

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios

*European Court of Justice Doctrine
on the examination of mortgage loans
for unfair clauses*

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado.

Vocal permanente de la Comisión General de Codificación
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)

RESUMEN: La importancia de la calificación registral se justifica en la necesidad de depurar de cláusulas abusivas el título ejecutivo en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que es el asiento registral o, dicho de otra forma, los pactos de la escritura de préstamo hipotecario que han sido objeto de inscripción (art. 130 LH). Solo una depuración rigurosa de las cláusulas abusivas justifica la limitación de las causas de oposición.

En su calificación de la posible nulidad por abusivas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios, el registrador tendrá en cuenta la Directiva 93/13/CE, que establece una serie de cláusulas abusivas nulas por abusivas (lista negra de la Disposición Adicional primera) recogidas en la actualidad en el Real

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Entre ellas están a partir de la Ley 1/2013, los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero en los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual y otras muchas que se han estudiado en este trabajo, por ser claramente contrarias a una norma imperativa o prohibitiva.

La doctrina del TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, ha afirmado la posibilidad de rechazo *in limine litis* de las cláusulas abusivas. Y ha recordado el deber de actuación positiva de las autoridades públicas para cumplir la Directiva 93/13/CE sin esperar a que exista sentencia judicial cuando se trata de cláusulas abusivas en condiciones generales. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado esta evolución legitimando la calificación registral de las cláusulas abusivas contrarias a norma imperativa o prohibitiva.

La posición de la DGRN ha obtenido un claro respaldo por la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de septiembre de 2013, que señala que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras de préstamos o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente. Se apoya en la legislación de la UE, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y en los artículos 552 y 695 de la LEC, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución, debiendo negar su colaboración con títulos jurídicos que sean evidentemente nulos.

ABSTRACT: In foreclosure matters, examination by a registrar is important, because unfair clauses must be precluded from the enforcement order; and in Spain the enforcement order is the registration entry or, to put it another way, the registered terms of the deed formalizing the mortgage loan (Spanish Mortgage Act, section 130). Only the vital importance of meticulously eliminating unfair clauses justifies limiting the grounds on which an applicant may object to the registrar's findings.

When examining a mortgage loan for unfair clauses that might make the loan invalid, a registrar will bear in mind Directive 93/13/EEC, which lists a series of clauses whose unfairness renders them invalid (the blacklist in additional provision one, now included in Royal Legislative Decree 1/2007 of 16 November passing the revised Consumer and User Defence Act). As of the entry in force of Act 1/2013, the clauses that are clearly invalid by reason of their unfairness include clauses demanding interest at more than three times the statutory interest rate for late payment on mortgage loans for the purchase of a primary residence and many other clauses examined in this article that are clearly contrary to imperative or prohibitive rules or regulations.

The doctrine established by the Court of Justice of the European Union in its judgments of 14 June 2012 and 14 March 2013 affirms that unfair clauses

can be rejected in limine litis. Moreover, it reminds the public authorities of their duty to take positive action to comply with Directive 93/13/EEC without waiting for a court judgment on cases of unfair clauses in general conditions. The Spanish Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has confirmed the evolution of doctrine in this direction by recognizing the legal standing of registrars' examinations of unfair clauses that are contrary to imperative or prohibitive rules or regulations.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea; Cláusulas abusivas; Hipoteca.

KEY WORDS: European Union law; unfair clauses, mortgage.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012.—III. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MAYO DE 2013.—V. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO.—VI. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DGRN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.—VII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CALIFICABLES POR EL REGISTRADOR.—VIII. VALIDEZ DEL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha cambiado radicalmente el panorama en orden a determinar el ámbito de la calificación de las cláusulas abusivas dentro de los contratos de consumo y en particular en los préstamos hipotecarios. Destacaremos dos principalmente, que sancionan la posibilidad de calificación *in limine litis* —antes de que exista contienda judicial— de las cláusulas abusivas, contrarias a la Directiva 93/13/CEE, reforzando así la posición del juzgador e indirectamente de otras autoridades públicas —como el registrador de la propiedad—, que son las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013.

En efecto, la doctrina del TJUEC recogida en estas sentencias está íntimamente relacionada con el ámbito de la calificación de los registradores de la propiedad y mercantiles en relación a las cláusulas abusivas, al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y del artículo 84 del Texto Refundido de la

Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y ha respaldado la más reciente posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado que sanciona la facultad —y el deber— de los registradores de rechazar cláusulas que sean nulas por abusivas, sin necesidad de que exista un pronunciamiento judicial previo.

II. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012

En primer lugar la sentencia del TSJUE, de 14 de junio de 2012, dictada en el procedimiento C-618/2010 —el llamado caso BANESTO—, dilucidó la cuestión prejudicial formulada por la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la posibilidad de que un juez pueda rechazar *in limine litis* (y por tanto sin necesidad de oposición del deudor) una cláusula de interés de demora contenida en un contrato de financiación a consumidor. En concreto se trataba de un contrato de financiación a comprador de bienes muebles a plazos, en el que se estipulaba un tipo de interés de demora del 29 por 100. La Audiencia conocía de este contrato en apelación contra un auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, dictado en un juicio monitorio en el que no había habido siquiera oposición por el deudor, y en el que el juez había desestimado la pretensión de la entidad acreedora por estimar que contenía una cláusula abusiva.

La Audiencia Provincial de Barcelona planteó al TJUE si existe esa posibilidad de rechazo *ad limine litis* de las cláusulas que puedan ser abusivas y por tanto antes de que exista una declaración judicial de nulidad en procedimiento adecuado. Se cuestionaba si podría ser incluso obligatorio por el juez realizar ese rechazo. En concreto preguntó al TJUE si es o no contrario al Derecho comunitario, en especial respecto al Derecho de consumidores y usuarios, que un órgano judicial nacional eluda pronunciarse de oficio e *in limine litis* y en cualquier fase del proceso, sobre la nulidad o no y la integración o no de una condición general de la contratación contenida en un contrato de préstamo a un consumidor y si el Tribunal puede optar, sin alterar los derechos del consumidor de la legislación comunitaria, por deferir el análisis de tal cláusula a la iniciativa de la parte deudora mediante la oportuna oposición procesal.

El Tribunal de Justicia recuerda que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Y que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la

naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

En este contexto, declaró que un régimen procesal como el español que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CE.

A raíz de esta consulta, la Audiencia Provincial de Barcelona declaró directamente la nulidad del tipo de interés de demora del 29 por 100 y desde entonces los jueces de instancia vieron reforzada la posibilidad de excluir directamente cláusulas abusivas sin necesidad de que existiera oposición por el deudor, aunque no siempre tuvieran el mismo criterio respecto de lo que se pudiera considerar o no como interés de demora abusivo. En ocasiones los tribunales de instancia han discrepado igualmente en cuanto a si ese mismo criterio es aplicable a los intereses ordinarios¹.

En rigor, los intereses ordinarios cuando han sido negociados, no pueden ser objeto de impugnación como cláusula abusiva, pues no existe condición general. En efecto, lo primero que debe discernirse es que estemos ante una condición general de la contratación, pues si está negociada no cabrá apreciar su nulidad conforme a la normativa de protección del consumidor. En este contexto en principio las cuestiones atinentes a los elementos principales del negocio, al haber estado negociados, no podrán considerarse abusivos. Es el caso del principal o del interés ordinario, donde deben regir las reglas generales de libertad contractual, sin perjuicio de la normativa sobre represión de la usura contenida en la Ley de Azcárate, de 23 de julio de 1908². Suponiendo que los intereses ordinarios estuvieran indebidamente en condiciones generales, sí que podría aplicarse el régimen jurídico de estas. En todo caso parece razonable que el tipo de interés en los intereses ordinarios tiene que ser inferior al pactado para los de demora, pues estos tienen un elemento de cláusula penal para caso de incumplimiento, mientras que los ordinarios suponen la retribución ordinaria del préstamo.

La doctrina del TJUE ha tenido otra importante consecuencia: la de aclarar que cuando se aprecia la nulidad de una cláusula abusiva, decae el pacto por entero, no siendo posible su integración como sí sería posible conforme a las reglas general de los contratos (*ex art. 1258 CC*). En efecto, considera la sentencia que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que

se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este 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. Por lo que debemos entender derogado el citado precepto contenido en el artículo 83 TRLDCU.

Cabe por tanto calificar *in limine litis* las cláusulas abusivas nulas, y en tal caso no cabe integración. Dicho de otra forma, no puede sustituirse el tipo de interés del 29 por 100 estipulado en condiciones generales por el 10 por 100 (máximo aplicable si se acepta que no puedan exceder de 2,5 veces el interés legal del dinero, actualmente en el 4 por 100). La cláusula es nula en su totalidad, sin posibilidad de integración judicial —y tampoco por el registrador lógicamente al inscribir, suponiendo que se tratara de un préstamo con garantía real—.

La nulidad de la cláusula es total, sin integración; pero lo que tampoco cabe es que la nulidad del tipo de interés de demora determine la nulidad del préstamo en su totalidad, sino solo de la cláusula relativa a aquél. En ocasiones los tribunales yerran al acordar la nulidad total del préstamo, con obligación tan solo de devolver el capital, pues la sanción de nulidad total solo está prevista en nuestro ordenamiento jurídico para el caso de interés usurario, conforme a la citada Ley de Azcárate, y no en la Ley de condiciones generales.

Finalmente debe quedar claro que la nulidad de la cláusula por contravenir la normativa de condiciones generales de la contratación, al ser parcial y no total —a diferencia de la nulidad total de préstamo cuando existe interés usurario— no puede determinar la nulidad de las garantías reales constituidas, en base al principio de accesoriedad, pues el préstamo debe subsistir sin la cláusula nula.

III. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013

La sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013³, en la cuestión prejudicial C-415/2011 —caso Aziz & CatalunyaCaixa— planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, debatió sobre la adecuación a la normativa comunitaria de determinados aspectos de nuestra ejecución hipotecaria. Se cuestionaba la validez de un pacto de intereses de demora del 18,75 por 100, del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de uno solo de los pagos por principal e intereses, la posibilidad de liquidación unilateral del saldo por la entidad financiera —al amparo del art. 153 y 153.bis de la LH—, y sobre todo la imposibilidad de alegar la abusividad de una cláusula determinante de la ejecución hipotecaria durante el proceso de ejecución.

En concreto se planteaban por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, las siguientes dudas sobre un pacto de ejecución de hipoteca contenido en escritura pública de préstamo hipotecario:

1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición, supone una limitación clara de la tutela del consumidor, por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una efectiva tutela de sus derechos.
2. Si infringen la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas y el artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que declara la nulidad por abusivas de las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, las siguientes cláusulas:
 - a) la posibilidad de vencimientos anticipados por incumplimientos en un periodo muy limitado y concreto en un contrato proyectado en un largo lapso de tiempo;
 - b) la fijación de intereses de demora, superiores al 18 por 100, que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo);
 - c) la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables debidos por el deudor, tanto ordinarios como moratorios, realizados unilateralmente por el prestamista, que vinculados a la ejecución hipotecaria no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya concluido el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

A pesar de que el deudor ejecutado no se opuso a la ejecución, a pesar de que ya se había producido el lanzamiento de la vivienda, y dentro de un procedimiento declarativo posterior (ante el Juzgado de lo Mercantil competente por tratarse de la invocación de nulidad de una condición general de la contratación), el juez planteó la cuestión prejudicial sobre estos extremos. El Reino de España inicialmente alegó la improcedencia del planteamiento de esta cuestión fuera del proceso de ejecución y que se trataba de una cuestión procesal sobre la que el TJUE no tendría competencia.

Sin embargo, la STJUE de 14 de marzo de 2013, aunque no pone en duda la adecuación al Derecho de la UE la existencia de títulos ejecutivos que fa-

vorezcan el cobro de las deudas, consideró que nuestro sistema de ejecución hipotecaria no se ajustaba a la normativa de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, al no permitir alegar la nulidad de las condiciones generales nulas por abusivas dentro del procedimiento de ejecución.

El TJUE no discute la validez del procedimiento ni la posibilidad de títulos ejecutivos que disminuyan las causas de oposición. Tampoco cuestiona la determinación unilateral del saldo. Pero sí que no se pueda alegar que existan cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario determinantes de la ejecución, y que esto pueda hacerse en el proceso de ejecución, así como que no puedan ser apreciadas de oficio por el juez⁴.

No era cierta del todo la afirmación de que no pudiera paralizarse la ejecución hipotecaria de la vivienda por existencia de cláusulas abusivas. Es verdad que las causas de oposición están limitadas en la ejecución hipotecaria (sustancialmente reducidas al pago o falsedad de la certificación), pues esta es una de las características propias de la ejecución de la hipoteca desde la implantación de un procedimiento judicial sumario para hacerla efectiva, ya desde la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909. Pero existía —y todavía sigue existiendo— la posibilidad de suspender la ejecución y evitar el lanzamiento si el deudor impugna la validez de la hipoteca y anota preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda de nulidad (vía art. 130 LH que en tal caso no permite cancelar como carga posterior la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca), lo que *de facto* produce esa paralización.

No obstante, dado que el TJUE considera que esta posibilidad es muy restringida, considera necesario establecer la suspensión de una manera más efectiva para evitar el lanzamiento injusto del deudor.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MAYO DE 2013

La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo también debe ser tomada en consideración lógicamente en esta materia, junto con la ya citada del TJUE.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, debe destacarse en sede de condiciones generales y cláusulas abusivas, pues analizó las controvertidas cláusulas suelo, que fijan un mínimo en los tipos de interés variable, planteándose si es necesario o no que exista una correlativa cláusula techo.

Las cláusulas suelo son verdaderos derivados financieros, que hacen trasladar el riesgo de la evolución de un subyacente al propio deudor o a un tercero, por lo que tienen gran trascendencia y muchas veces no son suficientemente informadas por la entidad prestamista ni suficientemente entendidas por el deudor.

Esta sentencia de gran interés, aborda los requisitos para ser condición general abusiva. Y recuerda que aunque cabe una transposición más rígida que la propia Directiva 93/13/CEE, esta en principio deja al margen de su ámbito de aplicación el objeto principal del contrato, como sería un pacto como el de la cláusula suelo. Por lo que no siendo condición general, no podría ser abusiva cuando la suscribe un consumidor. No obstante, recuerda la necesidad de que sea suficientemente informada. Lo importante es que haya verdadera inclusión de la cláusula suelo en el contrato, para lo cual se requiere el cumplimiento del criterio de transparencia. Dicho de otra forma, lo que hace nulas a estas cláusulas no es el desequilibrio o la inexistencia de una correlativa cláusula suelo sino la falta de información suficiente sobre los riesgos de la misma.

En este sentido, la Ley 1/2013, de 14 de mayo —a la que ahora nos referiremos— rápidamente acogió el criterio jurisprudencial, exigiendo para poder inscribir préstamos hipotecarios a personas físicas sobre vivienda o solares con cláusulas que establezcan un límite mínimo a la variabilidad de los tipos de interés, del tipo de cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; o en que se contrate al mismo tiempo un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés o que se conceda en divisas, debe constar expresión manuscrita en la escritura por la que el prestatario reconozca que se le ha advertido los riesgos derivados del contrato (art. 6 de la Ley 1/2013).

Este criterio también ha sido acogido por la doctrina de la DGRN, en cuya Resolución de 13 de septiembre de 2013, y revocando la calificación registral que la denegaba por no existir una correlativa cláusula techo, determina que las denominadas «cláusulas suelo» son, en principio válidas, siempre que su transparencia permita al consumidor conocer que es una cláusula definidora del objeto principal del contrato y de los riesgos.

«Así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo —dice la RDGRN, de 13 de septiembre de 2013— en la sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, en los siguientes términos: “256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. 257. No es preciso que exista equilibrio ‘económico’ o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—. 258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado

del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. 259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados —lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención—. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso”. En el presente caso, respecto de los concretos fundamentos jurídicos que expresa el registrador en la calificación impugnada, el primero de ellos no puede ser confirmado, pues —como se ha dicho anteriormente— la citada sentencia del Tribunal Supremo, número 241/2013, de 13 de mayo, considera que no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—. Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. En definitiva, el Alto Tribunal considera que las cláusulas suelo, al referirse al objeto principal del contrato —aunque no elemento esencial— tiene que cumplir con las obligaciones de transparencia pero no necesariamente tiene que figurar una cláusula techo como factor de equilibrio».

V. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, no solo sirvió para dar solución a las cláusulas suelo, sino para corregir las deficiencias de nuestro sistema procesal en orden a la alegación de causas abusivas en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, y su posible apreciación de oficio *in limine litis*, que había sido puesta de manifiesto por el TJUE. Se admite a partir de entonces, que no solo los jueces en virtud de la doctrina del TJUE pueden apreciar de oficio las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que la puedan alegar también los consumidores en la propia ejecución, a cuyo efecto se establece como nueva causa de oposición a la ejecución, sin necesidad de acudir a un juicio declarativo posterior.

Esta Ley ha ordenado la suspensión de los lanzamientos de vivienda habitual durante dos años en colectivos especialmente vulnerables. Ha mantenido

la doble acción personal y real en la ejecución de la hipoteca, de manera que ante la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la cantidad reclamada por el acreedor, puede este seguir la ejecución persiguiendo los bienes del deudor conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal. Sin embargo, ha reformado el artículo 579 de la LEC, de manera que si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del ejecutante, y se tratara de ejecución de vivienda habitual, se aplique una mora y al mismo tiempo una quita en favor del deudor, así como un derecho a participar en las plusvalías derivadas de la venta posterior del bien que pudiera realizar el acreedor ejecutante. Con ello se lograr equilibrar las críticas, sostenidas por los partidarios de la denominada dación en pago obligatoria, de que muchas veces las entidades financieras, tras haber perseguido los bienes del deudor, obtenían un enriquecimiento injusto⁵.

Existen otras medidas adoptadas por esta Ley 1/2013, derivadas de la doctrina del TJUE y basadas en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico hipotecario a la Directiva 93/13/CEE, dirigidas a la protección sobre todo de la vivienda habitual, como son las siguientes:

1. En la escritura de constitución de hipoteca sobre vivienda debe constar el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada (art. 21.3 de la LH, modificado por el art. 3.1 de la Ley 1/2013).
2. En toda hipoteca, sea o no de vivienda habitual, en la escritura deberá figurar el domicilio del deudor y el precio de subasta, que no puede ser inferior al 75 por 100 del valor de tasación realizada conforme a la ley de mercado hipotecario (art. 682 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013). A partir de ahora, la tasación por una entidad homologada es exigible no solo para las hipotecas sometidas al mercado secundario, sino para cualquier hipoteca que quiera gozar del procedimiento judicial de ejecución directa sobre bienes hipotecados, lo que es una medida tendente a que el precio de la subasta no quede por debajo de la realidad y para que el porcentaje de adjudicación a la entidad financiera a falta de postores no sea irrisorio.
3. En los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda se establece que:
 - 3.1. Los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (art. 114.3 de la LH, en la redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 1/2013).
 - 3.2. No cabe pacto de anatocismo en los intereses de demora (nada impide pactarlos en los ordinarios), es decir, que los intereses se acumulen al capital para devengar nuevos intereses de demora —con la única excepción de que sí se pueden pactar en el supuesto de insuficiencia del precio de remate para pagar el crédito

- del acreedor conforme al 579.2 LEC (art. 114.3 de la LH en la redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 1/2013)—.
- 3.3. El plazo de amortización de la hipoteca no puede ser superior a treinta años, cuando está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual, y la hipoteca se halla sometida a la Ley del Mercado Hipotecario (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de mayo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013).
 - 3.4. El importe del principal no puede exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado, cuando la hipoteca se halla sometida a Ley del Mercado Hipotecario. Si el bien hipotecado está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual no podrá exceder del 80 por 100 de dicho valor de tasación (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de mayo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013).
4. En cuanto a los pactos de vencimiento anticipado por impago de capital o intereses en todo tipo de préstamos hipotecarios, se establece que el impago de una cuota mensual no implica el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, siendo necesario que se produzca el vencimiento de tres plazos mensuales sin cumplimiento de la obligación de pago por parte de deudor o de un número de cuotas que supongan que dicho deudor ha incumplido su obligación por un plazo de al menos tres meses (art. 693 de la LEC, modificado por el art. 7.13 de la Ley 1/2013, de 15 de mayo).
 5. El pacto de venta extrajudicial ante notario solo es válido en las hipotecas para el caso de falta de pago del capital o de los intereses, no en otros casos de vencimientos anticipados; debe constar de forma separada; y solo es válido para hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, por tanto no a hipotecas de máximo (art. 129 LH en la redacción dada por el art. 3.3 de la Ley 1/2013).

VI. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DGRN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El control de la adecuación al Ordenamiento Jurídico de los contratos en general, y de los bancarios en particular, corresponde en última instancia al juez. Pero no cabe duda que también debe existir un control preventivo por parte de notarios y registradores. No solo porque es la razón de ser de su función, sino por expresa exigencia de la normativa de protección de los consumidores derivada de las directivas de la Unión Europea.

Ahora bien, tal control preventivo no debe impedir la introducción de nuevos productos financieros, en base al principio de libertad contractual, ya que supondría un entorpecimiento del desarrollo económico. No cabe considerar abusivas cláusulas en base a criterios generales de desequilibrio contractual, sin base en ninguna prohibición específica, ya que eso entorpecería la creación de nuevos productos financieros (baste pensar en la dificultad que tuvo la introducción en España de la hipoteca en garantía de crédito abierto, que en ocasiones se consideraba injustificadamente como una suerte de reserva de rango en beneficio de un acreedor determinado y en perjuicio de los demás).

La abstención de los notarios en la autorización de instrumentos públicos en los que se inserten cláusulas abusivas y su denegación por parte de los Registradores, caso de que se hayan incorporado al título, viene exigida por lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (anteriormente art. 10.6 del TR de 1984 en la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en transposición de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores) y se circunscribe a supuestos determinados. En concreto, tratándose de condiciones generales abusivas, los notarios y registradores deben rechazarlas en los tres siguientes casos:

- a) cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas (hoy en día contenida en los arts. 85 a 90 del TRDCU de 2007, antes Disposición Adicional primera de la misma Ley de 1984), de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas; la razón es que son nulas «en todo caso» y no cabe interpretación;
- b) cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace;
- c) cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme. El artículo 84 TRLDCU exige que se trate de sentencias que estén inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁶, pero lo cierto es que, en función de la doctrina del TSJUE, la Dirección General de los Registros y del Notariado lo ha ido extendiendo a toda sentencia judicial firme, esté o no inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 82 TRLDCU de 2007 —antes art. 10 bis de la LGDCU—, ya que corresponde al juez, en tales casos, declarar tal nulidad. Por supuesto, tampoco podrán considerar abusivas cláusulas contractuales negociadas individualmente o aquellas que integren el objeto del contrato —como pudiera

ser el precio en una compraventa o el tipo de interés ordinario en un préstamo puesto que han sido negociados⁷—.

Sobre la imposibilidad de que la calificación registral se extendiera a todo tipo de condiciones generales abusivas, se había pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 19 de abril de 2006 y otras posteriores entre las que podemos destacar la Resolución de 24 de julio de 2008. Esta última limitó exageradamente el papel de notarios y registradores en el control preventivo de las cláusulas abusivas y entendió que tras la Ley 41/2007, que reformó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la inscripción en el Registro debería ser una transcripción de las cláusulas financieras en los mismos términos que resultaran del título, sin poder rechazar ninguna cláusula por abusiva.

En contra de este criterio, la sentencia de 1 de abril de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona —en juicio verbal interpuesto contra la citada resolución—, procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su sentencia de 16 de diciembre de 2009) y en la posición más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas, Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011).

Según esta posición —jurisprudencial y del Centro Directivo de notarios y registradores— más reciente y acertada podemos afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras —incluidas las de vencimiento anticipado— siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin poder entrar en conceptos jurídicos indeterminados.

Como señala la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 1 de octubre de 2010 y posteriores, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a la aplicación de las Directivas. Según la sentencia von Colson (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las

que deben incluirse por supuesto a los jueces (la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de octubre de 2010, ha considerado también incluidos tanto a notarios como a registradores de la propiedad). La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores es clara al respecto, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la abogada general en sus conclusiones al asunto C-40/08, al exigir expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. Coherentemente con estos imperativos, la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2009, reitera el papel activo del registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo).

En la misma línea —sigue diciendo el Centro Directivo—, se acaba de manifestar recientemente la corte comunitaria en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08). Mediante la mencionada resolución, la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase *ipso iure*, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto la citada cuestión declarando que «*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula.*»

Por tanto, si se trata de una condición general abusiva claramente encuadrable en la lista negra de cláusulas nulas a que se refieren los artículos 80 a 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, las autoridades judiciales y administrativas podrán declarar de oficio su nulidad, sin necesidad de esperar a un pronunciamiento judicial previo a través de un juicio declarativo.

VII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CALIFICABLES POR EL REGISTRADOR

En base a los pronunciamientos judiciales citados anteriormente podemos señalar como ejemplos de cláusulas que no deben incorporarse al título ni inscribirse:

- a) vencimientos anticipados por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor en las que no se prevea la posibilidad de que el deudor preste nuevas garantías;
- b) vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga, pues no perjudican a la hipoteca;
- c) prohibición o limitación de la facultad de enajenar la finca, salvo que se tratara de hipoteca inversa en que dicho pacto es admisible según Ley 41/2007;
- d) renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito, considerándose derogado el artículo 242 del Reglamento Hipotecario que lo permitía;
- e) vencimientos anticipados del préstamo hipotecario por incumplimiento de obligaciones accesorias del mismo;
- f) cláusulas de comisión de cancelación o subrogatorias contrarias a los máximos legales;
- g) cláusulas denominadas «suelo» donde se fija un tipo de interés mínimo cuando no estén suficientemente informadas (STS de 9 de mayo de 2013).

Por el contrario, sí que serían admisibles las siguientes:

- a) extensión de la hipoteca a las costas de la ejecución;
- b) pacto de liquidación unilateral por la entidad financiera;
- c) pacto de compensación de la deuda con otros créditos vencidos del mismo deudor con la misma entidad salvo que deriven de créditos indistintos con varios titulares;
- d) vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de un número razonable de cuotas de principal o intereses. No sería válido en la actualidad, tras la Ley 1/2013, el pacto de vencimiento anticipado por un solo impago —como había dejado entrever la STJUE, de 14 de marzo de 2013—, pero sí cuando se han impagado tres mensualidades o una cantidad equivalente a tres plazos cuando no haya mensualidades.
- e) vencimiento anticipado por arrendamiento de la vivienda hipotecada que no esté sujeto a purga conforme al artículo 13 de la LAU, puesto que tales arrendamientos sí perjudican al acreedor hipotecario, pues tendrá que subrogarse en ellos.

Esto mismo debe afirmarse cuando se trata de una reclamación en un juicio monitorio de una deuda basada en un contrato que contenga cláusulas abusivas claramente encuadrables en las proscritas por las Directivas comunitarias y el Derecho interno. Pese a que en principio el juicio monitorio no es más que un requerimiento de pago hecho vía judicial, de manera que solo si hay oposición

se convierte en contencioso, a pesar de eso el juez debe poder declarar *ad limine litis* la nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato en el cual se basa la reclamación cuando sean claramente contrarias a un precepto imperativo o prohibitivo o exista una sentencia judicial firme que ya haya declarado su nulidad en acción individual o colectiva.

En cuanto a la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables debidos por el deudor, tanto ordinarios como moratorios, realizados unilateralmente por el prestamista, debe considerarse válida. Esta cláusula no solo no está prohibida ni considerada expresamente como abusiva, sino que —por el contrario— está expresamente admitida en el artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria. Debe tenerse en cuenta además que su validez está limitada a entidades financieras —sometidas a especial control por el Banco de España y demás entidades de supervisión— y no a cualquier acreedor hipotecario.

Es cierto que la oposición del deudor al saldo no paraliza la ejecución (*ex art. 575.2 LEC*), pero eso es debido a la naturaleza del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, que ya hemos visto que es la realización forzosa del bien hipotecado, de manera que la pluspetición deberá verse en juicio ordinario. Y no debe tampoco olvidarse que el ejecutante deberá acompañar el documento justificativo de los intereses devengados y que la fijación unilateral exige un pacto previo con el deudor que este acepte aquella fijación en la forma determinada por las partes en el título ejecutivo (art. 572.2 LEC).

En definitiva, la cuestión debe centrarse no en la radicalidad del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, sino en el origen convencional del mismo. Está aceptado por el deudor que en la escritura pública lo estipula. Por tanto lo importante es que haya una adecuada información precontractual. Y esto se consigue dada la intervención notarial, y la calificación registral.

A este respecto debe traerse a colación la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y la reciente Orden del Ministerio de Economía, de 29 de octubre de 2011 sobre transparencia de préstamos hipotecarios, que exigen facilitar al deudor información detallada de lo que están firmando. En concreto en la Sección 4.^a del citado Capítulo II, se establecen normas con relación a la documentación contractual y la formalización en escritura pública y obligaciones impuestas a los notarios, así como relativas a la actuación de los registradores de la propiedad en su función calificadora (arts. 29 y 30). En concreto se establece toda una serie de obligaciones que deben cumplir los notarios (art. 30.3) de información precontractual, de información al cliente y de verificación de asesoramiento independiente.

Por tanto, tales cláusulas no están incluidas en las cláusulas consideradas, en todo caso, como abusivas por la Directiva 93/13/CE ni en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y solo podrán ser declaradas nulas por abusivas en el contexto de un procedimiento

judicial ordinario, sin que pueda ningún Tribunal, *ad limine litis*, prejuzgar que la cláusula es nula, pues no hay ningún precepto de la Directiva 93/13/CE que así lo establezca claramente.

VIII. VALIDEZ DEL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL

No cabe duda de que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados se ajusta al Derecho comunitario. Tan es así que en el propio Libro Blanco de la Unión Europea sobre préstamos hipotecarios se quiere impulsar a nivel comunitario procedimientos rápidos de ejecución hipotecaria, y por tanto del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, aunque se caracterice por la limitación de causas de oposición. Las sentencias del TJUE que hemos analizado dejan claro que no se discute la posibilidad dentro del Derecho de la Unión Europea de títulos ejecutivos que limiten las causas de oposición, como ocurre en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. A nivel nacional, la validez del procedimiento de ejecución directa es una cuestión ya zanjada por el Tribunal Constitucional español y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En rigor, la ejecución de la hipoteca no es un juicio en sentido estricto, sino la realización forzosa de un bien que convencionalmente se ha afectado al pago de una obligación. Tan es así que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil admite que el procedimiento de ejecución hipotecaria se realice extrajudicialmente ante Notario (art. 129 de la LH). La ejecución hipotecaria no es un juicio sino la venta del bien para satisfacer al acreedor de lo que se le debe y el resto entregárselo al deudor; de ahí que no pueda paralizarse sino por la justificación del pago. La validez del préstamo, si hubo o no consentimiento, deben ventilarse ante el juez en procedimiento ordinario.

Lo cierto es que la ejecución directa supone una limitación de las causas de oposición. Por eso en la creación del título ejecutivo es donde debe ponerse el acento, evitando que se incluyan causas abusivas. Debe existir una depuración previa inicial muy rigurosa de cláusulas abusivas en la escritura de préstamo hipotecario y en la inscripción registral, pues no cabe olvidar el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, y que solo lo inscrito legitima la ejecución directa (cfr. art. 130 de la LH).

La limitación de causas de oposición responde a una razón evidente: es contrapartida a la depuración fuerte de sus cláusulas y al asesoramiento jurídico previo que recibe el deudor por la intervención notarial. Y posteriormente por la de exclusión de las cláusulas nulas o abusivas que pudieran existir, vía calificación del registrador de la propiedad.

En efecto, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 41/1981, de 18 de diciembre, refrendada en el reciente auto del TC 113/2011, de 19 de julio

de 2011 (*BOE* de 17 de agosto de 2011) sancionó la constitucionalidad del procedimiento. Y al defender la constitucionalidad de las disposiciones legales que limitan los motivos de oposición a la ejecución en el marco del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, señala en su Fundamento 7.^º como argumento decisivo que «el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral».

Y es que, en efecto, la depuración de las cláusulas abusivas del procedimiento se va a realizar por el control notarial de la adecuación del negocio al ordenamiento jurídico y por la denegación por parte de los registradores de la propiedad, al calificar sustantivamente el préstamo hipotecario presentado a inscripción (cfr. art. 18 de la LH). En definitiva, la intervención notarial y registral es un argumento utilizado por el TC para defender la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria, cosa que no ocurriría si la inscripción fuera un mero traslado sin criba alguna, de los pactos impuestos por las entidades financieras.

Esta es también —como hemos visto— la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no admite una transcripción automática de las cláusulas financieras, sino que obliga a los registradores de la propiedad a rechazar las cláusulas que sean contrarias a norma imperativa o sean contrarias a una sentencia judicial firme (Resolución de 1 de octubre de 2010, *BOE* de 8 de noviembre de 2010)⁸.

En los préstamos hipotecarios la exigencia de escritura pública e inscripción registral son requisitos constitutivos de la hipoteca; y la ejecución directa no es sino realización forzosa o venta del bien dado voluntariamente en garantía, y no un juicio en sí mismo (es un procedimiento de realización que incluso puede realizarse extrajudicialmente). Existe una intervención preventiva de control de legalidad por parte de notarios y registradores de la propiedad a quien corresponde denegar las cláusulas abusivas y demás nulas por no ajustarse al Ordenamiento Jurídico. Y esa depuración previa de las cláusulas nulas es lo que justifica la existencia de menores causas de oposición, de manera que cualquier otra causa distinta del pago o de la falsedad debe ser llevada al juicio declarativo ordinario.

En conclusión, la importancia de la calificación registral se justifica en la necesidad de depurar de cláusulas abusivas el título ejecutivo en la ejecución

directa sobre bienes hipotecados, que es el asiento registral o, dicho de otra forma, los pactos de la escritura de préstamo hipotecario que han sido objeto de inscripción (art. 130 de la LH). Solo una depuración rigurosa de las cláusulas abusivas justifica la limitación de las causas de oposición.

En su calificación de la posible nulidad por abusivas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios, el registrador tendrá en cuenta la Directiva 93/13/CE, que establece una serie de cláusulas abusivas nulas por abusivas (lista negra de la disposición adicional primera) recogidas en la actualidad en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que son claramente nulas por abusivas. Entre ellas están, a partir de la Ley 1/2013, los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero en los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual y otras muchas que se han estudiado en este trabajo, por ser claramente contrarias a una norma imperativa o prohibitiva. Y debe tenerse en cuenta la doctrina del TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, que han afirmado la posibilidad de rechazo *in limine litis* de las cláusulas abusivas. Y han recordado el deber de actuación positiva de las autoridades públicas para cumplir la Directiva 93/13/CE sin esperar a que exista sentencia judicial cuando se trata de cláusulas abusivas en condiciones generales. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado esta evolución legitimando la calificación registral de las cláusulas abusivas contrarias a norma imperativa o prohibitiva.

Lo dicho hasta aquí ha sido sancionado por la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de septiembre de 2013, en cuyo Fundamento de Derecho tercero, tras señalar que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 41/2007, debe interpretarse en conjunción con la normativa europea y con la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, que considera irrenunciables los derechos reconocidos por ella a los consumidores y en cuyo artículo 18, con ocasión de los deberes de notarios y registradores, señala que estos últimos denegarán la inscripción de las escrituras de préstamos o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente. Igualmente destaca los artículos 552 y 695 de la LEC en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución, debiendo los funcionarios negar su colaboración con títulos jurídicos que sean evidentemente nulos, posición que ha sido sostenida en sus últimas resoluciones por la DGRN, a la cual da un claro respaldo⁹.

NOTAS

¹ Parece ir abriéndose paso en la doctrina de las Audiencias, en relación con los intereses moratorios y algo más tímidamente en relación con los remuneratorios, la consideración como canon de referencia, para determinar el carácter abusivo de las cláusulas que fijan el tipo de interés, las previsiones del artículo 19.4 de la Ley de crédito al consumo. Así la sentencia de la Audiencia de Alicante, de 26 de julio de 2012 (Sección 9.^a), hace un recorrido de las distintas posiciones jurisprudenciales. Sentencia AP de Lleida (Sección 2.^a), de 14 de enero de 2002, en relación con un interés que quintuplica el legal del dinero en la época de concesión, utilizando el referente del citado artículo 19.4, señala (FJ segundo): «si se fijan estos límites para intereses que tienen naturaleza moratoria y sancionadora del incumplimiento, con mayor razón no podrán excederse cuando se imponen como remuneratorios (en igual sentido, sentencia de la AP de La Coruña, de 10 de febrero de 2000)». La sentencia de la AP de Murcia (Sección 5.^a), de 7 de octubre de 2003, establece que «todos los intereses, tanto los contractuales como los remuneratorios, que superen el margen del 2,5 veces el interés legal del dinero, se consideran abusivos». Asimismo, la sentencia de la AP de Asturias (Sección 4.^a), de 9 de julio de 2004, juzga, en un crédito al consumo, claramente desproporcionado, un tipo de interés efectivo anual, muy alejado del interés legal del dinero y del límite fijado en el artículo 19.4 de la Ley de crédito al consumo, considerando que incurre en la prohibición prevista en el artículo 10 bis 1 de la LGDCU, al tiempo que señala que la carga de la prueba de acreditar que la cláusula se ha negociado corresponde al profesional, según establece el propio precepto. Las sentencias de la AP de Girona (Sección 2.^a), de 23 de enero de 2001 y AP de Murcia (Sección 2.^a), de 31 de marzo de 2000, señalan por el contrario, la imposibilidad de entrar a conocer el eventual carácter abusivo del importe de los intereses remuneratorios pactados, en la medida en que estos responden, en nuestro sistema económico, al juego de los mecanismos del mercado, siempre que quede correctamente garantizada la formación de la voluntad del prestatario y, sin perjuicio, de que, en su caso, operen los controles previstos en la Ley de Crédito al Consumo o, incluso en la Ley de Usura de 1908. En el mismo sentido, considerando que el importe de los intereses remuneratorios solo puede ser controlado a través de la Ley de Usura, sentencia de la AP de Barcelona (Sección 13.^a) de 9 de junio de 2004. Sin embargo, los tribunales de la Comunidad Valenciana se vienen inclinando, en general, por aceptar el carácter abusivo de los intereses remuneratorios cuando por su desproporción perjudican al consumidor: La SAP de Alicante, de 22 de septiembre 2011, nos dice que: «Constituye el último motivo desestimación en la instancia de la atribución de abusividad a la cláusula relativa a los intereses, reiterándose la nulidad de dicho pacto por infracción del artículo 19 de la Ley 7/95 de Crédito al Consumo en relación al artículo 89-7 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y a la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Alicante».

² Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.

³ El contenido de la sentencia de 14 de marzo de 2013 ha sido reiterado por Auto del mismo TJUE de fecha 14 de noviembre de 2013.

⁴ En aplicación de esta sentencia del TJUE, la sentencia de 2 de mayo 2013 del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, declaró nulas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de intereses de demora del 18,75 por 100 en una hipoteca de vivienda. Aunque el pacto de liquidez pueda considerarse válido, también se declara nulo por ser abusivas las cláusulas que determinan la liquidación y la apertura de la expeditiva ejecución directa. Y acorde con la doctrina del TJUE aclara que las cláusulas no pueden integrarse en beneficio del predisponente y desaparecen del contrato.

⁵ Dispone ahora el artículo 579 LEC, tras la reforma, que «si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por 100 de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por 100 dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por 100 dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que excede del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior».

⁶ El artículo 84 TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, antes artículo 10.6 de la LGDCU en la redacción dada por la Disposición Adicional primera de la LCGC, establece que los notarios y registradores, en el ejercicio profesional de sus funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

⁷ Muy discutible es que pueda calificarse el tipo de interés de demora, por muy alto que parezca, y solo podrá rechazarse en base al propio TR de 2007, los tipos de interés que para descubiertos prevé la Ley de Crédito al Consumo.

⁸ De este modo, los objetivos perseguidos por la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma introducida por la Ley 14/2007, deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo (...) que en su artículo 18.1 señala que «los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley». El propio Centro Directivo de notarios y registradores se basa en las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, al recordar que «la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (Fundamento duodécimo)», y que «El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto (...) declarando que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”. Y concluye la DGRN proclamando que: «En definitiva, solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función

calificadora del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 LH. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión». «De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto». La calificación registral es así una exigencia de orden público para la protección de los particulares, para la validez de los asientos y para el fomento del mercado hipotecario. «Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva. No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito —calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como “equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público” (As. C-40/08)— unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría de forma palmaria contra esta exigencia. A todo lo apuntado cabe añadir, que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del *fumus boni iuris* para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas».