

**RECENSIÓN A LA OBRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS  
EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS  
CON CONSUMIDORES A LA LUZ DEL DERECHO  
Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA.  
AUTOR: PABLO AMAT LLOMBART. EDITORIAL:  
REUS (COLECCIÓN CLAVES DE LA JURISPRUDENCIA),  
MADRID, 2018. 414 PÁGINAS.**

Fernando Moreno Mozo

Universidad de Sevilla

E-mail: [pabamlllo@urb.upv.es](mailto:pabamlllo@urb.upv.es)

**I.- CONTRATACIÓN EN MASA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS  
Y LA IMPRESCINDIBLE TUTELA DEL CONSUMIDOR-PRESTATARIO  
POR LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE CONSUMO Y DE CONDICIONES  
GENERALES. CONTROLES APLICABLES, DETECCIÓN  
Y ELIMINACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Dentro del sector financiero, se observa que las entidades bancarias ponen en práctica un sistema de contratación calificado como «contratación en masa», fuera del clásico modelo negociado individual fundado en la esencial igualdad y capacidad de negociación entre las partes. En ese marco, el consumidor asume una desigual posición negocial, en situación de inferioridad frente a las entidades financieras, las cuales habitualmente utilizan clausulados integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que la aplicación de estrictos controles —legales y judiciales— al contenido de los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, responde a la eventualidad de que se incluyan cláusulas abusivas ilícitas, en perjuicio de los legítimos intereses jurídicos y económicos del prestatario. Por ello la obra acertadamente dedica un apartado al estudio de los requisitos de las condiciones generales de la contratación (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad).

La obra objeto de esta recensión se centra en la materia relativa a la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario celebrados entre entidades financieras/prestamistas y consumidores/prestatarios. Analiza las principales consecuencias jurídicas y patrimoniales perjudiciales para el consumidor derivadas de la aplicación de tales cláusulas. Se aborda para ello el estudio de la aplicación de la normativa especial

de defensa de consumidores y usuarios, por un lado, y la legislación sobre condiciones generales de la contratación, por otro, con especial énfasis en la más actualizada jurisprudencia española y comunitaria. Las principales fuentes de estudio son la Directiva CE 93/13 sobre cláusulas abusivas y la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (Texto refundido de 2007), así como la legislación sobre condiciones generales de la contratación. A partir de ahí, se analizan críticamente la jurisprudencia del TJUE, del TS y de las Audiencias Provinciales en relación con los elementos configuradores de las cláusulas abusivas y los efectos derivados de su declaración como tales.

Como clave de bóveda, se parte de la conceptualización legal y jurisprudencial de la posición subjetiva del consumidor y usuario en dichos préstamos hipotecarios destinados al consumo, de ordinario a la adquisición de vivienda habitual, esto es, inmuebles destinados a residencia principal del prestatario y su familia, o bien a una segunda o ulterior residencia de tipo vacacional. Se confirma la tendencia jurisprudencial que preconiza una noción amplia y objetiva de consumidor, quien únicamente dejará de serlo si el destino del dinero obtenido mediante el préstamo hipotecario es profesional o empresarial.

La consecuencia jurídica esencial de la presencia de un consumidor como parte del contrato de préstamo, la constituye la aplicación del doble control de incorporación y de abusividad a las condiciones generales que se apliquen a dichos contratos. De tales controles cabe derivarse la detección de cláusulas abusivas, y por ello la obra estudia las circunstancias que determinan su existencia en perjuicio del prestatario y su eventual anulación.

El control de incorporación o de inclusión, queda afecto al cumplimiento por los bancos de su normativa sectorial sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Se exige que la redacción del clausulado permita la legibilidad, inteligencia y comprensión gramatical por el consumidor. El segundo control de transparencia (o de contenido), requiere que el consumidor pueda efectivamente tener conocimiento (comprensibilidad real) de todas las cláusulas que vaya a suscribir (su funcionamiento, consecuencias jurídicas y económicas derivadas). Procede evitar el ocultamiento de la verdadera función de ciertas cláusulas del préstamo hipotecario que podrían ser anuladas por abusivas y faltas de transparencia.

## **II.- CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: CRITERIOS QUE GENERAN LA SITUACIÓN DE ABUSIVIDAD**

Entramos en la parte fundamental y más práctica de este libro, aquella que efectúa un completo y exhaustivo estudio de los criterios legales y jurisprudenciales aplicables

para definir el carácter abusivo de las principales cláusulas contractuales presentes en los préstamos hipotecarios.

Respecto a la cláusula suelo, su anulación por abusiva se produce en los casos de la falta de claridad, información y transparencia, siendo los principales criterios que determinan la abusividad los siguientes: a) Falta de información clara sobre el objeto principal del contrato al que afecta dicha cláusula; b) Insertar de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de estas; c) No haber simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad; e) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. La presencia de tales circunstancias causa la falta de comprensibilidad real de la cláusula suelo por el consumidor.

En segundo lugar, la cláusula de redondeo de intereses al alza presentará carácter abusivo si falta la debida reciprocidad. Como criterios que reflejan su carácter abusivo: a) La estipulación no establece el precio del contrato ni retribuye ninguna prestación, pues nada ha de recibir el prestatario por abonar ese plus de intereses; b) El redondeo siempre es al alza, y podría haberse establecido también a la baja, equilibrando así las posiciones contractuales; c) Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés; d) Provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación.

En cuanto a la cláusula relativa al cálculo del tipo de interés variable aplicable referenciado al índice IRPH, el TS ha rebajado considerablemente la rigurosidad del alcance del deber de transparencia para los bancos en este tipo de cláusulas, exigiéndoles, por un lado, que comprueben si el consumidor era consciente de que la cláusula IRPH configuraba un elemento esencial, y por otro, si el consumidor fue consciente de la manera en que se calculaba el interés variable.

La cláusula sobre gastos e impuestos derivados de la operación de préstamo suscita gran interés por su repercusión patrimonial. Los tipos de gastos e impuestos analizados son los siguientes: tasación del inmueble a hipotecar y comprobación de su situación registral; documentación pública notarial de la escritura de préstamo hipotecario; inscripción en el Registro de la Propiedad; impuestos que gravan el préstamo hipotecario (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados); tramitación y gestión; aseguramiento de la conservación y efectividad de la garantía del préstamo hipotecario; gastos y costas procesales derivadas del incumplimiento de obligaciones por el

prestatario y de la defensa del crédito por la entidad financiera; cancelación de la garantía hipotecaria (carta de pago; escritura de cancelación y Registro de la Propiedad; gestoría). Sobre ellos resulta del máximo interés el concienzudo estudio —bien documentado con bibliografía y sobre todo jurisprudencia— de los criterios para anular o no la cláusula gastos, y para imputar o repartir los mismos entre el prestatario y la prestamista.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de crédito inmobiliario, que resuelve en parte esta cuestión (art. 14.1.e) si bien respecto a los préstamos que se constituyan tras su entrada en vigor, los bancos venían imponiendo al consumidor-prestatario la totalidad de gastos de la operación financiera. Este tipo de cláusulas han sido consideradas abusivas y nulas. El problema surge al determinar a qué parte corresponde asumir su coste (al prestamista o al prestatario, en todo o de forma compartida, etc.), y la obra ofrece criterios que aplica la jurisprudencia para cada tipo de gasto.

Respecto a la cláusula sobre intereses de demora, se han declarado nulas en base a lo desproporcionado del porcentaje de indemnización aplicable, esto es, desproporción entre la indemnización por incumplimiento del consumidor (el tipo porcentual de interés de demora aplicado) y el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario (por causa del retraso en el pago de las cuotas del préstamo). Se considera abusivo el interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

La cláusula de vencimiento anticipado también ha generado controversia. Para la legalidad del pacto sobre vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, deberán cumplirse ciertos criterios de legalidad y proporcionalidad: 1. Sustentarse en la libertad de pactos (art. 1255 CC); 2. Determinar claramente los supuestos que causarán el vencimiento anticipado del préstamo; 3. No quedar al arbitrio del prestamista la fijación de las causas que dan lugar al vencimiento anticipado, ni la apreciación de la concurrencia de las circunstancias que las materialicen (en contra del art. 1256 CC); 4. Para ejercer la facultad que otorga el vencimiento anticipado, debe concurrir justa causa: una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones esenciales del prestatario (ej. impago de cuotas de amortización); 5. No procede activar el vencimiento anticipado ante incumplimientos irrelevantes del prestatario; 6. No cabe el ejercicio desproporcionado y no equitativo de la cláusula de vencimiento anticipado en perjuicio del prestatario. Por otra parte, a los préstamos que se rijan en adelante por la Ley 5/2019 de crédito inmobiliario, se aplicarán las reglas del artículo 24.

Seguidamente se estudia la cláusula sobre denominación del préstamo en moneda extranjera, también conocida como «hipoteca multidivisa». Tras analizar el concepto y funcionalidad de este tipo de hipoteca, el autor, advierte de que los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, pues al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Se analizan los criterios del TJUE, para que los tribunales nacionales realicen el control de transparencia, basados, una vez más, en el deber de información de las entidades financieras al consumidor. Resulta imprescindible que tal información sea realmente comprendida por el consumidor, y que conozca el funcionamiento de la cláusula en cuestión y sus consecuencias en el desarrollo de la dinámica del préstamo hipotecario multidivisa.

### **III.- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN POR LOS TRIBUNALES DE LA ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

El último capítulo del libro presenta y analiza el alcance de los efectos derivados de la declaración judicial de abusividad de determinadas cláusulas: nulidad absoluta; imposibilidad de modificación o integración del contrato; subsistencia del préstamo hipotecario; cese en el uso de cláusulas abusivas; restitución de cantidades indebidamente cobradas al prestatario-consumidor; así como la continuación o sobreseimiento de la ejecución hipotecaria tras ser anulada la cláusula de vencimiento anticipado de la deuda.

Ante todo, se parte de la necesaria apreciación de oficio por los tribunales del carácter abusivo de una condición general de la contratación, según exige el TJUE. El fin es tratar de subsanar el desequilibrio que existe entre consumidor y profesional, e impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva. También se aborda la oposición a la ejecución hipotecaria fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual, permitida tras la reforma de normativa procesal civil española, en beneficio del derecho de defensa del consumidor en procedimientos de ejecución hipotecaria.

En cuanto a los efectos de la declaración de abusividad, el primero es que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y son absolutamente nulas. El TJUE insiste a los jueces nacionales a que simplemente dejen sin aplicación la cláusula contractual abusiva detectada y declarada nula, pues dicha cláusula «nunca habrá existido» y no podrá tener efectos frente al consumidor. Con acierto analiza el autor la actual regulación española en materia de consumo, sobre todo en lo relativo a la nulidad y la ineficacia de las cláusulas abusivas. Se trata de una nulidad parcial, ya que se mantiene en vigor el resto del contrato, toda vez que este pueda subsistir pese a ser suprimida la cláusula. En todo caso, la nulidad parcial podría convertirse en nulidad total del contrato si se viera

comprometida la subsistencia del negocio, sobre todo en caso de que la cláusula anulada constituyera o afectara a un elemento esencial del mismo.

El segundo efecto es la imposibilidad de modificar o integrar el contenido de una cláusula abusiva. Impone el TJUE que el tribunal nacional en modo alguno podrá modificar el contenido de una cláusula abusiva, sino que habrá de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor. De no ser así, se estaría arrogando el juez una facultad para modificar la cláusula que impediría eliminar el efecto disuasorio sobre los profesionales para que dejen de utilizar cláusulas abusivas. El TS deniega la posibilidad de integrar y reconstruir «equitativamente» el contrato, a resultas de la doctrina del TJUE.

En tercer lugar, cabría la eventual subsistencia del contrato tras la supresión de la cláusula abusiva, en caso de sustitución de dicha cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, y ello en base al principio *favor negotii*. La declaración de nulidad absoluta de ciertas cláusulas perjudiciales para el consumidor, exige al juez nacional realizar un segundo examen sobre la incidencia de tal nulidad —inicialmente parcial— en el conjunto orgánico del contrato. La finalidad es esclarecer si este puede ser mantenido en vigor. De manera excepcional, dicho examen podría concluir en la necesidad de anular la totalidad del contrato, ya que no puede subsistir sin las cláusulas abusivas expurgadas. En tales circunstancias, el TJUE (y le sigue el TS) exige analizar si existe una normativa nacional que permita al juez subsanar la nulidad de la cláusula abusiva, sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho del Estado. El objetivo es evitar al consumidor consecuencias que representen para él una penalización.

El cuarto efecto lo constituye el cese en el uso de las cláusulas abusivas anuladas. Procede adoptar las medidas necesarias y efectivas para detener la utilización ilícita de cláusulas abusivas por parte de empresarios y profesionales en los contratos que celebren con consumidores y usuarios. Para ello los órganos judiciales y las autoridades administrativas deben contar con los medios apropiados y eficaces. Se estudia la «acción de cesación» que pueden ejercitar judicialmente particulares y organizaciones representativas de intereses colectivos de consumidores y usuarios, cuyo efecto inmediato radica en el cese del uso de la cláusula declarada nula en el contrato específico objeto del litigio (obligación positiva o de hacer), al que se une un segundo efecto diferido en el tiempo: prohibir a la entidad financiera la utilización de dicha cláusula abusiva en el futuro, en posteriores contratos de préstamo hipotecario que se pudieran celebrar con otros clientes (obligación negativa o de no hacer).

Desde el punto de vista de los intereses económicos del consumidor-prestatario, el quinto efecto obedece a la devolución de cantidades indebidamente cobradas al consumidor-prestatario por aplicación de cláusulas abusivas, con especial atención a su aplicación temporal.

En principio, procede la total devolución al prestatario —*restitutio in integrum*— de las cantidades indebidamente abonadas a la entidad financiera por efecto de la cláusula abusiva. Y respecto al alcance en el tiempo de la declaración de nulidad del contrato o de cierta cláusula abusiva, también es regla general la retrotracción de los efectos de dicha declaración al momento de la celebración del contrato (eficacia *ex tunc*).

Destaca el caso de la restitución de cantidades indebidamente pagadas por aplicación de la «cláusula suelo» declarada abusiva. En primera instancia, la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 aplicó el criterio de la irretroactividad de los efectos de la nulidad, limitando la restitución que debía efectuar la entidad bancaria únicamente a los pagos realizados por el prestatario a partir de la fecha de la propia sentencia, y no a los pagos ya abonados con fecha anterior. Luego la jurisprudencia comunitaria desautorizó dicho criterio mediante la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Caso Gutiérrez Naranjo), tras la cual, la STS de 24 de febrero de 2017 y la jurisprudencia posterior han rectificado su posición.

Por consiguiente, dicho criterio de la retroactividad de los efectos restitutorios (*ex nunc*), aplicable a la cláusula suelo, resulta aplicable al resto de cláusulas abusivas. Respecto a la «cláusula de redondeo de intereses al alza», el TS declara la inmediata inaplicación de la misma a las cuotas pendientes de pago. Además, habrá que recalcular las cuotas correspondientes a la restitución del importe del préstamo que ya hayan sido satisfechas, desde la fecha de la primera revisión hasta la última cuota abonada, aplicando el tipo de interés de referencia pactado en cada momento y, en su caso, el diferencial pactado sin redondeo. En cuanto a la «cláusula gastos», el banco debe restituir al consumidor las cantidades que este hubo de pagar por impuestos cuyo abono por ley se impone al profesional; lo mismo sucede con los gastos de notaría, registro, gestoría, etc. El fundamento sería el nacimiento de un derecho indemnizatorio que asiste al prestatario frente al banco o la proscripción del enriquecimiento injusto. Y en fin, por cuanto atiende a la «cláusula sobre intereses de demora», se describen dos posibles situaciones. Una de ellas, la nulidad de una cláusula que no haya tenido ocasión de ser aplicada, en cuyo caso dicha nulidad no puede traer consigo la restitución de cantidades en concepto de intereses de demora, pues estos nunca habrían sido devengados por el banco ni abonados por el consumidor. La otra, la nulidad de una cláusula que sí haya sido aplicada a un determinado prestatario, quien tuvo que pagar por tal demora. Aquí, la nulidad sí llevará aparejada la condena a la entidad financiera a devolver al prestatario la totalidad de cantidades cobradas en concepto de intereses moratorios, con los intereses legales que proceda.

Finalmente, la obra estudia los efectos procesales que suscita la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado respecto a la continuación o el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria

El incumplimiento por el prestatario de sus obligaciones esenciales, puede causar el vencimiento anticipado de la deuda pendiente, pudiendo el banco instar el procedimiento especial de ejecución de la garantía hipotecaria, encaminado al cobro de la deuda. En el marco procesal de la ejecución hipotecaria, el prestatario-ejecutado puede plantear al juez que analice y en su caso declare la nulidad por abusiva de la misma cláusula de vencimiento anticipado que ha provocado la ejecución del préstamo. Si el juez estimara la petición del consumidor y declarase la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, surgen dudas sobre la suerte del procedimiento ejecutivo en trámite. Así, el juez habrá de decidir si procede o no continuar la ejecución hipotecaria. Igualmente decidirá si declara el sobreseimiento de la ejecución, remitiendo el asunto para su enjuiciamiento y fallo al procedimiento declarativo ordinario que corresponda.

Según el TS, las entidades financieras pueden iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria o bien continuar la ejecución ya iniciada, a tenor de las indudables ventajas que dicho proceso especial supone para el consumidor, especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se tramita por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes de la LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo. Como regla, considera que habrá de aplicarse lo establecido en el artículo 693.2 de la LEC, que avala la continuación de los procesos de ejecución hipotecaria, aun en el caso de que se declare la cláusula como abusiva. El TS no estima adecuado ni beneficioso para el prestatario aplicar un criterio que obligase a los prestamistas a acudir directamente a la vía declarativa, cegando con ello la vía ejecutiva especial.

#### **IV.- VALORACIÓN FINAL DE CONJUNTO**

Una vez analizada la obra objeto de esta recensión, podemos señalar que nos encontramos ante un trabajo científico de investigación del máximo interés académico y práctico. Dicha conclusión se alcanza no solo por la oportunidad de la temática abordada, que reviste plena actualidad y se encuentra en constante evolución, sino por la sistemática y metodología que el autor aplica a la hora de estudiar cada uno de los temas y epígrafes que integran el libro. Por otra parte, destaca como valor añadido el hecho de constituir una publicación vinculada a un Proyecto de Investigación Nacional de I+D, titulado «Los consumidores en la vivienda colaborativa» (periodo 2017-2019).

Ciertamente, tanto el concepto de consumidor, como los requisitos para declarar las cláusulas abusivas, los controles aplicables a las condiciones generales, los bloques individuales dedicados a cada una de las principales cláusulas abusivas utilizadas en los préstamos hipotecarios y, en fin, los efectos de la declaración de abusividad de tales cláu-

sulas, son temas adecuadamente tratados y que cuentan con el oportuno, abundante y actualizado soporte jurisprudencial que la materia requiere.

Asimismo, la correcta conjunción del análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal de la materia, aporta al lector y al estudioso valiosa información, así como diversas claves y soluciones prácticas para el conocimiento del intrincado ámbito de las cláusulas abusivas que afectan a los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores.

Por otra parte, el libro acompaña en su parte final un Anexo, donde de forma sistemática, cronológica y ordenada por bloques temáticos se recoge la jurisprudencia más reciente y destacada analizada en la obra. Esta prolija y completa recopilación jurisprudencial resulta especialmente interesante y acertada, al permitir con facilidad y celeridad consultar las resoluciones judiciales nacionales y comunitarias vinculadas a cada área temática.

También resulta de gran utilidad el listado de referencias bibliográficas sobre la materia estudiada, con las aportaciones doctrinales más recientes y especializadas.

En definitiva, la obra se dirige a un amplio espectro de público potencialmente interesado. Así, tanto investigadores del ámbito jurídico, profesores universitarios, abogados, jueces y fiscales, asesores financieros y bancarios, como profesionales del mundo inmobiliario e hipotecario, pueden encontrar entre sus páginas conocimientos, informaciones y claves jurídicas prácticas de relevante valor para aplicar en el marco de sus diversas profesiones o dedicaciones.