de las cláusulas abusivas y la ampliación de los motivos de oposición.

Las modificaciones legislativas que se han producido a consecuencia de la doctrina del TJUE, ha causado una nueva problemática respecto a la falta de uniformidad en la interpretación de la normativa por los órganos jurisdiccionales españoles, creando un ambiente de inseguridad jurídica y acudiendo al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE (asunto C-539/14⁴⁸, asunto C-307/15, asunto C-349/15)⁴⁹.

En primer lugar, respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado se modifica el art. 693.2 LEC, sustituyendo la consignación del vencimiento anticipado en el Registro por la constancia en la escritura de constitución de la hipoteca. Además de considerar insuficiente un único incumplimiento contractual de pago para proceder a la resolución anticipada del contrato y pasar a exigir al menos tres plazos mensuales o el incumplimiento de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equitativo a tres mensualidades.

- Art. 693.2 LEC (texto derogado): *“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento*

⁴⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón (España) el 27 de noviembre de 2014 – Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.: “¿Debe interpretarse el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE¹, en relación con [el] los artículos 47, 34.3 y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea², en el sentido de que se opone a una norma procesal que, como el artículo 695, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, al regular el recurso contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición basada en el carácter abusivo de alguna cláusula, lo que tiene la inmediata consecuencia de que el ejecutante profesional dispone de más medios de apelación que el consumidor ejecutado?”

⁴⁹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161285&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=46391> (fecha de consulta 11/07/2015)

total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro”⁵⁰.

- Art. 693.2 LEC (texto vigente hasta octubre de 2015): *“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*”⁵¹.

En segundo lugar, sobre las cláusulas abusivas, se consideran abusivos los altos intereses de demora consignados en las escrituras de constitución de la hipoteca. Debido a esta calificación, la Ley 1/2013 introduce un tercer apartado del art. 114 LH, estableciendo la limitación de los intereses de demora que hasta el momento debía consignar el ejecutado.

- Art. 114 LH (texto vigente): *“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”⁵².

Por lo tanto, en la práctica jurídica la restricción de los intereses de demora fijada en el art. 114 LH por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, prohíbe que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, sean superiores a tres veces el interés legal del dinero y sobre el principal pendiente de pago. De esta manera, cualquier cláusula contractual que prevea un interés superior será nula.

⁵⁰ BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

⁵¹ BOE nº 116, de 15 de mayo de 2013.

⁵² BOE nº 116, de 15 de mayo de 2013.

En tercer lugar, en referencia a la ampliación de los motivos de oposición, debido al desequilibrio entre el acreedor y el deudor en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria, se introduce un nuevo motivo de oposición en el art. 695 LEC (reforma operada por la Ley 1/2013), que permite al deudor alegar la existencia de una cláusula que puede ser calificada como abusiva que constituye el fundamento de la ejecución hipotecaria o que hubiese determinado la cantidad exigible.

- Art. 695 LEC (texto anterior): *“1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:*

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

2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante⁵³.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con

⁵³ BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral”...

- Art. 695 LEC (texto vigente): “1. *En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:*

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

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

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

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

4.^a *El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible” ...*⁵⁴

7.1 Naturaleza jurídica de las cláusulas de vencimiento anticipado

Una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de compraventa implica que habiendo sido establecido un plazo en beneficio de ambas partes, si concurren las causas previstas en el contrato, el acreedor procederá a exigir inmediatamente al deudor el cumplimiento de la obligación como el pago del precio o la entrega de la cosa por parte del acreedor.

En cambio, en una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario, lo que vence y se anticipa no son los plazos sino la restitución de la suma total prestada. El deber de entrega o el pago de la totalidad de lo prestado, afecta a la esencia del contrato, ya que los plazos de amortización que son objeto esencial del contrato se transforman en un pago único de todo lo prestado. Por eso, ciertos autores han llegado a concluir que la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario es una cláusula resolutoria convencional del contrato⁵⁵.

Por lo tanto, si se considera como una cláusula resolutoria convencional del contrato, implica que las partes deberían restituirse recíprocamente lo pactado, y que no solo el prestatario tendría que devolver todo lo recibido en concepto de préstamo sino que la entidad bancaria debería restituir todas las cantidades abonadas antes del vencimiento anticipado incluyendo los intereses abonados por el deudor.

En la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración⁵⁶, debe tenerse si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del

⁵⁴ BOE n° 116, de 15 de mayo de 2013.

⁵⁵ Tal tesis es seguida por MONTES PENADES, V.L., “*Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J.M. Rey Portolés*”, así como CALVO-GONZÁLES VALLINAS, R., “*Las cláusulas de la hipoteca*” y ARIJA SOUTULLO, “*Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas*”.

⁵⁶ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, Marta. El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, enero-junio 2014, n° 26, p. 326.

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 préstamo⁵⁷.

7.2 Naturaleza jurídica de los intereses moratorios

Los intereses moratorios cumplen con la función de indemnizar el daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento de las obligaciones del deudor y además imponen una pena disuasiva del incumplimiento.

El daño ocasionado al acreedor consiste en la no disposición del capital en el plazo pactado y no haber disfrutado de los frutos (intereses) que se hubieran podido devengar, tal como defienden Luís Díez-Picazo y Ponce de León. La declaración de carácter abusivo dependerá si supone la imposición de *“una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones”* (art. 85.6 TRLGDCU). La valoración judicial se atenderá a cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias en el momento de celebración del contrato y el contrato en su conjunto. Según SERRA-RODRÍGUEZ, el juez valorará el carácter abusivo en cada caso concreto, al contrastar la cláusula con el Derecho que sería aplicable sin la cláusula predispuesta, sometiendo la cláusula a la luz del principio de buena fe contractual y el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes.

La declaración de nulidad de una cláusula que fija intereses moratorios, no permite ni integrar ni moderarlos (STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto , y SSTS de 11 de marzo de 2014, núm. 152/2014 y de 7 de abril de 2014, núm. 166/2014)., sino dejar sin

⁵⁷ SAP de Alicante 51/2015, Sección 6ª, de 11 de marzo de 2015, fj.5 (Id Cendoj: 03014370062015100001).

efecto la cláusula nula y su aplicación por superar los tipos el índice legal y carecer de efectos vinculantes para el consumidor lo que conduce a excluir la reclamación de los intereses moratorios tal como argumenta en su fj. 6º la SAP de Alicante, Sección 6ª, de 11 de marzo de 2015. La sentencia continua argumentando que el pacto de intereses moratorios no es en sí mismo abusivo, pero sí lo es el alcance económico que se le da en el contrato de préstamo hipotecario, aunque esta nulidad no puede afectar al despacho de ejecución, sino al tipo de interés pactado de conformidad con la Ley 1/2013 de 14 de mayo, en no superar tres veces el interés legal del dinero. Por esta razón se considera que esta cláusula debe ser moderada ajustándose a lo establecido.

8. Supuestos en la práctica judicial en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria

Los supuestos que pueden plantearse ante los órganos jurisdiccionales se pueden clasificar en tres grupos⁵⁸:

1. Supuestos en los que la demanda hipotecaria trata de la inclusión de una cláusula calificada abusiva y en consecuencia sujeta a nulidad e inadmisión en la ejecución hipotecaria.

En la práctica jurídica, en base a que la doctrina del TJUE considera desproporcionado el impago de una cuota para dar por resuelto el contrato, queda modificado de tal forma que el vencimiento anticipado se justifica una vez acreditado el impago de al menos tres cuotas. Así mismo, cualquier cláusula contractual que conceda al acreedor la posibilidad de proceder al vencimiento anticipado con el impago de una sola cuota será considerada nula.

2. Supuestos en los que la demanda de ejecución hipotecaria se sustenta en un contrato que contiene alguna cláusula nula, en los que el acreedor corrige la cláusula.

En un contrato de préstamo de ejecución hipotecaria que lleva inserta una cláusula susceptible de ser declarada nula como la de un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero, el acreedor conociendo este defecto, no solicita en el *petitum* de la demanda los intereses de demora pactados, sino que se limita a reducir la cuantía exigible en concepto de la cláusula penal. Reduce la cantidad exigible hasta que se calcule en consonancia con el máximo de tres veces el interés legal del dinero, aunque la cantidad sea inferior a la prevista en el clausurado del contrato. De esta forma, se recalculan los intereses según lo previsto en el art. 114 LH no incurriendo en contrariar

⁵⁸ Adán Domènech, Federic. Tratamiento procesal de las cláusulas de interés de demora y vencimiento anticipado. *Revista de derecho procesal*. Justicia 2014, vol.2 pp. 455-458.

lo impuesto preceptivamente y con el beneficio para el acreedor de salvar la declaración de nulidad de la cláusula.

En el caso de que el contrato lleve aparejada una cláusula de vencimiento anticipado con el impago de una sola cuota, el acreedor siendo consciente de esta contrariedad al art. 693 LEC, espera a acreditar el impago de tres cuotas o más por parte del deudor hipotecario para proceder a la presentación de la demanda de ejecución hipotecaria. Aunque el comportamiento corrector del acreedor respeta la legalidad con el fin de que se subsane la anulabilidad contractual, es una cláusula susceptible de declararse nula.

3. Supuestos en los que la incoación de ejecuciones hipotecarias se basan en contratos con cláusulas de interés de demora o de vencimiento anticipado.

Estas cláusulas se adaptan a la actual legislación hipotecaria, calculando la suma de la cuantía en concepto de interés de demora no excediendo de tres veces el interés legal del dinero y procediendo a la resolución del contrato de forma anticipada una vez transcurrido el incumplimiento de tres cuotas o mensualidades. La aplicación de estas cláusulas de forma adecuada a la legislación no incurre en causa de nulidad y justifican la ejecución hipotecaria.

9. Análisis jurisprudencial sobre la actuación judicial en las ejecuciones hipotecarias

Existen tres posturas jurisprudenciales predominantes que se analizarán a continuación. La primera de ellas corresponde a las demandas de ejecución hipotecaria fundamentadas en contratos que contienen insertas cláusulas abusivas de interés de demora o las relativas a las de vencimiento anticipado, en las que el acreedor hipotecario no muestra una actitud subsanadora, y como consecuencia un grupo de órganos jurisdiccionales decretan la nulidad de la cláusula, declarándola inaplicable y sin que produzca efectos el proceso judicial en favor de los intereses del acreedor. Esta postura es adoptada en las siguientes resoluciones judiciales⁵⁹:

1. SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 1 de junio de 2015, fj.3 :

“la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser , la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada". Procede, por lo tanto, dejar sin efecto la condena al pago de intereses de demora liquidados al 10%, y dada la declaración como abusiva de la cláusula de los intereses de demora, continuar con el devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada”.

⁵⁹ También siguen esta postura las siguientes resoluciones judiciales: SAP de Alicante, Sección 9ª, de 30 de mayo de 2014; SAP de Barcelona, sección 14ª, de 29 de mayo de 2014; SAP de Madrid, sección 20ª, de 30 de abril de 2014; SAP de Madrid, sección 19ª, de 22 de abril de 2014; SAP de Lleida, sección 2ª, de 4 de abril de 2014; SAP de Barcelona, sección 19ª, de 1 de abril de 2014; SAP de Barcelona, sección 17ª, de 1 de abril de 2014; SAP de Sevilla, sección 6ª, de 12 de febrero de 2014; SAP de A Coruña, sección 6ª, de 30 de diciembre de 2013.

2. SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de abril de 2015, fj. 2 y 3:

“los intereses de demora son desproporcionados y, en consecuencia, abusivos, añadiendo que puede instar la nulidad de la cláusula, sin perjuicio de lo que pudiera acontecer en el proceso de ejecución hipotecaria”.

“la cláusula impugnada permite a la entidad de crédito dar por vencido el préstamo a partir de un incumplimiento que en ningún caso podríamos considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, como es el impago de una sola cuota. La respuesta al incumplimiento -el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo- es desproporcionada y, en consecuencia, la cláusula es abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1º y 85.4º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

La Audiencia falla en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula de intereses de demora y la cláusula de vencimiento anticipado.

3. SAP de Albacete, de 4 de marzo de 2015, Sección 1ª, fj. 2:

“la cláusula debe estimarse abusiva por imponer una indemnización desproporcionadamente elevada al consumidor prestatario por el incumplimiento de sus obligaciones, integrando la prohibición establecida en el art. 82.4 TRLCU (falta de reciprocidad de las prestaciones de las partes, en tanto que nada se prevé al respecto en relación con posibles incumplimientos de la entidad contratante), en relación con el apartado 1º del Anexo al que se remite el art. 3.3 de la Directiva 93/13 y que considera abusivas las "cláusulas que tengan por objeto o por efecto: (...) e. Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta”.

“El tenor literal de la cláusula es terminante: la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, es suficiente para desencadenar, a voluntad de la prestamista, el vencimiento anticipado. Y ello con independencia de si el incumplimiento afecta a una o a más cuotas, si es total

o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del período contractual o más avanzado el mismo.

De este modo, no sólo la facultad sólo se le reconoce al empresario (lo que de por sí justificaría la apreciación de una desproporción entre las partes), sino que se reconoce con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave, pues no sólo faculta ante el impago de las cuotas, sino también de otras obligaciones accesorias como comisiones, gastos o cualquier otra obligación contraída con el banco, sin concretar ni especificar cuáles, lo que resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo”.

La Audiencia confirma la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado e interés de demora.

4. AAP de Madrid nº 357/2014, de 2 de diciembre de 2014, fj 7:⁶⁰

“En consecuencia, la Disposición Transitoria Segunda ha de interpretarse en el sentido de que se aplica a los supuestos en que, fijándose una cláusula de interés de mora superior al triplo del interés legal, no estamos ante una cláusula abusiva, puesto que, en caso contrario, es decir, de considerar que se trata de una cláusula incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y que la misma tiene carácter abusivo, el efecto inmediato es su nulidad de pleno derecho y su expulsión del contrato, sin posibilidad alguna de moderación o integración. La conclusión que se deriva es la declaración de nulidad de dicha estipulación y su eliminación, sin que haya lugar a integración alguna”.

5. AAP de Castellón nº 290/2013, de 18 de diciembre de 2013, Sección 3ª, fj. 3:

“que en cuanto a los intereses de demora, si la cláusula que los impone es declarada abusiva, no cabe aplicar un interés inferior al pactado, siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es definitiva lo que supondría la aplicación de la norma citada”.

⁶⁰<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=1319e76a0bd6611e49f8a010000>
(fecha de consulta 12/07/2015)

6. SAP de Ciudad Real nº 222/2013, de 11 de julio de 2013, Sección 1ª:

“donde tras establecer que la cláusula que establece el interés moratorio es nula por abusiva y en base a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, concluye también que aun teniendo en cuenta el contenido de la referida Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2003 de 14 de mayo, dicha cláusula debe tenerse por no puesta y con ello resulta procedente la supresión de los intereses de demora por ser abusivos”.

Tal como destaca el autor Federic Adán⁶¹, si se trata de la cláusula relativa a la reclamación de intereses de demora, su nulidad no afecta al resto de la ejecución hipotecaria planteada, más bien se procede al lanzamiento del deudor y a exigir el pago de la cantidad adeudada, reduciendo o declarando la inaplicabilidad de la reclamación. Si se trata de cláusulas de vencimiento anticipado, la ejecución hipotecaria no continua porque el acreedor hipotecario no podrá solicitar el vencimiento anticipado con anterioridad al incumplimiento del impago de tres cuotas de amortización del préstamo hipotecario.

La segunda postura adopta una posición garantista del acreedor hipotecario, admitiendo dos posibilidades: que el acreedor subsane las incorrecciones contractuales o efectuando la corrección de oficio de forma directa por parte del órgano judicial, tanto en una situación como en la otra los mecanismos de corrección son los mismos. Esta situación se produce cuando las cláusulas han sido redactadas de acuerdo con la legislación vigente en su momento, pero derogada en el momento de la interposición de la demanda de ejecución hipotecaria.

Cuando se efectúa la subsanación de una cláusula de interés de demora es en consonancia con la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, que concede un plazo de diez días para que el ejecutante recalcule la cantidad de intereses en los que no se hayan adaptado a la nueva reforma legislativa, con la necesidad de aportar los documentos del art. 573 LEC, para determinar el saldo deudor.

⁶¹ Adán Domenech, Federic. Tratamiento procesal de las cláusulas de interés de demora y vencimiento anticipado. *Revista de derecho procesal*. Justicia 2014, vol.2 p.459.

Así para la reclamación de la cantidad de los intereses de demora existen tres vías legales:

- ✓ Art.3.2 de la Ley 1/2013.
- ✓ Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013.
- ✓ Art. 114 de LH.

Estas disposiciones no permiten superar tres veces al interés legal del dinero los intereses moratorios, permitiendo al acreedor limitar la suma en el *petitum* de la demanda de acuerdo con la normativa. Esta postura es adoptada por las siguientes resoluciones judiciales:

1. SAP de Córdoba nº 282/2014, sección 1ª, de 20 de junio de 2014, fj.3:

“En orden a determinar si tras estimarse la abusividad del interés moratorio, procede o no la integración de la cláusula declarada nula, esta Audiencia Provincial aplica el art.114 de la L.H ., en la modificación introducida en la Ley 1/2013”. Por lo expuesto, la actora deberá presentar una nueva liquidación en la que se aplique unos intereses moratorios al 15%”.

2. AAP de Granada nº 137/2014, sección 5ª, de 8 de septiembre, fj. 2:

“ante la imposibilidad de efectuar una integración moderadora de una cláusula abusiva por razón de la doctrina establecida en la indicada STJUE de 14 de junio de 2012 , debe de ser la de reconocer que efectivamente nos encontramos ante una laguna contractual. Habiendo entendido la Audiencia Provincial citada que para colmar dicha laguna contractual (máxime si por ser conforme al propio sentido y alcance de las cosas se aprecia una voluntad contractual común referida al extremo de otorgar a la situación de morosidad un trato más desfavorable que a la situación de oportuno y puntual cumplimiento), es preciso acudir al Derecho nacional, y en éste la norma que expresamente ha abordado la cuestión del límite al interés moratorio es la contenida en la Lev 1/2013 de 14 de mayo , al añadir un tercer párrafo al artículo 114 de la Lev Hipotecaria : «Los intereses de demora de préstamos... no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo

en el supuesto previsto en el art. 579,2 de la LEC», sobre el que no se aprecia inconveniente alguno para aplicarlo analógicamente a otras reclamaciones basadas en contratos de crédito con consumidores, según permite el art. 4.1 CC (Autos de la Sección 1a de 24 de mayo de 2013 y de la Sección 3a de 26 de febrero, 22 de mayo, 7 de junio, 3 de julio, 29 de octubre y 20 de diciembre de 2013 y 9 de enero de 2014. Por todo ello se considera que determinada la abusividad del tipo porcentual de los intereses moratorios reclamados, el mismo, como regla general, no puede ser superior al equivalente al triple del interés legal vigente en la fecha de celebración del contrato. Y como quiera que en este caso concreto, a dicha fecha, el interés legal del dinero estaba fijado en el 4% anual, los intereses moratorios deberán reducirse al 12%”.

3. AAP de Alicante nº 170/2013, sección 6ª, de 15 de julio de 2013, fj.2:

“Es preciso realizar una precisión en cuanto al alcance que debe darse a la declaración de nulidad de la cláusula en relación a los intereses moratorios, pues la doctrina jurisprudencial europea expuesta en relación con la normativa especial protectora de los consumidores y usuarios considera que, no cabe integrar las cláusulas, ni moderar los intereses abusivos, sino, sencillamente, dejar sin efecto la cláusula nula y su aplicación por superar los tipos el índice de referencia reiterado y carecer de efectos vinculantes para el consumidor, lo que conduce a excluir de la reclamación de la demandante y de la condena del demandado los intereses moratorios. A pesar de esta doctrina , el pacto de intereses moratorios no es si mismo abusivo, aunque si el alcance económico que se le da en el contrato de hipoteca objeto de la litis , esta nulidad no afecta al despacho de ejecución, sino al tipo de interés pactado que, como ya se ha dicho de conformidad con la ley 1/2013, de 14 de mayo, no debe superar tres veces el interés legal del dinero por ello se considera que debe ser moderada esta cláusula limitándola al establecimiento de un interés del 12% que en ningún caso sería abusivo, por lo que el recurso en este punto debe ser estimado parcialmente en el sentido de considerar abusiva la cláusula que establece el interés de demora en un 18%, pero no en cuanto al interés que se considera legal en relación a estos intereses cuya cuantía queda fijada en un 12% que es a lo que debe limitarse el devengo de los mismos”.

3. AAP de Madrid nº 84/2015, sección 18ª, de 2 de marzo de 2015, fj.1:

“en los presentes autos y por los demandados se formuló oposición a la ejecución despachada alegando la nulidad por el carácter abusivo de diversas cláusulas concertadas en el préstamo con garantía hipotecaria cuya ejecución se trata en los presentes autos. La resolución de instancia, si bien admite que a efectos dialécticos alguna de las cláusulas pudieran ser objetivamente abusivas, sin embargo dado que no se había producido su aplicación para determinar la cantidad exigible y que por lo tanto las cantidades reclamadas no se basaban en la aplicación de ninguna de las cláusulas, consideraba que debía seguirse adelante la oposición. Por lo que hace a la renuncia de la abusividad de la cláusula de intereses de demora, por la Juzgadora se indica que si bien es cierto que en principio la cláusula podía ser tachada de abusiva, toda vez que la ejecutante, la entidad CATALUNYA BANC, S.A., había procedido al recálculo de los intereses ajustándose a la preceptiva del artículo 114 LH su nueva redacción, procedía a continuar adelante con el despacho de ejecución”.

Otra opción que es aceptada en la práctica judicial, es la aplicación del art. 1108 CC⁶², que establece la norma general de que el deudor obligado al pago de una cantidad de dinero incurriera en mora, la indemnización de los daños y perjuicios, sin perjuicio de pacto en contra, serán los intereses convenidos y a falta de de pacto el interés legal. Por lo tanto, al ser declarada nula la cláusula de interés de demora, se permite que el acreedor reclame dichos intereses limitando la cantidad a la del interés legal. Esta postura es adoptada por las siguientes resoluciones judiciales:

1. SAP de Barcelona nº 88/2015, sección 15, de 8 de abril de 2015, fj. 2:

“la nulidad, por abusiva la estipulación sobre los intereses moratorios conduce a la aplicación del art. 1108 CC, norma que establece que el efecto de la morosidad en el caso de las obligaciones pecuniarias se traduce, a modo de sanción por el incumplimiento, en la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se calcularán

⁶² Art. 1108 CC: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriera 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”.

conforme a los convenido por las partes, y en defecto de pacto, de acuerdo con el interés legal”.

2. SAP de Bilbao nº 87/2015, sección 3ª, de 23 de marzo de 2015, fj. 2:

“Declarada la nulidad de la cláusula que fija los intereses moratorios ha de aplicarse dado que nos encontramos en un proceso declarativo y en la petición principal se instan intereses de demora, los regulados en el artículo 1108 del Código civil desde la interpelación judicial incrementados desde esta sentencia en los fijados en el artículo 576 LEC, que se devengan desde que se dicta cualquier resolución de condena al pago de determinada cantidad y sin necesidad de su petición expresa, al devengarse ope legis. No se trata de integrar una cláusula nula -lo que sí se produciría en el supuesto de reducción del interés moratorio para acomodarlo al límite legal máximo- sino de inaplicar la normativa pertinente por no jugar tal pacto. ”

3. SAP de Sevilla nº 249/2014, sección 6ª, de 30 de octubre de 2014, fj.2:

“Al respecto de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas, como la del interés de demora, la jurisprudencia comunitaria vino constituida fundamentalmente por las STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz , 4 de junio de 2009 , caso Pannon, y 14 de junio de 2012 , caso Banco Español de Crédito, en las que se declara la posibilidad de apreciación de oficio y la declaración de nulidad de la cláusula en cualquier momento desde que se tengan los elementos de hecho y de derecho que permitan la calificación de abusivas, aportándose además los parámetros a utilizar para la determinación y valoración de una cláusula como abusiva, y la imposibilidad de integrar el contrato una vez declarada la nulidad de tal cláusula, la que quedará expulsada del contrato como si no hubiese tenido existencia. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varios supuestos similares en el sentido de que no se contradice esa jurisprudencia comunitaria por el hecho de que ante la declaración de nulidad de una cláusula como la que venimos considerando, se sustituya la misma por una aplicación del interés legal del dinero por mor de los arts. 1101 y 1108 del código civil , pues ello no supone integrar el contrato sino cabalmente aplicar al supuesto de autos la norma legal existente para el supuesto de contratos sin previsión respecto del pago de intereses”.

4. SAP de Albacete nº 85/2014, sección 2ª, de 12 de mayo de 2014, ffj.3 y 4:

“la desaparición de la cláusula nula determina la aplicación al menos de los intereses dispositivos previstos en el art. 1108 CC, tal como viene a solicitar aún subsidiariamente la recurrente, intereses que en el caso se consideran solicitados (y no hay por ello incongruencia por infracción del principio de rogación) si la entidad demandante ya pidió intereses superiores ("el que pide lo más pide lo menos"). Es decir, si la cláusula nula desaparece no se aplica interés de demora contractual, pero ello no supone que la mora carezca de trascendencia, pues en todo contrato que no previera intereses de demora, se aplica el interés legal del dinero por aplicación de la ley.

En cuanto al interés del saldo aplazado, aunque guarde silencio la Sentencia es obvio que se estima la pretensión de la demandada cuando no se aplica más interés al capital principal que los intereses de demora establecidos en el art. 1108 CC”.

Mantienen una tesis contraria a la aplicación supletoria las siguientes resoluciones judiciales:

1. SAP de Madrid, sección 13, de 25 de abril de 2014:

“si un órgano judicial aprecia una cláusula abusiva entre un profesional y un consumidor y por tanto nula de pleno derecho, el Tribunal no puede moderar, ni modificar su contenido ni integrar, el contrato dando a la cláusula nula un contenido acorde a la equidad y al debido equilibrio entre las recíprocas prestaciones, pues según la legislación de la Unión Europea y la interpretación que efectúa el TJUE, tal transgresión, no permite su integración en el marco de una relación contractual en su conjunto, siendo sancionada con ineficacia absoluta, pues acudir a los mecanismos supletorios de la voluntad de los contratantes, aplicando el art. 1108 CC, equivaldría a modificar el contenido de la cláusula sin que sea análogo el supuesto de omisión del pacto de interés de demora a aquel que en su inclusión en el contrato se realiza con un carácter abusivo en perjuicio del consumidor. Actuación que no puede ser suplida con una intervención integradora por el órgano judicial, sino sancionada con la ineficacia absoluta por abusividad”.

2. SAP de Cádiz, sección 2ª, de 28 de marzo de 2014, fj. 4:

“Una vez apreciado el carácter abusivo de la estipulación relativa al tipo de interés de demora, la secuela legal es su nulidad según dispone el art. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (y antes en el art. 10 bis 2 de la normativa vigente antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/2007), a cuyo tenor: " Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 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 respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato". Ahora bien, si frente a la irregular conducta de la EFC actora se reaccionara judicialmente atribuyéndole la posibilidad de girar, no obstante la nulidad de las estipulaciones sobre intereses por abusivos, unos intereses inferiores se estaría incurriendo en la situación que el citado Tribunal trata de evitar, como es de ver en el párrafo 69 de la sentencia de 14/junio/2012 : " en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 . En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas 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 ". Así las cosas, el problema que se plantea es si, una vez declarada la nulidad de la estipulación que determina un tipo de interés de demora abusivo, (i) se debe entender que no cabe la

aplicación de ningún otro interés, fuera del establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunscribiéndose la condena a las sumas impagadas incluyéndose como es natural los intereses remuneratorios y resto de sumas que resulten exigibles (opción que encuentra hoy renovados apoyos tras la reforma del citado art. 83 en la Ley 3/2014)”.

Respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en las relaciones contractuales que facultaban al acreedor resolver el contrato declarando el vencimiento anticipado ante un solo impago, lo que como se analizó anteriormente la doctrina del TJUE acarreó la modificación legislativa, el acreedor interpone demanda ejecutiva cuando se han incumplido tres cuotas al menos, y este convenio constase en escritura pública tal como establece el art. 693 LEC. Este comportamiento correctores admitido por un grupo de órganos judiciales. Esta postura es adoptada por las siguientes resoluciones judiciales:

1. SAP de Valladolid, nº 205/2014, sección 3ª, de 10 de noviembre de 2014, fj.2:

“En el presente supuesto antes de hacer uso de la facultad de resolución o vencimiento anticipado la entidad de crédito prestamista aguardó al impago no ya de cuatro, sino de seis cuotas del préstamo, y un tiempo a mayores antes de presentar la demanda que dio lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de esta capital con el nº 331/2011”.

2. AAP de Girona nº 25/2015, sección 1ª, de 26 de enero de 2015, fj. 3:

“La cuestión más discutible es valorar cuando el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo. Según establecía el artículo 693 con anterioridad a la reforma que del mismo hizo la Ley 1/2013, tras la publicación de la sentencia de 14 de marzo del 2013 , se permitía dar por vencido el préstamo por el impago de cualquiera de la cuotas a devolver. Ello fue cuestionado ante dicho tribunal y aunque no de forma explícita, según hemos visto, se declaró contrario a Derecho comunitario europeo, aunque, en todo caso, debe decirse que en el momento de suscripción del préstamo se ajustaba al derecho interno. Tras la promulgación de la referida Ley, el incumplimiento para poder dar por vencido el

préstamo de forma anticipada es necesario que se haya impagado tres cuotas. Se podrá cuestionar esta norma y algún sector doctrinal y algún Juzgado o Tribunal la ha cuestionado nuevamente, pero ello sería procedente si el vencimiento anticipado se hubiera producido por el incumplimiento de tres cuotas o menos, sin embargo, si ello no es así y resulta que en el presente caso se han dejado de pagar siete recibos mensuales con anterioridad a dar por vencido el préstamo, no puede considerarse que se haya dado por vencido el préstamo de una forma abusiva”.

3. AAP de Madrid nº 84/2015, sección 18ª, de 2 de marzo de 2015, fj.2:

“es doctrina bien conocida la emanada por las Audiencias y por esta propia Sala que establece que, a la vista de que en las ejecuciones hipotecarias precisamente lo que debe denunciarse en la ejecución es la abusividad de una cláusula que haya determinado la cantidad aplicable, el mero hecho de que una cláusula como la que se describe, que objetivamente podía ser nula al contener una indemnización excesivamente severa atendido al incumplimiento de la entidad prestataria, impago de una sola cuota hipotecaria, sin embargo no es menos cierto que la ejecución se plantea cuando se han dejado de abonar nueve cuotas hipotecarias, con lo cual se excede incluso del límite previsto en el art. 693 LEC, por ello el motivo se desestima, en consonancia además con las conclusiones del encuentro sobre ejecución hipotecaria en el que intervinieron diversos Magistrados del Tribunal Supremo, en donde se indicaba que aunque se prevé al vencimiento anticipado por único incumplimiento, así la reclamación se interpone cuando se haya producido un incumplimiento en los términos previstos en el art. 693 LEC, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula”.

La última postura adoptada por los órganos judiciales es la admisión de la demanda hipotecaria y el despacho de ejecución, en los contratos que no contengan cláusulas de vencimiento anticipado o a los intereses de demora, o si los contienen son ajustados a la normativa actual hipotecaria tanto en el ámbito sustantivo como el ámbito procesal. Esto es en consonancia con el art. 693 LH en cuanto a esperar el transcurso de tres cuotas o mensualidades para declarar el contrato finalizado anticipadamente o en relación con los intereses de demora no sobrepasar el límite máximo de tres veces el interés legal del dinero del art. 114 LH.

10. Criterios de la Audiencia Provincial de Tarragona en la actuación judicial frente a cláusulas abusivas

Acuerdo de 7 de julio de 2.014 respecto a las cláusulas de interés de demora:

PRIMERO- Cuando debe ser declarada nula, por abusiva, la cláusula derivada de unas condiciones generales que fija los intereses de demora en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor que se adhiere a un contenido contractual que predetermina el primero:

- a) **Regla general:** cuando el interés moratorio exceda del interés remuneratorio pactado incrementado este en un 50%, siempre y cuando el resultado supere en tres veces el interés legal del dinero.
- b) **Regla especial para los contratos de crédito hipotecario que graven la vivienda habitual del deudor:** se aplica, sea cual sea la fecha del contrato, el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, por lo que basta con que el tipo de los intereses supere el resultado de multiplicar por tres el del legal del dinero porque consideramos abusiva la cláusula que el estipulado.

SEGUNDO- Efectos de la declaración de abusividad de los intereses moratorios y consecuente nulidad de la cláusula que los establece:

- a) Si se trata de un préstamo o crédito para la adquisición de la vivienda habitual, garantizado con una hipoteca constituida sobre la misma vivienda (Ley 1/2013 que añade un tercer apartado en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria): se aplicará el régimen legal supletorio previsto en el artículo 114 LH.
- b) En otro caso: se aplicará el régimen legal supletorio del artículo 1.108 del Código Civil.
- c) A partir de la fecha de la resolución judicial se aplicarán los intereses del artículo 576 de la LEC.

La justificación de este Acuerdo y la aplicación del régimen legal supletorio se encuentra en la Sentencia de 30 de abril de 2.014 del TJUE: “3) ... *dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.*”

Conforme a dicho acuerdo, la regla general referente a la cláusula que establece los intereses moratorios, será abusiva si concurren dos requisitos cumulativamente: 1) si

dicho interés moratorio supera en tres veces el interés legal del dinero; y 2) que, además, el interés moratorio supere al remuneratorio más un 50%. La no concurrencia de alguno de estos requisitos determinará que no sea considerada abusiva.

Acuerdo de 7 de julio de 2.014 respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado:

La cláusula de vencimiento anticipado pactada no podrá ser declarada nula, siendo nulo únicamente el período o requisito temporal de impago para poder tener por vencido el préstamo; el efecto sería la aplicación supletoria del régimen legal⁶³, es decir, la exigencia de tener al menos tres cuotas mensuales impagadas, tal y como exige el artículo 693,2 de la LEC “2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución”, aplicación supletoria que permite la STJUE , de 30 de abril de 2014, C-26/13, asunto Árpád Kásler.

Acuerdo de 7 de julio de 2.014 respecto a la interposición del recurso de apelación en las ejecuciones hipotecarias:

En primer lugar, la Audiencia Provincial de Tarragona⁶⁴ mantiene que “ *debe partirse de que no estamos ante un proceso declarativo sino de ejecución, es decir: el procedimiento de ejecución se articula, y ello lo diferencia claramente del declarativo, como un procedimiento basado en un título ya incuestionable, título que debe merecer una inmediata ejecución, lo que conduce necesariamente, en el orden procesal, a radicar dicha ejecución en el Juzgado de instancia y a limitar o restringir notablemente las posibilidades de apelación*”. Por lo tanto mantiene una postura restrictiva en cuanto al derecho del recurso en procedimientos ejecutivos.

En segundo lugar defiende que el procedimiento de ejecución es un procedimiento específico, integral y autointegrado, siguiendo lo que señala la propia Exposición de Motivos (XVII) de la LEC: “en cuanto a la ejecución forzosa propiamente dicha, esta

⁶³ Autos de 07 de octubre de 2014, rollo 96/2014, y de 14 de octubre de 2014, rollo 251/2014.

⁶⁴ Auto de 23 de abril de 2013, rollo 637/2012.

Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa”. Autointegrado en el sentido, de la no necesidad de ir a normas externas al propio procedimiento de ejecución para resolver las lagunas que pueda presentar, lo que supondrá la no aplicación de las normas generales de la LEC tanto para los motivos de oposición como para los recursos, materia cuya regulación quedará restringida a las estrictas normas contenidas en el Libro III de la LEC.

Y en tercer lugar, los recursos que los únicos precedentes sean solamente los expresamente establecidos en el Libro III de la LEC (Procedimiento de ejecución), sin que quepa poder acudir a las normas generales para poder ampliar tales supuestos.

Antes de la STJUE, de 17 de julio de 2014 C-169/14, asunto Morcillo y García contra BBVA, y de conformidad con el tenor literal del art. 695.4 de la LEC (vigente entonces) sólo se admitía el recurso de apelación contra el Auto que ordenaba el sobreseimiento de la ejecución y, posteriormente también contra el que inaplicaba una cláusula abusiva; es decir, en ambos casos sólo podía apelar el ejecutante perjudicado por la decisión. Tras la STJUE, de 17 de julio de 2014, y antes de producirse la reforma legislativa por el Real Decreto-ley 11/2014, la Audiencia Provincial de Tarragona optó por admitir el recurso de apelación interpuesto por los ejecutados⁶⁵.

Tras la reforma del artículo 695,4 de la LEC llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en material concursal, esta Audiencia permite que la parte ejecutada pueda recurrir en apelación contra el auto que desestime su oposición alegando la existencia de una cláusula contractual abusiva⁶⁶.

⁶⁵ Auto de 22 de julio de 2014, rollo 85/2014.

⁶⁶ Auto de 21 de octubre de 2014, rollo 87/2014.

11. Doctrina reciente sobre la moderación e integración judicial

Ante la diversidad de decisiones judiciales que suponen una fragmentación en la seguridad jurídica frente a la protección de los consumidores, se ha pronunciado muy recientemente el TJUE y el TS sobre su modificación o integración en el contrato. Resultan relevante las SSTJUE de 30 de abril de 2014 C-26/13, asunto Kásler y Káslerné Rábai, y de 21 de enero de 2015, C-482/13, asuntos acumulados C-484/13, C-485/13 y C-487/13 caso Unicaja y Caixabank.

La STJUE de 30 de abril de 2014, sostiene que la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición nacional está plenamente justificada con la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, como es la supresión de la cláusula abusiva permitiendo que subsista el contrato y que siga obligando a las partes.

El mecanismo de sustitución de una cláusula dispositiva por una disposición supletoria nacional, se ajusta al objetivo perseguido por el art. 6.1 de la Directiva, que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que restablezca la igualdad entre ambas y evitar anular todos los contratos con cláusulas abusivas⁶⁷.

Si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria conllevaría la anulación del contrato en su totalidad, y el consumidor quedaría expuesto a consecuencias perjudiciales. La anulación del contrato produciría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y como consecuencia no disuadir al prestamista de insertar cláusulas de carácter abusivo.

La STJUE de 21 de enero de 2015⁶⁸, declara que la posibilidad de sustituir una cláusula declarada abusiva por una norma supletoria nacional queda limitada en los casos que sea necesario la subsistencia del contrato, ya que la anulación del contrato supone una

⁶⁷ En este sentido las SSTJUE Pereničová y Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, apartado 31, y Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 40.

⁶⁸ STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21 Caso Unicaja y Caixabank, apartados 33-40.

penalización para el consumidor. La anulación de las cláusulas contractuales no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes serán menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos en dichas cláusulas.

En el anterior análisis jurisprudencial sobre la práctica judicial en la moderación e integración judicial, se observa que de acuerdo con la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, la cantidad de los intereses de demora que ha sido considerada desproporcionada, se recalcula aplicando un interés de demora calculado a partir de un tipo no superior a tres veces el interés legal.

La sentencia establece que cuando el juez nacional está conociendo de un procedimiento de ejecución hipotecaria y aprecia que una cláusula del préstamo hipotecario que fija los intereses de demora superior a tres veces el interés legal del dinero podrá acudir al mecanismo de integración o moderación judicial mediante la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional, siempre que ésta cumpla dos requisitos:

- ❖ Que no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula.
- ❖ Que no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en el caso de que se aprecie abusiva en el sentido del art. 3.1 Directiva 93/13⁶⁹.

Es decir el juez nacional debe tener la posibilidad de considerar abusiva la cláusula que imponga intereses de demora abusivos y en consecuencia dejarla sin aplicación⁷⁰.

La STS de 22 de abril de 2015⁷¹, sobre la conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la

⁶⁹ “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”

⁷⁰ En este mismo sentido ATJUE, de 11 de junio de 2015, C-602/13, ECLI:EU:C:2015:397, asunto BBVA, apartados 36-46.

⁷¹ STS 265/2015, de 22 de abril de 2015, fj. 4 (Roj: STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723)

norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario”.

Las sentencias dictadas por el TJUE basadas en la aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE respecto a las cláusulas insertas en contratos de consumo, tienen fuerza vinculante ante los órganos jurisdiccionales.

La tutela de los intereses de los consumidores, implica la apreciación de la nulidad por parte del Juez que esté conociendo del asunto de las cláusulas abusivas que causen detrimento al consumidor e impedir que lo vinculen. Esta protección implica la aplicación directa de la jurisprudencia del TJUE cuando una norma procesal se opone a la protección de la Directiva 93/13/CEE.

Por lo tanto queda establecido, que de acuerdo con la doctrina del TC⁷², del TJUE⁷³ y del TS⁷⁴, el Juez debe interpretar la norma nacional conforme a las exigencias del derecho comunitario, cuando una norma procesal impida examinar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato de consumo, con el deber de inaplicar las normas contrarias al Derecho de la Unión Europea.

⁷² DTC 1/2004 de 13 de diciembre, Fj.3.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/esES/Resolucion/Show/DECLARACION/2004/1> (fecha de consulta 05/07/2015).

⁷³ SSTJUE de 4 de junio de 2009, (C-243/2008); de 15 de marzo de 2012, (C-453/2010); de 21 de febrero de 2013, (C-472/11); de 21 de marzo de 2013 (C-92/11).

⁷⁴ ATS 11957/2005 (Sala 1ª del TS), el 4 de octubre del 2005, fj.2.(ECLI:ES:TS:2005:11957A) <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=1081334&links=efecto%20directo%20del%20derecho%20comunitario&optimize=20051215&publicinterface=true> (Id CENDOJ: 28079110012005203234). (fecha de consulta 05/07/2015).

12. Conclusiones.

La normativa comunitaria y su interpretación llevada a cabo por el TJUE ha perfilado matices del ámbito procesal y sustantivo en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria, concienciando a nuestros operadores jurídicos de la necesidad de evitar que cláusulas de carácter abusivo vinculen al consumidor, pero todavía son necesarias adoptar medidas que aseguren una mejor protección al consumidor.

Así mismo se plantean las siguientes propuestas sobre modificaciones legales:

1. Supresión de la regulación especial de la ejecución hipotecaria de los arts. 681 y *ss* de la LEC. Esta sugerencia es debida a que en la práctica, ha conllevado una reducción cuantitativa de las pretensiones de los acreedores hipotecarios con la consecuencia de acogerse a la pluspetición del art. 557 LEC respecto a la ejecución general, además de extenderse la alegación de reducción de intereses moratorios por abusivos como motivo de oposición, con el resultado que no existe una marcada diferenciación entre la ejecución ordinaria y la hipotecaria.

2. Debería establecerse de forma expresa por la LEC la posibilidad de suspender la ejecución hipotecaria, como medida cautelar mediante solicitud del deudor.

Esta suspensión debería autorizarse en el sentido de impedir la subasta o cuando se vaya a efectuar la adjudicación del inmueble y su transferencia de dominio, como medio de hacer efectivo el derecho del deudor hipotecario a mantener y preservar la propiedad del inmueble hipotecado, en caso de que se resuelva a su favor el motivo alegado de suspensión.

3. En cuanto a la posibilidad de plantear la impugnación de una cláusula abusiva (intereses moratorios, cláusulas suelo, etc), no solo se debería permitir en la fase de oposición a la ejecución sino también en la fase de liquidación de intereses y costas, ya que este tipo de cláusulas pudieran influir en la cuantía final de la adeudado por el deudor en concepto de principal, intereses y costas.

4. De conformidad con la doctrina emanada del TJUE, debería preverse legalmente que en caso de apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula

abusiva, la Ley remita directamente al acreedor hipotecario al proceso declarativo correspondiente en el caso que pretendiese el acreedor hipotecario la integración de la cláusula nula, no llevándose a cabo en el proceso ejecutivo. La integración ralentiza el proceso ejecutivo, ya que es más sencillo ejecutar en cuanto a principal e intereses remuneratorios vencidos.

5. Es necesario que se regule por disposición legal, el control exhaustivo de las posibles cláusulas abusivas por parte de los Notarios y Registradores a los que la Ley los considera como operadores jurídicos no judiciales.

6. Respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamos hipotecarios, es imprescindible que el legislador corrija el número de cuotas exigible para que el acreedor dé por resuelto el contrato de forma anticipada, por ejemplo al establecer un número importante de plazos, ya que no resulta proporcionado de ninguna manera que se haya cumplido con la obligación económica en un 70% los plazos de amortización, y se resuelva el contrato por el impago de tres cuotas. Junto a esta propuesta normativa podría tenerse en cuenta la concesión de un plazo adicional al deudor para ejercitar la facultad de enervación mediante la sobrevenida puesta al día, u ofreciendo nuevas garantías que aseguren el cobro de la deuda, y de esta forma evitar el vencimiento anticipado.

En definitiva debe resaltarse el papel esencial que, por obra del TJUE, los jueces nacionales deben garantizar en el control de las cláusulas abusivas, y ello al margen de que sean invocadas por el consumidor. En verdad, el TJUE ha instaurado un auténtico control de oficio sobre la abusividad de las cláusulas en defensa y protección de los consumidores que, en todo caso, no puede mermar la protección de otros derechos, en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio de contradicción. Los jueces nacionales han de garantizar un equilibrio entre todos los intereses comprometidos a fin de restablecer, si es necesario, el equilibrio del contrato. Es cierto que los diversos pronunciamientos del TJUE han contribuido a la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria en beneficio del ejecutado y en virtud del principio de la tutela judicial efectiva.

13. BIBLIOGRAFÍA

Adán Domènech, Federic. Tratamiento procesal de las cláusulas de interés de demora y vencimiento anticipado. *Revista de derecho procesal*. Justicia 2014, vol.2 pp. 445-479.

Balluguera Gómez, Carlos. Integración de cláusulas abusivas sobre elementos esenciales en beneficio del deudor y no del banco. Revista “*La Ley*”, 29 de septiembre al 5 de octubre de 2014, semanal 101, pp. 26-28.

Calvo González-Vallinas, R. “*Las cláusulas de la hipoteca*”. Madrid, 2006, pp.47 y ss.

Carrasco Perera, Ángel. La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, nº 6, pp.58-65.

Cruz Urcelay, María. 50 aniversario sentencia Van Gend en Loos del TJUE sobre el principio de efecto directo. *Revista Actualidad Aranzadi*, nº 865/2013, BIB 2013/1298

Fernández Seijo, José María. “*La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*”. 1ª. ed. Barcelona: Bosch, 2013. ISBN: 978-84-9790-733-0.

Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, Marta. El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, enero-junio 2014, nº 26, pp.326 y ss.

Goni Rodríguez de Almeida, María. El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamos hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, nº 738, pp. 2667-2690.

Izquierdo Blanco, Pablo; Picó i Junoy, Joan; (directores *et al*). Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente *El derecho de defensa del deudor hipotecario*. 1ª. ed .Barcelona: Bosch, 2014. pp. 69-403. ISBN: 978-84-16018-85-7.

Martínez de Santos, Alberto. “*Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria ¿Puede evitarse la ruina del ejecutado?*”. 1ª. ed. Valencia: Ediciones Foro Jurídico, 2013. Pp. 179-205. ISBN: 978-84-61654-34-5.

Montes Penades, V.L. “*Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J.M. Rey Portolés*”. Madrid, 1998, pp.724-726.

Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel; de Lucchi López-Tapia, Yolanda. “Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego”. Madrid: Tecnos, 2013. pp.225 y ss. ISBN: 978-84-309-5816-0.

Sancho Gargallo, Ignacio. Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. *Revista Jurídica de Catalunya*, 2013, nº 4, pp.107-118.

Valdepérez Machi, Joana. Criterios de la Audiencia Provincial de Tarragona en las ejecuciones hipotecarias tras las últimas reformas legislativas. *In Fòrum Jurídic Digital*, diciembre 2014, nº 3.

Xiol Ríos, Juan Antonio, Parrón Cambero, María Jesús y Sánchez Martín, Carlos: *Jornada sobre las Repercusiones de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia de Cláusulas Abusivas en los Procedimientos de Ejecución Hipotecaria con especial referencia al Régimen Transitorio*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal>

<http://www.boe.es/legislacion/>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r13-lh.t5.htm

<http://aranzadi.aranzadidigital.es>

<http://icat.cataleg-biblioteca.cat/>

<http://curia.europa.eu/>

<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-especialidades-vivienda-habitual.htm>

ANEXO 1. – JURISPRUDENCIA

TJUE

STJUE de 5 de febrero de 1963, (C-26/62 Van Geed & Loos)

STJUE de 15 de julio de 1964 (C-6/64 Costa & Enel)

STJUE de 9 de marzo de 1978, (C-106-77 Amministrazione delle Finanze dello Stato contra Simmenthal)

STJCE de 27 de junio de 2000 (C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, asunto Murciano Quintero)

STJCE de 4 de junio de 2009 (C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, asunto Pannon)

STJUE de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-319/08 y C-320/08)

STJUE, de 3 de junio de 2010, (C-484/08, EU:C:2010:309, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid)

STJUE de 21 de septiembre de 2010, (asuntos acumulados C-514/07, C-528/07 y C-532/07, asunto Suède y otros/API y Comisión EU:C:2010:541)

STJUE de 15 de marzo de 2012, (C-453/10, EU:C:2012:144, Caso Pereničová y Perenič)

STJUE de 14 de junio de 2012, (asunto C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, Caso Banesto)

STJUE de 14 de marzo de 2013, (asunto C-415/11 Caso Aziz)

STJUE de 30 de mayo de 2013, (asunto C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito)

STJUE de 30 de abril de 2014, (asunto C-26/13, EU:C:2014:282, Caso Kásler y Káslerné Rábai)

STJUE de 17 de julio de 2014, (asunto C-169/14 ECLI:EU:C:2014:2099)

STJUE de 21 de enero de 2015, (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21 Caso Unicaja y Caixabank)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991

STC 64/1991, de 22 de marzo de 1991

STC 130/1995, de 11 de septiembre de 1995

DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004

STC 145/2012, de 2 de julio de 2012

STC 58/2004, de 19 de abril de 2004

STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014

TRIBUNAL SUPREMO

ATS 11957/2005 (Sala 1ª del TS), el 4 de octubre del 2005

SSTS de 11 de marzo de 2014, núm. 152/2014 y de 7 de abril de 2014, núm. 166/2014

STS 265/2015 de 22 de abril de 2015

AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP de Alicante, sección 9ª, de 26 de julio de 2012

SAP de Ciudad Real nº 222/2013, sección 1ª, de 11 de julio de 2013

SAP de Alicante nº 170/2013, sección 6ª, de 15 de julio de 2013

AAP de Castellón nº 290/2013, sección 3ª, de 18 de diciembre de 2013

SAP de A Coruña, sección 6ª, de 30 de diciembre de 2013

SAP de Sevilla, sección 6ª, de 12 de febrero de 2014

SAP de Cádiz, sección 2ª, de 28 de marzo de 2014

SAP de Barcelona, sección 17ª, de 1 de abril de 2014

SAP de Barcelona, sección 19ª, de 1 de abril de 2014

SAP de Lleida, sección 2ª, de 4 de abril de 2014

SAP de Madrid, sección 19ª, de 22 de abril de 2014

SAP de Madrid, sección 13, de 25 de abril de 2014

SAP de Madrid, sección 20ª, de 30 de abril de 2014

SAP de Albacete nº 85/2014, sección 2ª, de 12 de mayo de 2014

SAP de Barcelona, sección 14ª, de 29 de mayo de 2014

SAP de Córdoba nº 282/2014, sección 1ª, de 20 de junio de 2014

SAP de Alicante, Sección 9ª, de 30 de mayo de 2014

AAP de Granada nº 137/2014, sección 5ª, de 8 de septiembre de 2014

SAP de Sevilla nº 249/2014, sección 6ª, de 30 de octubre de 2014

SAP de Valladolid, nº 205/2014, sección 3ª, de 10 de noviembre de 2014

AAP de Madrid nº 357/2014, de 2 de diciembre de 2014

AAP de Girona nº 25/2015, sección 1ª, de 26 de enero de 2015

SAP de Albacete, sección 1ª de 4 de marzo de 2015

SAP de Alicante 51/2015, Sección 6ª, de 11 de marzo de 2015

AAP de Madrid nº 84/2015, sección 18ª, de 2 de marzo de 2015

SAP de Bilbao nº 87/2015, sección 3ª, de 23 de marzo de 2015

SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de abril de 2015

SAP de Barcelona nº 88/2015, sección 15, de 8 de abril de 2015

SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 1 de junio de 2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

Auto de 23 de abril de 2013, rollo 637/2012

Auto de 22 de julio de 2014, rollo 85/2014

Auto de 07 de octubre de 2014, rollo 96/2014

Auto de 14 de octubre de 2014, rollo 251/2014

Auto de 21 de octubre de 2014, rollo 87/2014

Evolución en la jurisprudencia del TJUE:

Dieciséis pronunciamientos que permiten apreciar la evolución completa en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

1. STJUE, de 27 de junio de 2000, Sala Pleno, acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, asunto Océano Grupo Editorial y otros: la sentencia, en resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona, declara –por vez primera– que el juez nacional «puede» apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

2. STJUE, de 21 de noviembre de 2001, Sala Quinta, C-473/00, asunto COFIDIS S.A.: el Tribunal señaló –de forma contundente– que se opone al contenido y al espíritu de la Directiva una normativa nacional interna que prohíbe al juez nacional –al expirar un plazo de preclusión– declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato.

3. STJUE, de 26 de octubre de 2006, Sala Primera, C-168/05, asunto Mostaza Claro: la cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un recurso de anulación contra un laudo arbitral. De conformidad con la sentencia el órgano jurisdiccional nacional, cuando estime que el convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, «debe» apreciar la nulidad del convenio y anular el laudo, siendo indiferente la alegación o no por parte del consumidor.

4. STJUE, de 4 de junio de 2009, Sala Cuarta, C-243/08, asunto Pannon GSM Zrt.: igualmente reconoce al juez la «posibilidad» de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, aunque el consumidor no haya realizado ninguna petición al respecto. La cláusula controvertida versaba sobre la atribución de competencia territorial al tribunal donde radicaba el domicilio del profesional. A tenor de la sentencia, el juez nacional debe tener presente que tal cláusula –contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, e incluida sin haber sido objeto de negociación individual– puede ser abusiva.

5. STJUE, de 6 de junio de 2009, Sala Primera, C-40/08, asunto Asturcom Telecomunicaciones, S.L.: el juez tiene «facultad» para examinar de oficio una cláusula

de sumisión a arbitraje en el momento de la admisión a trámite de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral.

6. STJUE, de 22 de noviembre de 2011, Sala Tercera, acumulados C-541/99 y C-542/99, asunto Cape Snc y otros: la resolución insiste en que el concepto de «consumidor» –definido en el artículo 2.b) de la Directiva– comprende exclusivamente a las personas físicas.

7. STJUE, de 3 de junio de 2010, Sala Primera, C-484/2008, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid: los artículos 4.2 y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

8. STJUE, de 9 de noviembre de 2010, Gran Sala, C-137/2008, asunto VB Pénzügyi Lízing: la sentencia, siguiendo la estela marcada en el caso Pannon GSM Zrt, recalca que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial presenta un carácter eventualmente abusivo, y en caso afirmativo «debe» declarar de oficio su nulidad.

9. STJUE, de 15 de marzo de 2012, Sala Primera, C-453/2010, asunto Perenicová y Perenic: de acuerdo con la sentencia a la hora de valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes de la anulación de todo el contrato. Sin embargo, matiza que la Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca que «un contrato profesional-consumidor con varias cláusulas abusivas» es totalmente nulo cuando así se garantice una mejor protección del consumidor.

10. STJUE, de 26 de abril de 2012, Sala Primera, C-472/10, asunto Invitel: los órganos jurisdiccionales nacionales «deben» apreciar el carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las condiciones generales de la contratación en virtud de la cual un profesional prevea la modificación unilateral de los gastos relacionados con el servicio a prestar, sin describir explícitamente el modo de fijación de dichos gastos, ni los motivos

de la modificación. Pero es que además, la sentencia reconoce que la declaración de nulidad de tales cláusulas en el marco de una acción de cesación ejercitada contra el profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el referido profesional un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso aunque el consumidor no haya sido parte en el procedimiento de cesación.

11. STJUE, de 14 de junio de 2012, Sala Primera, C-618/2010, asunto Banco Español de Crédito S.A.: la sentencia resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona con la estimación de dos infracciones palmarias de la Directiva.

En primer lugar, vulnera la Directiva una normativa nacional que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio ni «in limine litis», ni en ninguna fase del procedimiento, el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición. Y en segundo lugar, vulnera la Directiva una normativa nacional que atribuye al juez nacional, cuando 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.

12. STJUE, de 21 de febrero de 2013, Sala Primera, C-472/2011, asunto Banif Plus Bank Zrt: de acuerdo con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva, el juez nacional que ha comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado a esperar a que el consumidor, una vez informado de sus derechos, presente una declaración donde solicite la anulación de la cláusula. Ello no obstante, el principio de contradicción obliga al juez nacional a informar a las partes sobre el carácter abusivo de una cláusula y ofrecerles la posibilidad de debate según las formas previstas por las reglas procesales nacionales.

13. STJUE, de 21 de marzo de 2013, Sala Primera, C-92/2011, asunto RWE Vertrieb AG: para que una cláusula contractual en la que una empresa se reserva el derecho a modificar el coste del suministro de gas sea conforme a las exigencias de buena fe,

equilibrio y transparencia, artículos 3 y 5 de la Directiva, reviste esencial importancia determinar si el contrato expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste, a fin de que el consumidor pueda prever las eventuales modificaciones. La falta de información sobre tal extremo antes de la celebración del contrato no se compensa, ni por la información «a posteriori» del cambio del coste con una antelación razonable, ni por el ofrecimiento del derecho a rescindir el contrato en caso de no desear la modificación.

14. STJUE, de 14 de marzo de 2013, Sala Primera, C-415/2011, asunto Mohamed Aziz: la sentencia responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona sobre la validez de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario. El Tribunal concluye que se opone a la Directiva una normativa que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, y en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. En orden a determinar la causación del «desequilibrio importante» consagrado en el artículo 3.1 «pese a las exigencias de la buena fe», hay que comprobar si el consumidor, tratando de manera leal y equitativa en el marco de una negociación individual con el profesional, aceptaría la cláusula.

15. STJUE, de 30 de mayo de 2013, Sala Primera, C-397/2011, asunto Joros: cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de la Directiva.

16. STJUE, de 30 de mayo de 2013, Sala Primera, C-488/2011, asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito: la Directiva debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, «deberá» en principio, tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios de la Directiva.

ANEXO 2.- LEGISLACIÓN

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

Artículo 3

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.
3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Artículo 4

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.
2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Artículo 6

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Artículo 7

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

➤ Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, modifica:

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El apartado 4 del artículo 695 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda redactado en los siguientes términos:

«4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.»

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Se modifica la disposición adicional primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que queda redactada como sigue:

«Disposición adicional primera. Fondo social de viviendas.

1. Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas

personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.

2. El ámbito de cobertura del fondo social de viviendas se podrá ampliar a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley.

3. Un cinco por ciento de las viviendas que integren el fondo se podrá destinar a personas que, siendo propietarias de su vivienda habitual y reuniendo las circunstancias previstas en los apartados anteriores, hayan sido desalojadas por impago de préstamos no hipotecarios.»

➤ TRLGDCU

Art. 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.

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 respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

➤ LCGC

Artículo 10.2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo

1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE nº 58, de 27/02/1946 versión consolidada).

Artículo 21.

1. Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos.

2. Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

3. En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.

Artículo 114.

Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

➤ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000)

Artículo 207. Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal.

1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas.
2. Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.
3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.
4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.

Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada.

1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar.

2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto.

3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada.

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales.

1. Practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido, o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista y el Tribunal dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes. Se exceptúan los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, en que la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del Tribunal para recibir la notificación, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias de condena por allanamiento a que se refieren los apartados 3 de los artículos 437 y 440, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora en que tendrá lugar, en su caso, el lanzamiento directo del demandado, que se llevará a término sin necesidad de ulteriores trámites en un plazo no superior a 15 días desde la finalización de dicho periodo voluntario. Del mismo modo, en las sentencias de condena por incomparecencia del demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada sin más trámite.»

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias.

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

4. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos.

Artículo 552. Denegación del despacho de la ejecución. Recursos.

1. Si el tribunal entendiéndose que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución.

Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.^a.

2. El auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente apelable, sustanciándose la apelación sólo con el acreedor. También podrá el acreedor, a su elección, intentar recurso de reposición previo al de apelación.

3. Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución.

Artículo 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.

1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren 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. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

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

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Artículo 695. Oposición a la ejecución.

1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

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

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

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

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

4.^a El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1.^a y 3.^a del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.^a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

De estimarse la causa 4.^a, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25/07/1889)

Artículo 4.

1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

Artículo 1108.

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.

