

### 1.3. Derechos reales

## La efectividad de la garantía hipotecaria en evidente detrimento

*The effectiveness of the mortgage guarantee  
in evident detriment*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
*Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** Las recientes y numerosas resoluciones judiciales, tanto del Tribunal de Justicia Europeo como de los tribunales españoles, declarando abusivas muchas de las cláusulas de un préstamo hipotecario, así como la inadecuación de su procedimiento de ejecución, persiguen una finalidad loable: la protección del consumidor conforme a la normativa europea —nuestra normativa—. Sin embargo, considero que existe un riesgo cada vez mayor de que la propia garantía hipotecaria pueda perder su efectividad y, en consecuencia, convertirse en algo diferente a lo que era —y que con todos sus fallos aseguraba la colocación de capitales y el crédito territorial—; puede convertirse en una garantía nimia que nos conduzca a una inseguridad jurídica, de la que se puede derivar una nueva crisis financiera. Se analizan en este trabajo las últimas resoluciones al respecto, de forma crítica, poniendo sobre aviso de las consecuencias que puede tener el seguir en esta línea jurisprudencial, y la cada vez más urgente necesidad de un cambio profundo y legislativo.

**ABSTRACT:** *The recent and numerous legal rulings as much from the European Court of Law as from the Spanish Courts, declaring unfair many of the mortgage loan clauses and its inadequacy of foreclosure follow a laudable purpose: the consumer's protection in agreement with the European regulations— our regulation—. However, I consider that there is an increasing risk for the mortgage guarantee to lose its effectivity, because as a consequence of these legal rulings it could become something different. The mortgage guarantees the capitals positions and the real estate loans but it can derivate into a petty guarantee that leads us to a legal uncertainty provoking a new financial crisis. In this paper I analyze the last legal rulings in a critical way, forewarning the consequences that may have to follow this judicial trend.*

**PALABRAS CLAVE:** Hipoteca. Cláusulas abusivas. Consumidor. Seguridad jurídica. Garantía.

**KEY WORDS:** Mortgage. Unfair terms. Consumer. Legal certainty. Guarantee.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. ÚLTIMAS RESOLUCIONES EN TORNO A LA GARANTÍA HIPOTECARIA: 1. CLÁUSULAS DE INTERESES MORATORIOS. 2. CLÁUSULAS SOBRE VENCIMIENTO ANTICIPADO. 3. CLÁUSULAS SUELO. 4. CLÁUSULAS SOBRE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.—III. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El derecho real de garantía inmobiliaria, la hipoteca, ha sido (y es) el más importante instrumento de crédito territorial de nuestro país.

Gracias a la sujeción de un bien inmueble concreto de valor elevado y a través de un procedimiento ejecutivo rápido, el acreedor se ha «atrevido» a prestar y colocar capitales de forma segura, pues su devolución está asegurada como consecuencia de la realización en valor del inmueble y, además, por la propia responsabilidad patrimonial universal del deudor (1911 del Código Civil) que, siempre, y no nos olvidemos de eso, subyace y acompaña a la responsabilidad real que se materializa en el inmueble.

El doble juego de estas responsabilidades ha hecho que un préstamo garantizado con hipoteca esté doblemente garantizado tanto por el bien inmueble como por el patrimonio del deudor. Todo ello, por supuesto, redonda en beneficio del acreedor, pero, no nos podemos olvidar que el otro gran beneficiado ha sido el deudor hipotecario, y más cuando es persona física, consumidor, que ha podido acceder a la vivienda gracias a la garantía hipotecaria, pues de otra forma no habría obtenido crédito en condiciones tan favorables.

Esta garantía segura y eficaz que alcanzó uno de sus máximos de esplendor en los primeros años de este siglo (2000-2008), ha evolucionado, ha cambiado, unas veces debido a las propias exigencias del mercado financiero (e inmobiliario), provocando cambios legislativos, y otras, más recientes, a golpe de resoluciones judiciales, disminuyendo —a mi juicio— su efectividad como garantía.

En el primer caso, y debido a intereses económicos y de financiación, la hipoteca que se basaba únicamente en el valor del inmueble, con independencia de la solvencia del deudor, se ha visto determinada en su eficacia por la situación patrimonial personal del deudor hipotecario. Como dice GÓMEZ GÁLLIGO (2013), se ha pasado de una concesión de crédito basado en el *loan to value*, al *loan to income*, donde la solvencia del deudor es determinante, no solo en la concesión del crédito, sino en la eficacia de la hipoteca, que se va a ver mermada, postergada, en algún caso, al cobro de créditos privilegiados, o incluso suspendida en los procedimientos concursales<sup>1</sup>. Como se ha ido perdiendo efectividad en la hipoteca, el acreedor ha intentado aumentar sus garantías con otras complementarias, que pueden suponer un sobre esfuerzo y abuso para el consumidor, lo que ha originado, asimismo, un malestar comprensible para los deudores.

En el segundo caso, desde 2013 hasta ahora, son innumerables las resoluciones judiciales que han incidido en la efectividad de la hipoteca, reduciendo su poder de aseguramiento, al reducir o limitar su eficacia, en muchos casos limitando la eficacia de su procedimiento de ejecución separado y rápido con escasas formas de oposición, y en otros, declarando abusivas un gran número de cláusulas insertas en los préstamos garantizados, pues suponen un desequilibrio en las prestaciones, (en el mejor de los casos), o no superan el control de transparencia exigible en negocios con consumidores (en el peor de los mismos).

De este modo, lo que era un derecho eficaz, seguro, efectivo, se está transformando en otra cosa; no sé si buena o mala, pero diferente, que puede llevar a una transformación no solo en su naturaleza jurídica, si no en la propia sociedad, donde un excesivo celo en la protección del consumidor puede volverse en su contra como un rápido bumerán, impidiendo que este acceda a la vivienda —derecho constitucionalmente protegido— o generando un mayor grado de inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y en el crédito territorial. Todo ello conduce a reclamar la intervención del legislador para repensar un cambio profundo en relación a la garantía real, o a su función de afianzamiento.

Por eso, en este artículo, vamos a analizar las recientes resoluciones judiciales europeas y españolas que están matizando, mermando, cercenando y, en definitiva, alterando el derecho de hipoteca, convirtiéndolo, a mi juicio, en la sombra de lo que era.

Para ello, agruparemos los pronunciamientos jurisprudenciales en cuatro grandes bloques, que corresponden a las cuestiones más controvertidas de los últimos meses; a saber: los intereses de demora, las cláusulas suelo, el vencimiento anticipado y la limitación de responsabilidad hipotecaria en el préstamo hipotecario.

## II. ÚLTIMAS RESOLUCIONES EN TORNO A LA GARANTÍA HIPOTECARIA

### 1. CLÁUSULAS DE INTERESES MORATORIOS

Los intereses moratorios son la pena o sanción que se establece al incumplimiento de la obligación pecuniaria por parte del deudor.

Estos intereses de demora tienen por tanto una naturaleza bien distinta de los remuneratorios que son el precio del préstamo, del dinero, y que se generan de forma natural al ser el dinero un bien fructífero, como todos sabemos.

Al ser una sanción o pena al incumplimiento, su cuantía siempre ha sido más elevada que la de los intereses remuneratorios pues pretenden disuadir al deudor de tal incumplimiento. Cuando la obligación pecuniaria sea la derivada de un préstamo garantizado con hipoteca, la responsabilidad hipotecaria alcanza a cubrir también su pago, tal y como se desprende de los artículos 114 y 115 LH.

Esto quiere decir que el bien inmueble responde también de los intereses moratorios que en su caso se devenguen, obligándose a constituirse, *ab initio*, un tope máximo de responsabilidad hipotecaria que los cubra. Este máximo debe ser distinto del de los intereses remuneratorios y debe fijarse en la propia escritura de préstamo hipotecario, conforme exige el principio de especialidad.

La evolución sobre el máximo de responsabilidad hipotecaria en los últimos años, sobre todo cuando se trate de un préstamo hipotecario contratado por un deudor persona física sobre su vivienda, ha dado lugar a un sinfín de resoluciones tanto nacionales como europeas, de las que se derivó la reforma del artículo 114 LH en la que se estableció que el tope máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios debía ser el de tres puntos por encima del interés legal, y que solo podían devengarse sobre el principal pendiente de pago, considerándose como abusivo cualquier otro interés superior, conforme estableció la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Este cambio legislativo, operado como otros muchos a raíz de la famosa STJUE «Caso Aziz», marcó los límites objetivos, para saber cuándo los intereses

de demora establecidos en un concreto préstamo hipotecario con consumidor eran abusivos.

Es de agradecer esta limitación, poniendo fin a varias discusiones jurisprudenciales, y sirviendo dicho tope como parámetro clarificador que impide muchos abusos existentes hasta la fecha.

Pues bien, así las cosas, en la STS de 3 de junio de 2016 al analizar la cláusula de intereses moratorios en un préstamo hipotecario entre profesionales y consumidores, en el que se señalaban como límite máximo de interés de demora un 19%, el Tribunal Supremo consideró que dicha cláusula de interés de demora era abusiva, por supuesto, por superar el máximo establecido en el 114.3 LH: los tres puntos con respecto al interés legal de dinero; pero, añadió la doctrina de la STS de 22 de abril de 2015, y al igual que en ella, donde se analizaba un préstamo personal y no hipotecario, va a considerar que el límite máximo de interés de demora debe ser dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado, pues supone una manifiesta desproporción con respecto al remuneratorio y cuando se trate de un consumidor. Argumentó el Alto Tribunal afirmando que: «“(E)l artículo 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada Sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado” (Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero)». Recoge después la explicación de la citada Sentencia de abril de 2015, en la que entendía que debido a que en los préstamos personales el tipo remuneratorio ya es bastante alto, por no tener garantía real, una subida de dos puntos con respecto al mismo para el moratorio debía ser suficiente.

Pues bien, el TS, en esta Sentencia, entiende que, aunque ahora se trate de un préstamo hipotecario, con un tipo remuneratorio más bajo que el personal, ello no impide aplicar el mismo criterio objetivo señalado para aquellos —los personales— cuando se trate de consumidores, debiendo aplicarse el límite del 114.3 LH, para otros contratos con deudores no consumidores, para garantizar la seguridad jurídica<sup>2</sup>:

«En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el artículo 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que varíemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que “resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual,

que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual”.

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado».

Buena es la intención del Alto Tribunal: «fijar un criterio objetivo» con respecto a los intereses de demora, pero ¿no podría haber sido el ya legalmente establecido, o esperar a una modificación legal? Considero que esta sentencia puede introducir más discordancia y mayor inseguridad, ya que al establecerse un nuevo límite diferente del legal para los préstamos hipotecarios, nadie está libre de, cumpliendo con la legalidad vigente, incluir una cláusula abusiva porque supere de forma gravosa el interés remuneratorio. Bien está que se fije un límite objetivo, pero que lo haga ya el legislador, pues de otro modo, lejos de conseguir seguridad jurídica, creo que puede aumentarse lo contrario.

La DGRN en su Resolución de 19 de octubre de 2016, guiada por la STS que se acaba de comentar, aplica el mismo criterio y entiende que el Registrador puede rechazar la inscripción de una cláusula de interés de demora superior a dos puntos del interés remuneratorio que, además, aplica retroactivamente a un préstamo hipotecario concertado con anterioridad a la publicación de la Sentencia del Supremo, y con un consumidor, por ser abusiva, y al actuar la abusividad con carácter *ipso iure*, sin necesidad de previa declaración judicial. El Registrador puede rechazar esa cláusula directamente al apreciarla, pues entra dentro de su ámbito de calificación, ya que el Supremo ha fijado expresamente ese criterio objetivo. Y como consecuencia del principio de efectividad del Derecho comunitario en materia de derecho de consumidores, el Registrador debe abstenerse de colaborar en la aplicación de cláusulas abusivas cuando existan bases objetivas para considerarlas como tales, como la existencia de Sentencias reiteradas del TS o una Sentencia con valor de jurisprudencia o interés casacional. En este caso, se aduce que ya han sido dos las Sentencias del Alto Tribunal en idéntico sentido —22 de abril de 2015 para préstamos personales y la de 3 de junio de 2016 para los hipotecarios—, sin embargo, creemos que la diferencia entre un préstamo personal y uno hipotecario a estos efectos es suficiente para discrepar con esta postura.

A mi entender, estas últimas resoluciones no hacen sino introducir inseguridad a la hora de la contratación. Protegemos al consumidor, pero queda la duda de si una nueva sentencia puede cambiar el criterio objetivo para otro supuesto y si, además, cabe su aplicación retroactiva, nunca se tendrá la seguridad de que no se vuelva a cambiar el criterio (al que el acreedor debe adecuarse), volviendo a ser un interés abusivo. Y puede ocurrir que para prevenir esto, el acreedor trate de paliar el riesgo que supone para él, con un mayor tipo de interés remuneratorio que perjudique al deudor.

Abogamos por establecer un criterio objetivo en cuanto al límite máximo de los intereses moratorios legalmente establecido —aunque parece que ese es uno de los objetivos de las nuevas reformas que se vislumbran<sup>3</sup>—, para introducir plena seguridad jurídica, así como las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios que superen esos límites, pues también hay dudas en este sentido respecto a esas consecuencias, como ha planteado el Tribunal Supremo en una cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante el reciente Auto de 22 de febrero, donde se plantea si la declaración de abusividad de dicha

cláusula debe suponer, como pretende el recurrente, que el préstamo dejase de devengar interés alguno<sup>4</sup>.

Habrá que esperar a la resolución de dicha cuestión prejudicial, y mientras tanto, más incertidumbre...

## 2. CLÁUSULAS SOBRE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El pacto de vencimiento anticipado, añadido a un préstamo hipotecario, supone que el acreedor se reserva la facultad de dar por vencido el crédito y adelantar la ejecución hipotecaria si se produce el incumplimiento de la obligación principal o incluso de algunas obligaciones accesorias del contrato. La validez de dichas cláusulas ha sido puesta en entredicho por la doctrina e incluso jurisprudencia en distintas ocasiones, si bien, mayoritariamente, se han admitido con base en el artículo 1255 del Código Civil y el 1127 del Código Civil que permitirían establecerlas de mutuo acuerdo entre las partes. Pero, de nuevo, cuando el deudor es un consumidor y el prestamista un profesional, estas cláusulas se someten a la legislación de protección de los consumidores que, normalmente, no ha negociado con su banco las mismas, por lo que se sitúan en el punto de mira del control de abusividad.

Una vez más, la Sentencia Aziz, del TJUE, abordó estas cláusulas, y consideró que el derecho español era contrario al Derecho de la Unión Europea (Directiva 13/1993), al permitir determinadas cláusulas de vencimiento anticipado por impagos de menos de tres cuotas. De este modo, se introdujo una modificación en el artículo 693 LEC, en virtud de la cual, a partir de ese momento, solo se podría iniciar la ejecución hipotecaria ante un impago de las cuotas de tres meses, tratando de minorar así el vencimiento anticipado existente entonces por una sola cuota impagada, que pasará a considerarse abusivo. Es decir, tras esa Sentencia y la correspondiente modificación legal se consideran abusivas aquellas cláusulas que admitían el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario con consumidores por impago de menos de tres cuotas, siendo adecuadas aquellas que establecieran como condición del vencimiento anticipado, tres o más plazos.

Sin embargo, la STJUE de 26 de enero de 2017 vuelve sobre esta cuestión, y lo que era ya una práctica habitual, considerándose aceptable solicitar un vencimiento anticipado provocado por un incumplimiento de tres, cinco o más plazos impagados, pues supera lo establecido en la LEC, se le da una nueva vuelta de tuerca, poniendo el énfasis, no en la ejecución del vencimiento en sí, sino en la literalidad de la cláusula. De forma que, aunque se instara el vencimiento tras el impago de siete cuotas, si en el contrato de préstamo hipotecario la cláusula de vencimiento anticipado se hacía depender del impago de una cuota, al ser abusiva, podía oponerse en ejecución, y apreciarse por el Juez de oficio, y declarar su abusividad, eliminándola del contrato e impidiendo, en definitiva, la ejecución pretendida, pues había sido la causa de la misma.

El Tribunal Europeo afirma que «dado que el Juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin estar facultado para variar su contenido, las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula no pueden depender del hecho de que la misma se aplique o no en la práctica».

Por ello, aunque el profesional iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria por impago de siete mensualidades y no cuando se produjo la falta de abono de cualquier cantidad adeudada, como le facultaba la cláusula en cuestión,

no exime al Juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

En consecuencia, la Directiva 93/13 se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional que prohíba al Juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado a declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la aplica, sino que observa los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

En definitiva, el Juez que constata de oficio el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado, debe declarar su nulidad, dejar de aplicarla, y como consecuencia se pone fin a la ejecución, aunque el banco no la haya aplicado y no la haya puesto en práctica.

Esto mismo, se defiende en el Auto 455/2016 de 15 de diciembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sabadell, que cambia el criterio existente hasta ahora, de no considerar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado, solo por su contenido, sino atendiendo fundamentalmente al ejercicio —a la práctica— que de la misma hace el acreedor. A partir de ahora hay que examinar la «abusividad intrínseca de la cláusula», con independencia del ejercicio que se haga de ella por el prestamista y con independencia de que se adapte ese ejercicio a la legalidad vigente (no anticipar antes de tres impagos). Y ello es así porque dicha cláusula —en su literalidad— «conlleva un grave desequilibrio en las obligaciones en detrimento del consumidor».

Estamos de acuerdo con que la abusividad de las cláusulas hay que deducirlas de su redacción, pues han sido predispuestas y pre redactadas por la parte más fuerte, en este caso prestamista, y en ellas se manifiesta la voluntad del mismo. Luego, para atender y proceder a declarar el carácter abusivo, o no, de una cláusula hay que examinar su contenido, y si es abusivo, declararlo. Sin embargo, tampoco podemos olvidar que el control de abusividad se establece para proteger al consumidor y evitar prácticas abusivas por parte del predisponente.

El propio TJUE, en su famosa Sentencia —entre muchas otras—, de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), establecía los criterios generales para interpretar si una cláusula es abusiva, y estos descansan, como dice el artículo 3 de la Directiva, en comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y por otro lado, si este desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual. Si bien, estos criterios abstractos (desequilibrio contractual y buena fe) hay que ponerlos en relación con el caso y circunstancias concretas en cada supuesto (naturaleza y objeto del contrato, momento de celebración...); sin que se puedan establecer de forma general, correspondiendo al juzgador nacional analizarlos en cada caso, comparándolo con lo que su legislación establece.

Pues bien, si ese control debe hacerse en el caso concreto, con respecto a un contrato específico, poniendo en relación esa cláusula con las especiales características del contrato en el que se inserta, si se trata de una cláusula de vencimiento anticipado, debe examinarse si esa facultad «está vinculada a un incumplimiento esencial y grave del consumidor de su obligación de pago en relación con la duración y cuantía del préstamo, y si constituye una excepción con las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones específicas» (STJUE de 26 de enero de 2017).

En consecuencia, si examinamos el «ejercicio», la puesta en práctica de la cláusula en ese caso concreto, donde el deudor había dejado de pagar hasta siete plazos, este incumplimiento ha de considerarse grave, con respecto a la

legislación general, y en comparación con otros supuestos de incumplimientos de obligaciones de trato sucesivo, —vgr. arrendamiento y desahucio, resolución por incumplimiento...— y por tanto, no se ha producido un abuso con respecto al deudor consumidor. No puede inferirse que el acreedor haya abusado de su posición dominante, ni que haya perjuicio por desequilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor, pues la realidad es bien distinta al no poder ejecutar la garantía dada el acreedor, no poder cobrar lo que se le debe, cuando ha habido un incumplimiento reiterado por el deudor. ¿Desequilibrio en detrimento de quién?

Si no hay desprotección del consumidor, no entendemos que, en aras a una mayor protección a este, se anule la cláusula que no ha producido perjuicio alguno.

Si no hay verdadero desequilibrio de prestaciones en detrimento del consumidor, no consideramos que deba ser abusiva.

### 3. CLÁUSULAS SUELTO

Sobre estas cláusulas que limitan la bajada del tipo interés remuneratorio en un préstamo hipotecario a interés variable, aunque el tipo de referencia siga bajando, se han escrito ríos de tinta<sup>5</sup>.

Todo empezó con la STS de 9 de mayo de 2013 donde se declaró la licitud de dichas cláusulas, si bien, podían considerarse abusivas por falta de transparencia, cuando el deudor consumidor no hubiera podido comprender el significado y alcance de las mismas. De esta forma, el Alto Tribunal, en una Sentencia cuanto menos «alambicada», conseguía declarar su abusividad, y por lo tanto su nulidad en los préstamos hipotecarios que las contuvieran. No obstante, no se atrevió a ser consecuente con esa declaración de nulidad —siempre con efectos *ex tunc*— o no quiso hacerlo en aras de la seguridad jurídica y tranquilidad en el panorama económico del momento; por eso, determinó que, aunque eran abusivas y por tanto nulas y debían expulsarse del contrato, debiendo restablecerse las prestaciones al momento de la contratación (devolviendo los bancos todo lo que hubieran cobrado de más si no hubiera existido dicha cláusula), no procedían esos efectos retroactivos propios de la nulidad. Declaró que no existía retroactividad y limitó los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de esas cláusulas hacia el futuro; de forma que solo debía abonarse lo indebidamente no pagado por la cláusula suelo desde la fecha de la Sentencia en cuestión (2013) y no desde que se contrató.

Con esta situación, consumidores afectados por la aplicación de esas cláusulas reclaman las cantidades que alegan haber pagado indebidamente a las entidades financieras a partir de la fecha de celebración de sus contratos de crédito. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, ante quienes se han planteado pretensiones de esa índole, planteó cuestión prejudicial en torno a si debía aplicarse de forma retroactiva —desde el inicio del préstamo— los efectos de la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, o solo a partir de 2013 como afirmó la STS de 9 de mayo, y si esto era compatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, en materia de protección a consumidores.

El TJUE en su ya famosa y archi comentada Sentencia de 21 de diciembre de 2016, sorprendentemente<sup>6</sup>, afirma que sí deben aplicarse retroactivamente estos efectos y que procede la devolución de todas las cantidades que debieron no

cobrarse desde la contratación del préstamo, pues de otro modo no se consigue la protección total del consumidor prevista en el artículo 6 de la Directiva 93/13. Considera que «el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la Resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula».

En concreto el Tribunal Europeo realizó las siguientes afirmaciones. Primero afirma que «De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes».

Y termina concluyendo en los párrafos 72 y 73 lo siguiente: «72. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.

73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la Resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)».

La verdad es que estamos de acuerdo con esta Sentencia europea porque si la cláusula es nula, lo es desde siempre, no se entiende el artificio que hizo el Supremo de considerar algo nulo con efectos temporales a futuro... Creo que es coherente lo que ha hecho este tribunal.

No obstante, la discrepancia no reside en la consecuencia de los efectos retroactivos de la nulidad —a mi modo de ver lógica—, sino de la propia calificación de abusivas de las cláusulas suelo, cuando son perfectamente admitidas y lícitas, basándose solo en una falta de transparencia. ¿Hemos ampliado el control de abusividad *ex post*, al control de incorporación *ex ante*? Creo que ahí reside el error mayor de esta resolución. Como ya dije en alguna otra ocasión<sup>7</sup>, el Tribunal Supremo, obsesionado con la nulidad de

estas cláusulas, busca el motivo donde fuere, y solo consigue encontrarlo en la falta de transparencia, haciendo una interpretación extensiva de lo que en puridad debe ser un control de abusividad de lo ya incorporado y aceptado en el contrato.

Si esto es así, de nuevo, mayor protección al consumidor, pero mayor riesgo de que ya no solo lo que ponemos en el contrato sea abusivo, si no que si no somos capaces de explicarlo debidamente antes del contrato, también será nulo. La abusividad se extiende a la fase precontractual...

Además, y como réplicas del terremoto provocado por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, empiezan a sucederse nuevas resoluciones de tribunales menores que siguen la nueva línea marcada. De este modo, por ejemplo, la Sentencia 39/2017, del JPI núm. 5 de L'Hospitalet de Llobregat, de 3 de febrero de 2017, aplica la doctrina del Tribunal Europeo sobre las cláusulas suelo a una cláusula similar a esta aunque no exactamente igual, pero que supone una limitación del tipo de interés del préstamo como en aquella. Como el deudor no fue suficientemente informado, y esta cláusula estaba en un contexto junto con otras informaciones y cláusulas que dificultaban su identificación, todo ello condujo a que el deudor «no percibiera la verdadera relevancia que podría tener en el funcionamiento del contrato», ordenando su nulidad, y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde el inicio.

Igualmente, la SAP de Badajoz de 16 de febrero de 2017 resuelve en apelación, aplicar la retroactividad total a la nulidad de la cláusula suelo, a pesar de que el Juzgado de Primera Instancia había concedido la retroacción «suave», a partir de la STS de 2013, y no desde la firma del contrato, y que el recurrente en apelación solo había reclamado esa retroacción limitada.

El Tribunal Supremo ha tenido que modificar igualmente la doctrina establecida en la STS de 9 de mayo de 2013, para adaptarla a la STJUE de diciembre de 2016 pasado, reconociendo la retroactividad total de la nulidad de la cláusula suelo. Lo ha hecho en la STS de 15 de febrero de 2017, rechazando un recurso interpuesto por el BBVA contra la SAP de Barcelona que declaró nula una cláusula suelo de un préstamo hipotecario firmado entre un consumidor y Unnim Banc (hoy BBVA). Aprovecha esta Sentencia para reiterar la doctrina del Tribunal Europeo y afirmar que la retroactividad limitada de la nulidad de la cláusula suelo impedía una protección total al consumidor.

También hay que señalar que en dos recientes Sentencias, el Alto Tribunal ha considerado no aplicable esta nueva doctrina al no ser el prestatario un consumidor, pues solo a estos, y en aras de su especial protección, debe aplicarse lo dispuesto en la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal Europeo sobre el control de abusividad o transparencia (STS de 20 y 30 de enero de 2017). De igual forma, se ha rechazado por el Tribunal Supremo (STS de 15 de febrero de 2017), la nulidad de una cláusula suelo cuando se probó que esta había sido negociada individualmente al ser el suelo pactado menor que el que normalmente ofrecía la entidad (Caja Rural Teruel) y por lo tanto no cabía su abusividad y falta de transparencia, al no ser una condición general no negociada ni impuesta por la entidad<sup>8</sup>.

Es de agradecer que no nos dejemos llevar por el espíritu protecciónista excesivo y se haga una perjudicial aplicación del derecho, obsesionados, a veces, por ir en contra de las entidades prestamistas. En cualquier caso, la abusividad por falta de transparencia por la no comprensión del deudor corre el riesgo, de nuevo, de convertirse en una posible causa de abusividad «particularizada».

#### 4. CLÁUSULAS SOBRE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Si hasta ahora hemos analizado una serie de cláusulas del préstamo hipotecario que se han ido declarando abusivas por los tribunales, y se ha ido restringiendo —en consecuencia— su incorporación al préstamo, suprimiendo circunstancias hasta ahora típicas del mismo, la cláusula que vamos a analizar ahora, desde mi punto de vista, es el punto definitivo para hacernos pensar en que la hipoteca, o el crédito hipotecario tal y como lo hemos entendido tradicionalmente, no es que esté limitado en su contenido, es que se puede estar convirtiendo en cosa distinta de la que era.

La cuestión que dio lugar a la SJM núm. 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016, que vamos a comentar, es la siguiente:

Se firma un préstamo hipotecario por un importe de 170.000 euros entre un profesional y unos adherentes consumidores en el que se incluyen dos cláusulas no negociadas: una estableciendo una garantía solidaria de un fiador, y en la otra se establecía la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de los deudores hipotecarios.

Se declara por el Tribunal que ambas cláusulas son abusivas, y por tanto nulas por falta de transparencia, ya que no superan el doble control de transparencia exigible: que sean legibles, entendibles y que el cliente sea plenamente consciente de las consecuencias económicas, patrimoniales y personales de dichas cláusulas. Añade el tribunal que «falta de información suficientemente clara de que se trate de un elemento definitorio del objeto principal». Y no es suficiente que el Notario lea el contrato, como control de transparencia, sino que es necesario que la información dada permita «tomar la decisión con pleno conocimiento de causa» garantizando la «comprensividad total de su importancia en el desarrollo del contrato».

Pues bien, y refiriéndonos ya solo a la cláusula en la que se expresaba la responsabilidad patrimonial ilimitada solidaria de los deudores, concluye el Tribunal que estos no entendieron el alcance y significado de esta cláusula que implica que, ante un incumplimiento y tras la ejecución de la hipoteca y el correspondiente lanzamiento de la vivienda que servía de garantía, si el valor obtenido en la subasta por aquella no alcanzara a cubrir la deuda, el acreedor puede seguir persiguiéndoles en vía personal hasta que cobre lo que se le adeuda.

Como no lo entendió ni comprendió el deudor, y fue impuesta sin negociación al cliente, esta cláusula es abusiva por falta de transparencia, por lo tanto nula, y debe eliminarse del contrato. Todo ello en virtud del artículo 3 de la Directiva 93/13 que afirma que se tendrán por no puestas aquellas cláusulas que pese a las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en detrimento del consumidor.

Como la responsabilidad ilimitada del deudor que se establece es la responsabilidad universal del deudor (1911 del Código Civil), y esto implica que responde de por vida con todos sus bienes presentes y futuros de sus deudas, esta responsabilidad personal es desproporcionada. Este es el argumento seguido en esta Sentencia.

¿Qué podemos decir aquí? En primer lugar, puede ser que la cláusula pre redactada es posible que no sea comprensible para el deudor, puede desconocer su alcance, porque no se le ha explicado suficientemente y, en este sentido, si esto se probara, puede haber un incumplimiento de los deberes de información que, incluso, puede suponer no superar el control de transparencia y ser abusiva<sup>9</sup>. Sería una causa formal de abusividad. Pero lo que no compartimos es que

sea abusiva porque suponga un detrimento importante para el deudor, al menos aisladamente considerada —cuestión distinta que no entra a analizar el tribunal es que estuviéramos ante un supuesto de sobregarantías al coincidir la hipotecaria y el fiador, y que se considerara abusivo por este motivo—.

El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, recogido en el artículo 1911 del Código Civil es un principio general de las obligaciones que significa precisamente eso: el deudor responde sus deudas con todos sus bienes presentes y/o futuros. Es un principio consagrado por nuestra jurisprudencia, legalmente regulado, y plenamente vigente. Opera con respecto a un deudor y sus obligaciones contraídas, como garantía de cobro del acreedor, pues todo deudor debe cumplir (deuda) y si no lo hace, ahí está su patrimonio para hacer frente a su incumplimiento (responsabilidad). Deuda y responsabilidad son los elementos del vínculo obligacional que sostienen la relación jurídica obligatoria, presentes ambos en todas las obligaciones contractuales y que no pueden disociarse más que en contadas ocasiones.

Pretender que un deudor que incumpla (no podemos olvidar que esta cláusula solo entra en juego si no devolviera el préstamo), no responda es difícil. Sería un supuesto de deuda sin responsabilidad, a modo de las deudas prescritas o de las obligaciones naturales, y esto no es así. Luego, eliminar, sin más, la responsabilidad del deudor sin pacto expreso y aceptada por el acreedor no es posible.

Esta responsabilidad universal del deudor se ve aumentada cuando se añade, como aseguramiento del pago de una obligación, un derecho real de garantía —tal y como hemos comentado al inicio de este trabajo—. Pues, en este caso, el acreedor tiene dos responsabilidades: la personal universal del deudor (que sigue siendo deudor, pues le prestaron un dinero que tiene que devolver), y la real derivada en este caso de una hipoteca, que recae sobre el propio inmueble que se ofrece como garantía. De tal forma que el acreedor puede elegir —ante el incumplimiento del deudor— entre dirigirse frente a este en vía personal por el 1911 del Código Civil, o dirigirse en vía real frente al inmueble hipotecado, que sale a subasta. Pero, ambas responsabilidades son acumulativas y no excluyentes. La hipoteca aumenta la responsabilidad del 1911 del Código Civil, no la elimina, tal y como establece de forma clarísima el artículo 105 LH<sup>10</sup> y recuerda en sede de ejecución hipotecaria el 579 LEC<sup>11</sup>. No nos olvidemos de que la hipoteca es accesoria al crédito, subsistiendo este cuando aquella se extinga y con todas sus consecuencias.

Podría pactarse esa limitación de responsabilidad entre las partes siempre que el acreedor así lo admitiera, pero esto no suele ocurrir porque al acreedor no le interesa limitar la garantía, puesto que ve disminuidas sus posibilidades de cobro y en consecuencia no consiente a la misma. Pero esta situación es posible y está prevista en el artículo 140 LH que, precisamente, es excepcional porque limita la responsabilidad en un crédito garantizado con hipoteca a la real, eliminando la personal propia del deudor. Si no se pacta expresamente esta cláusula —repito eso es posible, pero hay que hacerlo expresamente porque la regla general es la contraria—<sup>12</sup>, conviven las dos responsabilidades.

Luego, el establecer una cláusula que recoja la regla general, que es la convivencia de las dos responsabilidades, en ningún caso creo que pueda resultar abusivo por desequilibrio contractual para el consumidor. El actuar conforme a un principio general del derecho de obligaciones, válido, lícito y aplicable siempre, no puede constituir un abuso de derecho, como ya ha dicho el TS en otras ocasiones similares<sup>13</sup>. No puede por tanto suponer abusividad. Otra cosa es que decidamos que este principio general de la responsabilidad patrimonial universal deba cambiarse,

o suprimirse, y que cuando coincida con una garantía real deba eliminarse, para proteger a la parte más débil. Pero mientras no cambiemos el Código Civil, esto no puede ser así, y no puede entenderse como abusivo lo que es lícito y normal.

Otra cuestión, como hemos indicado al principio, sería que fuera abusivo por falta de comprensión de su alcance por el deudor, por falta de transparencia. Es cierto que el deudor consumidor puede no comprender este extremo porque no se le haya informado, pero considero que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, y el no conocer el 1911 del Código Civil, el 105 LH y 579 LEC, no va a eximir de que se apliquen. Podría, como se ha hecho, declararse nula por falta de transparencia esta cláusula, y eliminarse del contrato pero entiendo que, aunque la eliminemos, si no se ha pactado expresamente en contra, subsisten los preceptos citados que no son sino concresciones de un principio general de derecho y, en consecuencia, llegado el caso, podrían aplicarse y un juez, en su buen actuar basado en el principio de *iura novit curia*, no podría desconocer, ni impedir, que el acreedor siguiera persiguiendo al deudor ejecutado en vía personal, si el inmueble no fue suficiente para satisfacer la deuda.

Es decir, no comparto la abusividad de la cláusula de responsabilidad ilimitada del deudor en un préstamo hipotecario basada en un desequilibrio del consumidor, pues es la regla normal y consecuencia del principio del 1911 del Código Civil; y aunque pudiera ser abusiva por falta de transparencia —cuestión que entiendo que podría ocurrir, aunque con los recelos ya señalados—, su expulsión noaría en ningún caso significar su inaplicación, cuando se produjeran los supuestos previstos en la ley para su aplicación.

Lo contrario, entender que es abusiva esta cláusula, que debe ser nula, eliminarse del contrato e inaplicarse, iría en contra de nuestro propio ordenamiento, eliminaría la responsabilidad universal del deudor, suprimiendo un principio general de derecho. Disminuirían las garantías del acreedor y, en consecuencia, podría producir una reducción en la concesión de créditos, o provocar créditos más caros con el perjuicio consiguiente para el consumidor. Pues todo ello generaría, en definitiva, inseguridad jurídica, al quedar los acreedores ante la incertidumbre de cobro, y tratar de repercutir tal inseguridad en los consumidores, mediante préstamos más caros.

Creo que esta Sentencia, si pretende inaplicar el principio de responsabilidad universal del deudor, sí que es generadora de inseguridad jurídica y por lo tanto rechazable. Si solo pretende eliminar una cláusula no negociada por falta de transparencia, sin eliminar el 1911 del Código Civil, no atentaría contra la seguridad jurídica pero, en este caso, esa cláusula sería totalmente intrascendente, lo que no justificaría entonces su declaración de abusividad. En este sentido, deduzco, con toda la cautela necesaria, que lo que se pretende es inaplicar el 1911 del Código Civil y cambiar la garantía hipotecaria, limitando la responsabilidad: excluyendo la responsabilidad personal, y dejando solo la real.

Si esto es así, supone una alteración notable de lo establecido y comúnmente admitido en nuestro ordenamiento y, en consecuencia, nos planteamos el cambio profundo que está sufriendo la garantía hipotecaria a través de la doctrina jurisprudencial, y el aviso de cambio normativo exigible que esto supone.

### III. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES

I. Las sucesivas resoluciones judiciales están cambiando el derecho real de hipoteca a juzgar por las últimas decisiones emitidas que establecen:

II. La garantía hipotecaria no puede cubrir más intereses de demora que los que los juzgadores consideren oportunos en cada caso concreto, sin que sea suficiente para no considerar esa cláusula de intereses moratorios como abusiva que cumpla lo que al respecto establece la ley.

III. De igual forma, no es posible un vencimiento anticipado del préstamo garantizado con hipoteca, ni aun cuando se respeten los tres vencimientos que la ley exige, pues puede perjudicar al deudor y en consecuencia declararse abusivo.

IV. Las cláusulas suelo del préstamo hipotecario son abusivas por falta de transparencia y deben eliminarse de los contratos y devolverse al deudor lo indebidamente cobrado por ellas, en una ampliación extensiva de la abusividad, que ahora también se controla *ex ante*.

V. La hipoteca debería excluir la responsabilidad patrimonial universal del deudor pues una cláusula que la incluya es abusiva, por causar desequilibrio importante para el consumidor que debe responder personalmente del préstamo hipotecario durante toda su vida. Y esto contradiciendo lo que dispone la ley en artículos 1911 CC, 105 y 579 LEC.

VI. Ante estas novedades, y siempre en aras de la protección al consumidor como consecuencia del Derecho comunitario, nos planteamos si la hipoteca es lo que era, o está trasmutando a una garantía real muy distinta, a saber: limitada al bien, con difícil ejecución, con una limitación de intereses moratorios cubiertos con la misma, sin posibilidad de vencimiento anticipado y sin posibilidad de establecer cláusulas suelo que no entienda el deudor, y siempre sometida a una posible abusividad de sus cláusulas por la no comprensión por el deudor consumidor.

VII. ¿Ha llegado la hora de cambiar nuestra legislación sobre la garantía hipotecaria? Creo que sí. Si no lo hacemos, y establecemos nuevas reglas de juego, correremos el riesgo de estar cada día a merced de las nuevas resoluciones judiciales que nos den «nuevos avisos y sorpresas», disminuyendo las garantías del acreedor, generando, en consecuencia inseguridad jurídica.

VIII. Y esa inseguridad jurídica, no duden ustedes que se volverá contra el consumidor «super protegido», ya que a más inseguridad, menos colocación de capitales y menos concesión de crédito, y el que se conceda será mas caro. Luego, el consumidor se verá con problemas de acceso al crédito y, en definitiva, lo que se inicia como una loable protección al consumidor, se puede volver contra él como un boomerang. Estemos atentos, y adelantémonos a esto con los cambios legislativos pertinentes que ya se están reclamando a gritos.

Si las reglas de juego actuales parecen no suficientes, cambiémoslas, pero de forma general y objetiva no dependiendo del caso concreto que solo genera inseguridad jurídica.

#### IV. RESOLUCIONES CITADAS

##### TRIBUNAL JUSTICIA EUROPEO

- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 26 de enero de 2017

##### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 4 de noviembre de 1994

- STS de 8 de mayo de 1996
- STS de 5 de mayo de 1997
- STS de 19 de febrero de 1999
- STS de 18 de enero de 2000
- STS de 16 de febrero de 2006
- STS de 25 de septiembre de 2008
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- SSTS de 20 y 30 de enero de 2017
- STS de 15 de febrero de 2017
- Auto TS de 22 de febrero de 2017

#### TRIBUNALES INSTANCIA Y PROVINCIAL

- SJPI núm. 5 de L'Hospitalet de Llobregat, 3 de febrero de 2017
- Auto Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sabadell, 15 de diciembre de 2016
- SJM núm. 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016
- SAP de Badajoz de 16 de febrero de 2017

#### DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO

- RDGRN de 19 de octubre de 2016

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, F. (2017). Necrológica del artículo 114.3 LH. *Revista de Derecho vLex*, núm. 152, enero. 1-14.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, (Ejemplar dedicado a: Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del Derecho de consumo), 98-115.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016). La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable. En: C. Callejo Rodríguez, A. I. Berrocal Lanzarot, M. de la Sierra Flores Doña (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (453-478).
- GIL, F. (2017). Cláusulas suelo: retroactividad y su impacto en la Banca Española. *Diario La Ley*, núm. 8926.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2013). Presente y futuro de la garantía hipotecaria. *RCDI*, núm. 735, 19-35.
- GÓMEZ, J. (2017). Los casos de Josu Gómez: El lío de las cláusulas suelo. *Diario La Ley*, núm. 8909.

- LORENTE HOWELL, J. L. (2015). La problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo con arreglo al Código Civil. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 911, 10 y sigs.
- MAGRO SERVET, V.: Consecuencias de la Sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas: retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. *Diario La Ley*, núm. 8901, 2017.
- MARQUÉS MOSQUERA, C. (2014). Las cláusulas suelo. *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: La protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria), 251-266.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año núm. 33, núm. 133, 295-344.
- ORDUÑA MORENO, F. J. (2014). Las cláusulas suelo: el control de trasparencia. En: L. Díez Picazo (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. 2, (Volumen II). Cizur Menor: Thomson-Reuters. Aranzadi. (pp. 2363-2377).
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). El inacabable debate sobre las cláusulas suelo: el turno del TJUE. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 95-101.
- SÁNCHEZ LERÍA, R. (2016). Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios: ¿una cuestión de transparencia? En: C. Hornero Méndez, M. Espejo Lerdo de Tejada, F. Oliva Blázquez, J. P. Murga Fernández (Coords.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, (509-530).
- TAPIA HERMIDA, A. J.: Cláusulas suelo: la retroactividad de las declaraciones judiciales de nulidad, por abusivas, de dichas cláusulas al momento de la contratación de los préstamos. *Diario La Ley*, núm. 8931, 2017.

## NOTAS

<sup>1</sup> Véase en este sentido a GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2013). Presente y futuro de la garantía hipotecaria. *RCDI*, núm. 735, 19-35. Este autor subraya esta idea, afirmando que, por ejemplo, la hipoteca queda paralizada y sometida a las vicisitudes del concurso al menos durante el periodo temporal del año siguiente a la declaración del concurso, así como la existencia de otros «cercenamientos modernos de la hipoteca» como los créditos privilegiados que prevalecen ante la hipoteca como el caso del artículo 32 Estatuto de los Trabajadores, o la afección del piso a los gastos de comunidad en propiedad horizontal.

<sup>2</sup> En este sentido, se está produciendo como ya ha dicho algún autor la muerte del 114.3 LH, de reciente reforma y vigor. Véase, ADAN DOMENECH, F. (2017). Necrológica del artículo 114.3 LH. *Revista de Derecho vLex*, núm. 152, enero. 1-14.

<sup>3</sup> Parece que el ministro de Justicia ha iniciado conversaciones con el Consejo General del Notariado, y el Colegio de Registradores para llevar a cabo una serie de reformas legales, a través de un «código de mejores prácticas», y fijar por ley tipos de intereses de demora máximos acomodados a la doctrina del TS y derecho de la Unión. Comunicado del Ministerio de Justicia de 14 de febrero de 2017. Disponible en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428231374?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D170214\\_Reunión\\_con\\_el\\_Colegio\\_Oficial\\_de\\_Registradores.pdf&blobheadervalue2=1288794693843](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428231374?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D170214_Reunión_con_el_Colegio_Oficial_de_Registradores.pdf&blobheadervalue2=1288794693843)

<sup>4</sup> Cuestión prejudicial del Tribunal Supremo ante el TSJUE, mediante Auto de 22 de febrero de 2017, donde se plantean las siguientes cuestiones:

«1a) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de

un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?

2a) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

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

<sup>5</sup> Véase IZQUIERDO TOLSADA, M. (2017). La Sentencia europea sobre las cláusulas suelo. Crónica de una muerte anunciada. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 926, 11-11; GIL, F. (2017). Cláusulas suelo: retroactividad y su impacto en la Banca Española. *Diario La Ley*, núm. 8926; GÓMEZ, J. (2017). Los casos de Josu Gómez: El lío de las cláusulas suelo. *Diario La Ley*, núm. 8909; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). El inacabable debate sobre las cláusulas suelo: el turno del TJUE. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 95-101; LORENTE HOWELL, J. L. (2015). La problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo con arreglo al Código Civil. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 911, 10 y sigs.; MARQUÉS MOSQUERA, C. (2014). Las cláusulas suelo. *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: La protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria), 251-266;

ORDUÑA MORENO, F.J. (2014). Las cláusulas suelo: el control de trasparencia. En: L. Díez-Picazo (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 2, (Vol. II). Cizur Menor: Thomson-Reuters. Aranzadi. (2363-2377); MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año núm. 33, núm. 133, 295-344; ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016). La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable. En: C. Callejo Rodríguez, A. I. Berrocal Lanzarot, M. de la Sierra Flores Doña (Dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (453-478); SÁNCHEZ LERÍA, R. (2016). Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios: ¿una cuestión de transparencia? En: C. Hornero Méndez, M. Espejo Lerdo de Tejada, F. Oliva Blázquez, J. P. Murga Fernández (Coords), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, (509-530); CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º6, (Ejemplar dedicado a: Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del Derecho de consumo), 98-115.

<sup>6</sup> En cuanto que las conclusiones del Abogado General de la Curia afirmaban lo contrario, y confirmaban los efectos limitados de la nulidad declarados por el Tribunal Supremo, pero no en cuanto a que los efectos normales de la nulidad sean *ex tunc*.

<sup>7</sup> Véase, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013. *RCDI*, núm. 739, 3440-3456.

<sup>8</sup> En esta Sentencia el TS afirma que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida cláusula suelo, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial». De igual forma se subraya el papel fundamental de los Notarios en el control de transparencia, pues ellos pueden cerciorarse de la transparencia de la cláusula y terminar de cumplir con las exigencias de explicar al cliente las circunstancias del contrato, derivadas de los deberes de información que subyacen al deber de transparencia.

<sup>9</sup> Sirviendo también aquí la crítica que hemos hecho antes a la falta de transparencia y comprensión del deudor como causa de abusividad.

<sup>10</sup> Artículo 105 LH:

«La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil».

<sup>11</sup> Artículo 579 Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados

«1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

<sup>12</sup> El artículo 140 LH es claro cuando afirma que para pactarse la limitación de la responsabilidad hipotecaria debe «pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria», de donde se extrae la necesidad de su incorporación expresa en la escritura sin que pueda deducirse, sin más, de las intenciones de las partes contratantes. Es lógico que así sea pues la responsabilidad universal del deudor es un principio general.

<sup>13</sup> El TS ha entendido que no puede alegarse enriquecimiento injusto cuando el acreedor persigue al deudor en vía personal tras la ejecución hipotecaria, ni que exista abuso de derecho cuando eso está previsto en la propia ley. Por ejemplo, en la STS de 16 de febrero de 2006, en la que ante los mismos o parecidos hechos, sostenía que no puede considerarse que por adjudicarse al acreedor la finca hipotecada, se haya satisfecho el crédito del acreedor, alegando que lo contrario sería un enriquecimiento injusto o sin causa para este, pues «no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación, sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado (STS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994, 19 de febrero de 1999, entre otras muchas). Por otra parte, y frente al argumento que se esboza de que continuar la ejecución supone un abuso de derecho, la STS de 8 de mayo de 1996, que expresamente afirma que «no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos...y por tanto no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncia a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial».

En el mismo sentido, la STS de 25 de septiembre de 2008, afirma que «tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso del derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquél. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 LH la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a los que dispone el artículo 105 LH y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor»; y concluye por tanto diciendo que como no se concertó dicho pacto excepcional, debe aplicarse la regla general, no se altera la responsabilidad universal del deudor del 1911 del Código Civil, y por tanto, puede seguirse la ejecución.