

CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS*

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ**

Resumen: Las innumerables ejecuciones hipotecarias de viviendas han dejado al descubierto la falta de control de legalidad de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios. Se hace una crítica de los artículos 12 LH y 84 TR-LGDCU. Así como de la doctrina de la DGRN anterior a octubre de 2010 y de la STS 20.5.2008 (Sala 3ª). Se reflexiona sobre la libertad contractual en relación a las condiciones generales de los contratos. Se estudia el impacto de la STJUE de 14.3.2013 y, en especial, las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago y los intereses de demora. Se hacen referencias a la ley de protección de los deudores hipotecarios de 14 de mayo de 2013. Finalmente se hace una crítica a la STS de 9.5.2013 por declarar que la nulidad de las cláusulas suelo no tiene efecto retroactivo.

Palabras clave: Hipoteca, cláusulas abusivas, control de legalidad, Derecho de la Unión Europea.

Abstract: The countless foreclosures have exposed the lack of legality control on general conditions in mortgage loans. It is a review of articles 12 LH and 84 TR-LGDCU, as well as of the doctrine of the DGRN previous to October 2010 and the STS 20.5.2008 (3rd Chamber). It reflects on contractual freedom in relation with general conditions in contracts. We study the impact of STJUE of 3/14/2013 and, especially, early termination clauses for non-payment and default interest. References are made to the law on protection of mortgage borrowers from May 14, 2013. Finally the STS 09.05.2013 is criticized, as it declares the voidness of ground clauses is not retroactive.

Keywords: Mortgage, unfair terms of legality, European Union law.

SUMARIO: I. HIPOTECA Y CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS; II. EL DESAFORTUNADO ART. 12 LH INTRODUCIDO POR LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO; III. EL DESGRACIADO ART. 84 TR- LGDCU (ANTIGUO 10.6 LGDCU); IV. LIBERTAD CONTRACTUAL Y CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS; V. LA STJUE 14.3.2013; VI. LAS

* Fecha de recepción: 11 de junio de 2013.

Fecha de aceptación: 13 de junio de 2013.

** Catedrático de Derecho Civil. Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jose.miquel@uam.es.

CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR FALTA DE PAGO; VII. LOS INTERESES MORATORIOS; VIII. LA LST DE 9 DE MAYO DE 2013 SOBRE LAS CLAUSULAS SUELO; IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. HIPOTECA Y CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

El drama provocado por las generalizadas ejecuciones hipotecarias ha puesto de manifiesto lo expeditivo de la llamada ejecución directa de la hipoteca y la frecuente existencia de cláusulas abusivas en las condiciones generales de los préstamos hipotecarios. Hipoteca y condiciones generales de los contratos constituyen una peligrosa mezcla para el consumidor, a la vez que, correlativamente, otorgan importantes prerrogativas a las entidades financieras. Las páginas que siguen pretenden tratar críticamente algunos puntos esenciales que, en mi opinión, han provocado el fallo del necesario control de legalidad de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios.

II. EL DESAFORTUNADO ART. 12 LH INTRODUCIDO POR LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

Una de las prerrogativas de las entidades financieras es la que les otorga el párrafo dos del artículo 12 LH:

“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

Esta norma ha tenido malas consecuencias, pues la ejecución hipotecaria directa se produce en virtud de un título ejecutivo extrajudicial, la escritura pública, y los datos que consten en la inscripción registral (art. 130 LH¹). El privilegio citado en favor de esas entidades financieras, que consiste en cercenar las facultades calificadoras que al registra-

¹ Art. 130 LH: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

dor corresponden en virtud del art. 18 LH², ha perjudicado notablemente a los deudores hipotecarios³.

Hasta la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, no se hecho tan patente, pública y notoria la indefensión en que se encuentran los deudores en la ejecución hipotecaria ante cláusulas abusivas, pues, por diversas razones, no se ha efectuado el control de legalidad que debería haber evitado que el título ejecutivo y la inscripción las contuvieran.

Las innumerables y dramáticas ejecuciones de hipotecas sobre viviendas y la citada sentencia del TJUE han avisado y alarmado a la opinión pública sobre la existencia de abusos de las entidades financieras, que no provocaban antes tanta atención. Ojalá que esta alarma contribuya a rectificar los errores derivados de no haber evitado adecuada y eficazmente la presión de las entidades financieras para esquivar el control de legalidad de sus préstamos hipotecarios.

El error cometido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario, no ha sido subsanado todavía, como era de rigor, para evitar la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas.

Es necesario recordar que no hay hipoteca sin escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Como se ha dicho, con razón, lo limitado “de la oposición a la ejecución de títulos no judiciales está relacionado con el grado de fehaciencia del documento que acredita la procedencia del despacho de la ejecución y con el control de legalidad del fedatario sobre su forma de otorgamiento y su contenido. La combinación de ambos factores –fehaciencia y control de legalidad– es lo que condiciona, en última instancia, las posibilidades de defensa del deudor frente a la ejecución despachada contra él con base en el documento presentado por el acreedor”⁴.

No obstante, hay que decir que el problema ciertamente es anterior a la ley de 2007, pues ésta consagró legalmente una doctrina que ya había adoptado la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵, claramente formulada en su desdichada resolución de

² Art. 18 LH: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

³ DÍAZ FRAILE, J.M., “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, en *La Ley Unión Europea*, Nº 5, Junio 2013: “Esta ausencia forzada de calificación registral de las cláusulas financieras no produjo aparentemente ningún efecto inmediato en la seguridad del tráfico, pero se reveló como un grave error en el momento en que comienzan a dispararse las ejecuciones hipotecarias”. Naturalmente, fue un grave error con independencia del mayor o menor número de ejecuciones hipotecarias, pero el error ya no ha podido pasar desapercibido para la generalidad de los expertos.

⁴ SÁNCHEZ LÓPEZ, B./DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidos por Menéndez y Díez-Picazo y coordinados por Alfaro, 2002, p. 505.

⁵ Antes de la Directiva de 1993, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya mantuvo un criterio restrictivo respecto del control registral de las condiciones generales.

19.4.2006, que negó tan categórica como erróneamente el control de legalidad a los registradores en esta materia, sin tener en cuenta que las leyes de defensa de los consumidores merecen el mismo respeto que cualquier otra norma, y lo hizo con palmario desprecio de las normas y principios del Derecho de la Unión europea, de la LGDCU y de la Constitución española (art. 51). Lo expresó así:

“Segunda, debe destacarse que los supuestos preceptos invocados como causa de la nulidad de tales cláusulas, que vedarían su acceso al registro a juicio del funcionario calificador, se refieren a la normativa de defensa de consumidores y usuarios y de condiciones generales de la contratación –Leyes 26/1984, de 19 de julio, y Ley 7/1998, de 13 de abril (...)

Ahora bien, y como a continuación se expondrá, el Registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad. (...)

Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el Registrador por las razones que a continuación se señalan”.

En mi comentario al art. 84 TR-LGDCU y en otros trabajos anteriores⁶, ya argumenté lo erróneo de esta doctrina, que ha favorecido la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas. El texto de la Directiva no puede ser más claro: las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (art. 6). Lo que significa que no es precisa una sentencia que declare la nulidad, como ha dicho la STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon, C 243/08: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”. La ley LGDCU 1984 en su art. 10. 4 ya decía que las cláusulas, condiciones y estipulaciones abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y lo mismo el art. 10 bis 2 de la redacción de 1998. Lo repite el art. 83 TR-LGDCU.

Si una cláusula contractual es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta, no debe ingresar en el Registro de la propiedad. Su inscripción produce y ha producido gravísimos perjuicios a los deudores pues la ejecución se produce sobre la base del título ejecutivo y los datos registrales (art. 130 LH).

⁶ MIQUEL, J.M., “Comentario al art. 84 TR-LGDCU” en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (dir.), Madrid 2011, pp. 768-788. También en “La nulidad de las condiciones generales” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Jesús Delgado Echeverría (coord.), 2007, p. 193-223.

Lo grave de la doctrina de esta resolución, y de las que la siguieron en el mismo sentido⁷, es que ignora: 1) que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho con las consecuencias de este tipo de ineficacia y 2) que las normas de protección de los consumidores son también de estricta observancia. La resolución ignoró también de manera sorprendente la función calificadora del registrador.

Con razón, dijo hace mucho tiempo DE CASTRO: “La nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes *significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación*” (Derecho Civil de España, 1949, I, p.539). El mismo DE CASTRO repitió años después la misma idea: “la ineficacia del negocio nulo se produce “*ipso iure*”, por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial” (El negocio jurídico, 1971, p. 475). Si estas ideas elementales y esenciales se tuvieran en cuenta, se evitarían muchos errores. Pero desgraciadamente se sigue diciendo por muchos y al máximo nivel institucional que los funcionarios no pueden apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, pues solo los jueces pueden declarar su nulidad. El error consiste en que la nulidad de pleno derecho no necesita declaración judicial y en que los funcionarios también aplican la ley y el Derecho (art. 103.1 CE).

Afortunadamente la Dirección general rectificó desde el 1.10.2011 la nefasta doctrina de la resolución de 19.4.2006 y de las que la siguieron, como la resolución de 24 de julio de 2008.

Ya antes de esta rectificación, la ley 29.3.2009 en su artículo 18 había desautorizado afortunadamente de manera general tanto la citada doctrina de la DGRN como la de la STS de 20.5.2008 (sala 3ª). Dispone este precepto en su primera parte:

“1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su *deber genérico de control de legalidad* de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”.

No obstante, este artículo en su número 2, b, 3º se remite al desafortunado art. 84 TR:

“El Notario advertirá (...) 3º (...) En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura

⁷ Especialmente censurable es la resolución de 24 de julio 2008, que repite errónea e imprudentemente que el control de legalidad que incumbe al Registrador es “un claro entrometimiento en el ámbito del control judicial, pues el Registrador no puede hacer ese tipo de pronunciamientos, que sólo competen a un Juez”.

esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto”.

Esta remisión al art. 84 TR parece poco adecuada, pues no puede entenderse que el control de legalidad que el mismo artículo 18 de esta Ley 2/2009 reconoce a Notarios y Registradores desaparezca o se limite por el art. 84 TR cuando se trata de la protección de consumidores. Como se ha observado, además el art. 1 de la propia ley impone la aplicación de la norma más favorable a los consumidores.

En mi opinión, esta Ley, a pesar de esa específica remisión al art. 84 TR y “a otras Leyes complementarias” desautoriza claramente la interpretación de los artículos 10.6 LGDCU (hoy 84 TR) y 258.2 LH efectuada por la DGRN (especialmente por la R. 19.4.2006 y otras que la siguen) y alguna doctrina, que parte de la errónea idea de que una nulidad de pleno derecho, como es la establecida por los artículos 8 LCGC y 83.1 TR, sólo puede ser apreciada por los jueces y queda fuera del control de legalidad de los Registradores. Esta ley, como hemos visto, también desautoriza la errónea doctrina de la STS 28.5.2008 (sala 3ª) sobre el control notarial de legalidad.

Especialmente lúcida es la SAP Tarragona 2011 que revocó la citada resolución de 24 de julio de 2008. Con razón afirmó esta sentencia: “resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la L.H. no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción”. Consideró también que para el acceso al Registro de “cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador”.

III. EL DESGRACIADO ART. 84 TR- LGDCU (ANTIGUO 10.6 LGDCU)

La ignorancia de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho también dio lugar al desgraciado art. 84 TR- LGDCU (antiguo 10.6 LGDCU).

Artículo 84. “Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas
Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas 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”.

Este precepto es nefasto si se lee *a contrario*, pues esa lectura es disparatada, porque no sólo las cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación deben ser excluidas de las escrituras públicas y de los asientos del Registro de la propiedad, sino todas las que sean nulas.

Lo único que dice este artículo, rectamente interpretado, es que las cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁸ no deben ser autorizadas por el Notario y tampoco deben ser inscritas por el Registrador. No dice nada de las demás cláusulas abusivas, como obviamente tampoco de las demás cláusulas nulas de pleno derecho por vulnerar los límites generales de la autonomía privada (art. 1255). Es desatinado distinguir, a estos efectos, entre la nulidad de pleno derecho derivada de normas protectoras de consumidores y la nulidad de pleno derecho derivada de otras normas.

El argumento *a contrario sensu*, como ha señalado GARCÍA AMADO⁹, para ofrecer una conclusión lógicamente correcta, ha de apoyarse en una norma cuya estructura sea la del doble condicional “si y sólo si”. Además, el argumento a contrario es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo por sí mismo. Ninguna de estas condiciones se da en nuestro caso. Ni el texto está formulado literalmente en el sentido de un doble condicional, ni su interpretación por los medios ordinarios conduce a suponer que solamente puedan ser calificadas como nulas las condiciones generales cuya nulidad haya sido declarada por una sentencia inscrita en el desafortunado Registro de condiciones generales.

La exposición de motivos de la LCGC ha contribuido, junto a los debates parlamentarios, a esa nefasta e inaceptable interpretación *a contrario sensu* del art. 84 TR, cuando en su apartado IV dice: “La Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales, sin perjuicio de la publicidad registral de las resoluciones judiciales relativas a aquéllas a través del Registro regulado en el capítulo III y del deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas”.

Ahora bien, este texto está situado en el apartado IV de la Exposición de Motivos, no en el Preámbulo de dicha Exposición como dice la RDGRN 19.4.2006. Hago esta precisión, porque es importante la situación del citado texto en el apartado IV de la Exposición de motivos de la ley, pues ahí es donde trata del llamado control abstracto de las condiciones generales. En ese contexto la idea es exacta, porque, en efecto, ese control abstracto co-

⁸ La expresión Condiciones Generales de la Contratación, que es la usada por la ley de 1998, parece responder más a una concepción normativa de las condiciones generales de los contratos, que a una contractual, que, en cambio, es la seguida por la ley y por la generalidad de la doctrina.

⁹ GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24, 2001, págs. 85-114.

responde solamente a los Tribunales, a diferencia de lo que sucede en otros países (Reino Unido, Francia) en los que existe un control administrativo general. Extraer esa frase de este contexto ocasiona una lectura contradictoria con los preceptos que establecen la nulidad de pleno derecho (artículos 8 LCGC y 10 bis LGDCU y actual 83.1 TR-LGDCU), el principio de legalidad (artículos 9 y 103.1 CE, y 18 LH), el art. 6 de la Directiva y la jurisprudencia del TJUE.

Además el texto citado también alude al “deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas”. Aunque esta frase deje en la ambigüedad la naturaleza de esa colaboración, es razonable referirla a las funciones que corresponden a Notarios y Registradores con arreglo a las leyes.

El art. 84 es desafortunado también, aunque no se lea a contrario, porque no tiene en cuenta que la eficacia de una sentencia viene delimitada por la fuerza de la cosa juzgada. Una sentencia no es más que un acto de aplicación de la ley y carece de fuerza normativa general. Los funcionarios públicos no están sometidos a la doctrina de una sentencia, porque las sentencias no establecen, ni pueden establecer normas de carácter general. Por otra parte, es ridículo pretender que una sentencia posea mayor eficacia por su inscripción en un Registro. Lo único que podría añadir la inscripción en un Registro sería una carga específica de conocimiento de la sentencia a efectos de la responsabilidad de los funcionarios que debieran conocerla. Mas ni siquiera esto parece razonable, porque las sentencias no hacen pronunciamientos vinculantes fuera de los límites de eficacia de la cosa juzgada. En cualquier caso, hay que notar que este precepto no se refiere a la doctrina reiterada de las sentencias del Tribunal Supremo, que son las que pueden dar lugar a jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC.

Este precepto, que corresponde al artículo 10.6 LGDCU, es uno de los más desafortunados de los que la Ley 13 de abril de 1998 introdujo en la LGDCU. Debía haber sido derogado por la reciente Ley de protección de los deudores hipotecarios, pues en esa impropcedente lectura a contrario se justifica en cierta medida la ausencia de control de legalidad del título ejecutivo en esta materia.

El Proyecto de la Ley de 1998 no contenía esta norma, a la que se llegó después de un debate parlamentario revelador de los errores de algunos parlamentarios sobre la función calificadora del Registrador y sobre el alcance de la nulidad de pleno derecho, que la ley establece para las llamadas cláusulas abusivas.

El texto del Proyecto no era censurable cuando disponía que los Registradores calificasen el carácter abusivo de las cláusulas que afectaran a la eficacia real de los derechos inscritos. Las cláusulas abusivas son nulas y, por tanto, no deben ingresar en el Registro. No se debió sustituir este texto por el del art. 10.6 LGDCU, actual 84 TR.

La crítica a las excesivas funciones que el Proyecto atribuía al Registrador fue más allá de lo necesario. Además incurrió en el desconocimiento de las que la legislación vigente (artículo 18 LH), con toda razón, le atribuía y atribuye.

Ahora bien, en rigor, no era necesario un artículo en la LGDCU que repitiera el art. 18 LH, como el que contenía el Proyecto inicial¹⁰. Este defecto de técnica legislativa ha tenido malas consecuencias.

El informe del Consejo de Estado (Dictámenes. Número de expediente: 3194/1997) tampoco atinó cuando consideró que la calificación registral del carácter abusivo de las condiciones generales podía suponer, en los casos dudosos, un ataque a la libertad contractual de las partes y a la tutela judicial de los derechos.

El alto organismo consultivo no tuvo en cuenta que la contratación por medio de condiciones generales es un procedimiento que provoca un enorme déficit de libertad contractual para el consumidor. La imposición del contenido contractual por medio de condiciones generales o cláusulas predispuestas no es conciliable con la verdadera libertad contractual del consumidor. Los contenidos contractuales impuestos en condiciones generales no se pueden legitimar sólo por una ficción de libertad contractual de ambas partes, que, en gran medida, es realmente inexistente referida al consumidor, sino sólo por superar un específico control de legalidad, además del control de incorporación. Por eso, el control de legalidad de las condiciones generales no ataca a la verdadera libertad contractual. Como BASEDOW ha dicho con razón, el control de legalidad del contenido es el reverso de la pretensión de una de las partes contratantes de ostentar el poder de configuración unilateral del contrato¹¹.

Tampoco cabe argüir, como hizo el Consejo de Estado, que la calificación registral podría poner en peligro la tutela judicial de derechos, porque la calificación registral, en ningún caso, cierra el acceso a los tribunales. Si hablamos de la tutela judicial de derechos, la cuestión consiste en si debe ser el consumidor o el empresario quien tenga la carga de acudir a los tribunales. La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas y el principio constitucional y europeo de protección de los consumidores dan clara respuesta a esta cuestión, las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y para ello no es necesaria una declaración judicial. En cambio, siguiendo la opinión del Consejo de Estado, si la cláusula abusiva ingresa en el Registro, será el consumidor quien, en su momento y en su caso, tenga que recurrir a los tribunales, cosa que difícilmente hará. Las consecuencias de esta doctrina en el caso de la ejecución hipotecaria de viviendas han sido nefastas.

Como ya se ha dicho, el TJUE ha sentado claramente que la nulidad de las cláusulas abusivas no requiere una sentencia judicial que la declare. Las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y para ello no se requiere una declaración judicial.

¹⁰ En este sentido acertadamente, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?” en *RdPat*.8, 2002, p. 69-104.

¹¹ BASEDOW, J. Kommentar zum § 306 BGB“, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2003, p. 1065 y ss.

Si la calificación registral es desfavorable, la consecuencia debería ser la inscripción conforme al título presentado, pero sin la cláusula nula. No debe aceptarse que no se inscriba el derecho por retirada del título, porque lo procedente es que recurra el empresario, bien para sostener la inscribibilidad de la cláusula, bien para sostener la nulidad total del contrato correspondiente. La inscripción de la cláusula nula es contraria a la legalidad y además perjudica notablemente al consumidor, pues le impone o acudir a los tribunales, lo que difícilmente hará, o aceptar la cláusula abusiva, que es lo que precisamente la Ley no quiere.

El principio constitucional (artículo 51 CE) y de la Unión Europea de protección de los consumidores mereció en ese dictamen del Consejo de Estado menos consideración que la libertad contractual de los empresarios para imponer contenidos contractuales y, eventualmente, cláusulas abusivas. En caso de duda, se protegería el acceso al Registro de los contenidos contractuales impuestos, porque así, se dijo, se protege la libertad contractual del empresario, en vez de proteger al consumidor. Equivocarse en favor de los empresarios, es preferible, según esta filosofía o ideología, a equivocarse en favor de los consumidores. También, en caso de duda, el Consejo de Estado entendió “sesudamente” que fueran los consumidores los que acudiesen a los Tribunales, porque en otro caso se pondría en peligro la tutela judicial de los derechos de los empresarios. Esta doctrina es contraria, como ya se ha dicho, a la Ley (art. 83 TR-LGDCU y 18 LH), al art. 51 CE y al Derecho de la Unión Europea y, por tanto, no debe prevalecer.

El nuevo art. 129 LH, que ha sido reformado por la ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios, parte de que el notario puede advertir la existencia de cláusulas abusivas en el momento de la ejecución extrajudicial. Sería más eficaz que las apreciara a la hora de autorizar el título y que, como es de rigor, controlara su legalidad denegando su inclusión en la escritura. Carece de buen sentido que el Notario advierta la existencia de cláusulas abusivas a la hora de la ejecución hipotecaria, y en cambio no se le permita controlar la legalidad *ex ante* de los títulos ejecutivos que autorice¹². Podría suceder que un notario apreciara la existencia de cláusulas abusivas y advirtiera al deudor para que demande la nulidad a fin de que se pueda paralizar una ejecución (nuevo art. 129 LH) que

¹² El nuevo art. 129. 2. f) dispone: “Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor”.

se apoyara en un título autorizado por él mismo. Es preferible obviamente un control de legalidad preventivo para evitar este resultado.

No obstante, esta solución ideal encuentra un grave inconveniente en la actitud de las partes. El adherente puede hacer caso omiso a la advertencia del notario por desear cerrar el negocio sin dilación. Ante una decisión del notario de no incluir cierta cláusula, el predisponente puede negarse a otorgar el documento. Son necesarias reglas claras y terminantes que proscriban la inclusión de cláusulas nulas en el documento notarial, pero el predisponente siempre se podrá negar a la documentación y se producirá la situación de todo o nada, que es la que la ley no quiere, pues la nulidad de las cláusulas abusivas solo determina la nulidad parcial del contrato (art. 83TR-LGDCU). Al adherente, aunque antes de la documentación ya se hubiera perfeccionado el contrato, por la aceptación de una oferta vinculante, solamente le queda el recurso a la vía judicial para exigir la documentación (art. 1279 y 1862), vía que difícilmente emprenderá.

El Tribunal Supremo ha cooperado también a provocar esta insensata situación de ausencia de control preventivo de legalidad, cuando en su sentencia de 20 de mayo de 2008 (sala 3ª) anuló, entre otros preceptos, parte del art. 145 del Reglamento notarial, invocando, entre otras razones, la trascendencia que tiene para los particulares la denegación de la autorización del documento por parte del notario.

No supo ver el Tribunal Supremo la gravedad de la autorización de un documento público con contenido ilegal, pues la escritura pública está dotada de fe pública y fuerza ejecutiva. Desde su parcial visión, el Tribunal Supremo afirmó: “A tal efecto lo primero que debe significarse es la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los interesados, privándoles de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 CC) y la correspondiente garantía y eficacia que de ello deriva (art. 1218 CC) y posibilidades de negociación que tal garantía facilita, así como de la subsiguiente protección registral, si quiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17,18, 24, 25, 32 LH; arts. 1473 párrafo segundo, 1526, párrafo segundo del CC, entre otros), por citar los aspectos más destacados.

Tales efectos se proyectan sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que por lo tanto ha de entenderse sujeta a reserva de ley según resulta del art. 33.2 de la Constitución, en relación con el art. 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho”.

La sentencia erróneamente atendió sólo a las consecuencias de la falta de documentación, sin ver que es gravísimo documentar en escritura pública un contenido ilegal, puesto que, insisto, la escritura pública goza de fe pública y de fuerza ejecutiva. Asombra además

el desconocimiento, por parte del Tribunal, del principio de legalidad al que está sometida toda la actividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias.

Notarios y Registradores en cuanto son funcionarios públicos están sometidos al principio de legalidad. Conforme a este principio la Administración está sometida plenamente a la Ley y al Derecho (art. 103. 1 CE), lo cual, se ha dicho, tiene un doble significado: a) El sometimiento de la acción administrativa a todo el sistema normativo y b) La plena juridicidad de la acción administrativa. El Derecho es un parámetro de toda la actuación administrativa.

Aunque los Notarios y los Registradores sean funcionarios con características muy especiales, y su función no sea “administrativa”, ni los Notarios pueden poner la fe pública al servicio de cláusulas nulas, ni los Registradores pueden permitir su acceso al Registro. Ambos son titulares de una función pública que les obliga, en su ejercicio, al respeto de la ley.

Del principio de legalidad aplicado al Registro de la propiedad y a la función notarial, no debería hacerse ninguna excepción cuando se trata de la protección de los consumidores, cosa que se olvida al interpretar *a contrario sensu* este artículo y el art. 258.2 LH.

Es lamentable que esta doctrina errónea haya facilitado la ejecución de hipotecas con cláusulas abusivas. La ley del notariado (artículos 2. 17 bis, 24) prestaba además suficiente cobertura al reglamento para respetar la reserva de ley.

IV. LIBERTAD CONTRACTUAL Y CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

Los problemas que originan las condiciones generales de los contratos han merecido la atención de los legisladores especialmente en el último cuarto del siglo pasado. En España, aunque ya antes de la Directiva europea de 1993, la ley general de defensa de los consumidores y usuarios de 1984 trató de las condiciones generales en los contratos entre empresarios y consumidores, puede decirse que existe todavía una incomprensión bastante extendida en la práctica sobre los problemas que origina el procedimiento que establece la regla contractual mediante condiciones generales¹³.

¹³ No ignoro los primeros e importantes trabajos de muchos autores sobre las condiciones generales de los contratos, algunos excelentes. Sin embargo, no han sido tenidos en cuenta, en general como se merecen, en la práctica de los tribunales y por el legislador. Son merecedores de especial mención, entre otros, los trabajos de DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *ADC* 1961, pp. 295-342, y su polémica con Garrigues, también en “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC* 1982, p. 987-1086, de SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo”, *RDM*, N° 157-158, 1980, pp. 385-436, y ALFARO, J., *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid 1991.

La protección de los consumidores y usuarios frente a los contratos con condiciones generales no ha calado del todo en la cultura jurídica española a todos los niveles, legislativo, judicial, institucional y doctrinal. Es verdad que existe un sentimiento generalizado sobre la necesidad de protección de los consumidores ante las condiciones generales, pero es necesaria una mejor formación de los juristas en esta materia, pues ideas básicas son frecuentemente ignoradas. Ojalá que las malas experiencias de estos últimos tiempos estimulen la mejora de esa formación.

El control de las cláusulas abusivas no basta por sí solo para resolver los problemas de los deudores que no alcanzan a cumplir sus obligaciones y se ven privados de su vivienda, pero los puede mitigar notablemente. La justicia y la ley exigen que los acreedores no exploten ilegalmente a los deudores y, sin embargo, los explotan mediante condiciones generales de los contratos y prácticas abusivas sin que lo impidan siempre quienes tienen competencia para aplicar la ley.

Es muestra de esta desprotección, por ejemplo, que para justificar la injusticia y la ilegalidad se apele a la seguridad jurídica, como ha hecho la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013– en su marginal 287– al declarar que la nulidad de ciertas cláusulas suelo no tiene efectos retroactivos¹⁴. Así, quienes cobraron ilegalmente retendrán lo indebidamente percibido. Me ocupo más adelante en este mismo trabajo de esta sentencia.

La palabra “abusiva” no es afortunada, porque centra su fuerza de significación en el contenido de la cláusula contractual, y oculta que la nulidad de las llamadas cláusulas abusivas no depende solamente de su contenido, sino además y de modo esencial del procedimiento por el que se establece la regla contractual y de la cualidad de empresario y consumidor de los contratantes. Esta precisión es fundamental, porque unos mismos contenidos contractuales en condiciones generales o cláusulas predisuestas son válidos entre empresarios y nulos en contratos entre empresarios y consumidores. También una misma cláusula puede ser válida si ha sido negociada individualmente entre empresario y consumidor y nula si se contiene en condiciones generales o ha sido predispuesta por el empresario. La palabra abusiva no da cuenta de la importancia de estos factores y da lugar a que se interprete más laxamente e indebidamente el control que la ley efectúa. No se trata de un control excepcional y solo por razón del contenido inícuo de la cláusula, sino de un

¹⁴ “287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE–, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que “[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

control que toma en cuenta un procedimiento contractual típicamente desequilibrador de derechos y obligaciones de las partes respecto del que existiría si la cláusula no existiera.

En efecto, cuando la ley considera nulas las llamadas cláusulas abusivas no lo hace sólo por su contenido, sino por el procedimiento contractual y la condición de los contratantes. Se trata de un control específico de validez que efectúa la ley por razón del procedimiento empleado al establecer los derechos y obligaciones de las partes y por razón de las personas de los contratantes. Este control es más riguroso que el general. El control general de validez de los contenidos contractuales se efectúa por medio de las leyes imperativas, la moral y el orden público (art. 1255). En el control de las llamadas cláusulas abusivas tienen importancia decisiva el derecho dispositivo y la buena fe.

Ese específico control de validez se debe a que las condiciones generales o cláusulas predispuestas por el empresario son “*impuestas*” al consumidor, como la misma ley dice¹⁵. La “imposición” es presupuesto de un régimen jurídico específico, que establece un control de validez diferente del general para los contenidos impuestos en condiciones generales.

Si algo se “impone”, por una parte contratante a la otra, parece claro que su obligatoriedad no se puede justificar por ser un acto de autonomía privada, o, al menos un acto de autonomía privada igual a aquellos en que no exista imposición. Supuesto que los empresarios no tienen una potestad creadora de normas, y supuesto que las condiciones generales se “imponen” como la ley dice y la doctrina repite, ese contenido contractual debe merecer un tratamiento diverso del general aplicable a los otros contenidos contractuales. ¿Por qué obligan entonces las condiciones generales? Esta pregunta lejos de estar fuera de lugar, como alguno cree, es esencial.

La libertad contractual es uno de los valores fundamentales de una economía de mercado liberal, pero puede concebirse de manera muy diferente según se entienda en sentido formal o en sentido material.

Quienes la conciben desligada de los valores materiales encarnados en el libre desarrollo de la personalidad no otorgan demasiada importancia al procedimiento contractual a través del que se ejerce. Se utiliza entonces el concepto de autonomía de la voluntad como un concepto casi vacío que se aplica *tout court* a figuras tan dispares como el testamento, la letra de cambio, los contratos que son objeto de detenidas negociaciones, y las condiciones generales de los contratos entre empresarios y consumidores. Todos estos actos y contratos producen efectos jurídicos, se dice, por haber sido queridos. El control de las llamadas cláusulas abusivas aparece entonces como algo excepcional determinado por el contenido de la concreta estipulación. Algunos planteamientos de este signo parten de una concepción de la autonomía privada meramente formal, propia más bien del siglo XIX, para someterla

¹⁵ “Art. 1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea *impuesta* por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

después de manera excepcional a un intervencionismo característico de ciertas épocas del siglo XX.

Las condiciones generales ponen de manifiesto, si se analizan a fondo como fenómeno social, gravísimas objeciones a la teoría liberal de los contratos, porque su admisión trae consigo imposiciones del contenido contractual que son inconciliables con la verdadera libertad contractual. Se trata de una grave contradicción que ha de ser destruida mediante un específico control de contenido y la explicación de las condiciones generales como contenidos contractuales diversos.

Para la coherencia de la doctrina liberal de los contratos, los contratos con condiciones generales han de ser segregados de los contratos en general y tratados en alguna medida de manera diferenciada. Solamente desde posiciones ultra-liberales, puede desconocerse la necesidad de un control de contenido de las condiciones generales diferenciado del aplicable al resto de los contenidos contractuales.

Desde una perspectiva intervencionista, un control de contenido muchas veces se considera normal y no se plantea, al menos de modo tan imperioso, la necesidad de fundamentarlo y diferenciarlo de los generales. Mas la aplicación del control específico al que se someten las condiciones generales y cláusulas predispuestas exige establecer esa diferencia para su debida concreción. No es indiferente partir de unas u otras ideas a la hora de determinar el control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas. Un ejemplo muy relevante puede encontrarse en la ya superada reticencia jurisprudencial a estimar la nulidad de las condiciones generales de sumisión expresa. A pesar de contar en la LGDCU con la cláusula general de la buena fe desde 1984, los Tribunales no declararon la nulidad de dicha sumisión hasta que apareció la Directiva. Las diversas sentencias que declararon su validez se enfrentaron con la cuestión desde gélidos planteamientos contractualistas desde los cuales era difícil declarar su nulidad. Esta jurisprudencia es un ejemplo de que el descuido de las cuestiones básicas acarrea malos resultados. El control de contenido depende en gran medida de ellas y más aún cuando se trata de concretar la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones, que no es un elemento decorativo y meramente retórico, sino herramienta fundamental para obtener una finalidad de política legislativa definida constitucionalmente (art. 51 CE).

Libertad para vincularse e igualdad ante las reglas jurídicas están seriamente afectadas por un procedimiento contractual que establece el contenido mediante condiciones generales o cláusulas predispuestas, más aún cuando se trata de contratos con consumidores.

Por otra parte, la sociedad moderna de consumo exige imperiosamente la protección de la confianza del consumidor. Éste no puede determinar el contenido contractual y cómo no tiene posibilidades de elegir, porque la selección de condiciones generales entre las de los diversos competidores es prácticamente imposible por ineficiente, solamente le quedaría como alternativa abstenerse de contratar. Esta alternativa es inaceptable, porque al ciudadano ha de ofrecérsele la posibilidad de realizar contratos sin someterse a la voluntad

de la otra parte. Además, contratar o no contratar no sólo interesa al consumidor, sino a una sociedad en la que el consumo es pieza clave de la economía.

La renuncia a contratar no puede ser una alternativa aceptable, porque desde un punto de vista de protección de la libertad individual el Ordenamiento jurídico debe garantizar el desenvolvimiento de una actividad contractual en condiciones adecuadas, y porque la sociedad de consumo no puede admitir que la renuncia a contratar sea una opción generalizada.

De la misma manera que se ha dicho que la transformación del Derecho de la competencia desleal procede de la idea de la protección de los consumidores, puede decirse que el control de las condiciones generales en beneficio de los consumidores es un problema relacionado con la ausencia de competencia entre los empresarios en lo que se refiere al contenido contractual establecido mediante ellas. También se ha dicho, con razón, que hoy la libertad y la justicia contractuales sólo pueden ser concebidas bajo referencia constante a los efectos de la competencia.

Esto tiene importancia, como se puede comprender fácilmente, porque el control de las condiciones generales y cláusulas predisuestas depende, para unos, de los límites de la autonomía privada, y, para otros, además y sobre todo, de la naturaleza del procedimiento por el que se establece la regla contractual. En nuestro Derecho, además depende de la condición de profesional y consumidor de las partes. Algunas sentencias, al controlar las condiciones generales, todavía fundan sus decisiones en la voluntad del adherente sin tener en cuenta la peculiaridad de un procedimiento contractual en el que disminuye la relevancia de esa voluntad en lo relativo al contenido predispuesto. Así por ejemplo, la importante sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, en su fundamento séptimo apela a la libertad contractual del consumidor para considerar válida una condición general que, al alterar las reglas de la compensación de los arts. 1196 y ss. le privaba de los derechos que le confieren normas dispositivas y es, por tanto, nula conforme al art. 86 del TR-LGDCU.

A lo largo del siglo XX se han producido profundos cambios y en él se han manifestado ideologías muy diversas que se reflejan en las doctrinas sobre el contrato, pero si algo parece claro hoy es que ya no se puede hablar ni de crisis o muerte del contrato (GILMORE, *The Death of Contract*, 1974) ni del predominio de una ideología intervencionista, sino más bien del retorno de las doctrinas liberales, aunque en un contexto muy diferente y por tanto con significado y alcance distintos a los que tuvieron inicialmente. El libro de ATIYAH, *Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1980, según reconoce el mismo autor, se cierra cuando comienza un resurgimiento de las doctrinas liberales de la mano de la que llama nueva derecha a partir de la llegada al poder de M. Thacher en 1979 (v. ATIYAH, “Freedom of Contract and the New Right”, en *Essays on Contract*, Oxford 1990, p. 355 y ss.).

Cuando se parte de una concepción del negocio jurídico que disminuye la importancia de la voluntad, el centro de gravedad del control se desplaza hacia el contenido y se desdibuja la importancia del procedimiento contractual. Si lo que importa es el contenido

de la cláusula, entonces no aparece claro por qué no se somete también al mismo control a las cláusulas negociadas.

Las concepciones que dan por supuesta la obligatoriedad de las condiciones generales, como algo absolutamente natural, sin separar esta cuestión de la obligatoriedad del contrato, olvidan que la justicia contractual es en gran medida una cuestión de procedimiento. CANARIS¹⁶, desde un punto de vista sustancial de la libertad contractual, se refiere al carácter fundamentalmente “procedimental” (“*prozedural*”) de la justicia conmutativa en el actual Derecho contractual: “... aa) En un Ordenamiento jurídico en el que el principio de la libertad contractual sea uno de sus valores centrales, el criterio más importante para garantizar la justicia conmutativa consiste en la voluntariedad del vínculo contraído por las partes. Esto es coherente con la máxima “*volenti non fit iniuria*”, que expresa una idea fundamental de la justicia, en cuanto respeta la autonomía de la persona y su dignidad. Según esto no se atiende a una cierta corrección substancial o del contenido. Consecuentemente no se plantea, en contra de una tradición centenaria, el famoso y muy tratado problema del justo precio. Subyace a este tipo de justicia el principio de equivalencia formal o subjetiva, según el que el Ordenamiento jurídico reconoce como contraprestación justa la que las partes hayan acordado. Aparte de ello, no es necesaria ni siquiera una contraprestación, como muestra el ejemplo de la donación. Este ejemplo prueba de manera especialmente convincente que el juicio acerca de la justicia del acuerdo se ha de construir ante todo sobre la voluntariedad de la celebración del contrato y no sobre cualquier clase de corrección del contenido. Pues si la donación verdaderamente se ha efectuado libremente, sería completamente absurdo considerarla “injusta”, porque el donante no obtiene ninguna contraprestación. bb) En consecuencia, entonces ha de ser ciertamente una tarea central del Derecho contractual, asegurar la voluntariedad de la perfección del contrato”.

Algunas posiciones doctrinales, por el contrario, se atienen a una concepción meramente formal de la autonomía privada, sin asegurarse de la plena voluntariedad del acuerdo, y después dan importancia –erróneamente– a la equivalencia de las prestaciones, sin tener en cuenta, además, que el equilibrio que se persigue es de derechos y obligaciones (art. 82 TR-LGDCU). Pero hay que partir de otros presupuestos, porque es injusto un contenido contractual establecido con engaño o intimidación, aunque no exista lesión (art. 1300 Código civil), mas no contravienen la justicia conmutativa ni una donación ni una venta con precio inferior al de mercado por diversas razones como amistad, parentesco o conveniencia.

No se debe marginar la importancia de la voluntad en los contratos en una economía de mercado, que es la que ahora prevalece. Si se justifica un control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predisuestas es por establecerse la regla contractual por un procedimiento en el que típicamente la voluntad del adherente no tiene ningún protagonismo y, por tanto, por un déficit de libertad contractual. No debe perderse de vista que es presupuesto de aplicación de la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos

¹⁶ Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, Múnich 1997, p. 46 y ss.

y obligaciones que las estipulaciones no hayan sido negociadas individualmente. También depende de este presupuesto la aplicación de las listas que se contienen en los artículos 85 a 90 del TR-LGDCU, en la medida en que no contengan normas imperativas de aplicación general.

De otra parte, es llamativo, como ya hemos dicho, que nadie, incluso la misma Ley, se recate de hablar de imposición de las condiciones generales. La insensibilidad de algunas sentencias para distinguir el control de los contenidos contractuales impuestos de los demás controles, solamente se explica por aceptar una idea meramente formal de la autonomía privada.

En cualquier caso, las condiciones generales o cláusulas predisuestas no tienen fuerza de ley entre las partes, como para los contratos en general dice el art. 1091, por la mera adhesión, si no superan un control al que no están sometidos otros contenidos contractuales.

Aunque se ha discutido mucho sobre la naturaleza contractual de las condiciones generales, no puede discutirse que sean contractuales en el sentido de que pretendan regular un contrato y por ello ser regla contractual. Pero la regla contractual procede de fuentes distintas y cuando no procede de la voluntad de ambos contratantes, debe proceder de una fuente que tenga eficacia normativa. Si, como en frase célebre ya puso de manifiesto DURKHEIM, en los contratos hay muchos elementos no contractuales (“*car tout n’est pas contractuel dans le contrat*”), se puede decir que la vigencia de las condiciones generales no se legitima solamente por el consentimiento contractual, sino por su conformidad con un equilibrio que no se exige a las reglas contractuales que proceden de la voluntad de ambas partes. “*Les seuls engagements que méritent ce nom (contractuel) sont ceux qui ont été voulus par les individus et qui n’ont pas d’autre origine que cette libre volonté. Inversement, toute obligation qui n’a pas été mutuellement consentie n’a rien de contractuel*”¹⁷. Las condiciones generales son contractuales, sin duda, si llegan a ser regla contractual, pero para ello deben cumplir requisitos de validez extraños a otros contratos, si es que se las somete, como en el TR-LGDCU, a un control de contenido específico. Ese control se justifica precisamente por haber sido consentidas de manera diferente y entre sujetos determinados (predisponente profesional y adherente consumidor).

No cabe decir: la voluntad no importa, el adherente las ha consentido mejor o peor, por eso las condiciones generales son vinculantes para él. Si las ha consentido peor que otros contenidos contractuales, o si su voluntad no importa en cuanto a esas cláusulas, eso introduce justamente la razón de un control de contenido más intenso que el general, porque la justicia contractual es una cuestión en gran medida de procedimiento y en ese procedimiento la voluntad es esencial.

El art. 86 TR-LGDC limita extraordinariamente el ámbito de la obligatoriedad de las condiciones generales y cláusulas predisuestas en los contratos entre empresarios y

¹⁷ DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, 7ª París 1960, p.189.

consumidores al decir: “En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas...”. De acuerdo con esta norma, son abusivas cláusulas que están permitidas por la mayoría de las normas del Derecho de Contratos, pues éstas son generalmente de Derecho dispositivo. La trascendencia de esta norma es enorme. Como ya he dicho, las cláusulas de compensación sometidas al control por la STS 16.12.2009 son nulas conforme a ese artículo, pues privan al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas, al admitir compensar obligaciones no homogéneas (dinero con valores) y con obligaciones no vencidas. La apelación que hace la sentencia a la libertad contractual del consumidor olvida precisamente que el Derecho dispositivo deja de serlo cuando condiciones generales o cláusulas predisuestas privan de derechos al consumidor.

Aunque se habla constantemente de control judicial de contenido de las condiciones generales o cláusulas predisuestas, en realidad, el control del que tratamos es un control de legalidad que incumbe a todo aquel que deba aplicar la ley. Se trata ante todo de un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predisuestas que realiza la ley y cuya consecuencia es la nulidad de pleno derecho (art. 83 TR-LGDCU). Es decir, ni los jueces tienen un poder configurador del contenido contractual, ni es necesaria una sentencia para que se produzca la nulidad, porque ésta es de pleno derecho. La STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon, C-243/08) confirma que la apreciación de la nulidad no requiere una declaración judicial y con ello desautoriza una interpretación *a sensu contrario* del art. 84 TR-LGDCU y que el control de legalidad de las cláusulas predisuestas corresponda solamente a los jueces.

Ahora bien, el control abstracto del contenido de las condiciones generales, por medio de las acciones colectivas, sí es, en cierto sentido, un control judicial, si lo designamos así justamente por oposición a un hipotético control administrativo, es decir, en el sentido de que no existe un control administrativo que someta las condiciones generales a un control abstracto de validez por un órgano de este tipo. Pero ese control judicial efectuado en abstracto sigue siendo un control legal de validez, porque los Tribunales al ejercer ese control lo hacen exclusivamente en aplicación de la ley.

Es importante reconocer el carácter de control de legalidad del control del contenido de las condiciones generales o cláusulas predisuestas y negar que pueda entenderse como un control judicial de equidad. Esto es importante en la Ley de Condiciones Generales para poner de manifiesto que los jueces no cuentan con normas específicas que les autoricen a controlar las condiciones generales de los contratos entre empresarios. En el TR-LGDCU hay que precisar que el control es un control de legalidad para rechazar de plano que pueda existir un control de contenido sobre extremos como los precios no sometidos a disposiciones jurídicas. En los dos ámbitos, que se trate de un control de legalidad, es importante para afirmar la posibilidad de apreciar una nulidad de pleno derecho, no sólo por los jueces, sino también por los funcionarios dentro de sus competencias.

V. LA STJUE 14.3.2013

La repercusión de esta sentencia ha sido extraordinaria, porque ha llegado en un momento de importantes movimientos ciudadanos en contra de las graves consecuencias que provocan las ejecuciones hipotecarias de viviendas.

Esta sentencia ha declarado que la Directiva de 1993 se opone a que a una normativa como la española que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite tampoco que el Juez que conozca del procedimiento declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la decisión final¹⁸.

¹⁸ Dice la sentencia: “59 Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77).

60 En efecto, tal como señaló también la Abogada General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

61 Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.

62 Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55).

63 En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.”

Ha provocado la necesidad de arbitrar un cauce de oposición a la ejecución hipotecaria para evitar precisamente que ésta se produzca sobre la base de un título ejecutivo y datos registrales que contengan cláusulas abusivas. A esta situación no se debería de haber llegado, al menos como regla general, si se hubieran respetado, e incluso potenciado, los controles de legalidad que incumben a Notarios y Registradores.

La nueva ley de 9 de mayo de 2013 ha modificado además del art. 129 de la LH que regula el procedimiento de ejecución extrajudicial, también la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La STJUE además es importante porque ha recordado cómo hay que proceder para determinar si una cláusula es abusiva. Es una de las cuestiones que ya debería ser bien sabida, pero no es así. J. ALFARO lo explicó muy bien hace años, mientras que DE CASTRO ya antes puso de manifiesto la importancia del derecho dispositivo para el control de las condiciones generales de los contratos.

60. (...) para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”.

Esto significa que ha de buscarse la norma aplicable en defecto de pacto, esto es, la norma dispositiva que la cláusula cuestionada haya excluido de aplicación. El parámetro del control lo proporciona el Derecho que sería aplicable si no existiera la cláusula que se cuestiona. Con esta regulación es con la que hay que comparar el equilibrio de derecho y obligaciones contrario a la buena fe. Es contraria a la buena fe la sustitución del Derecho aplicable por unas condiciones contractuales que establezcan unos derechos y obligaciones de las partes distintos de los legales en interés exclusivo del predisponente. Derechos y obligaciones legales, en el sentido del Derecho dispositivo, no del imperativo, pues este impone límites generales de la autonomía privada con independencia de que se trate de condiciones generales y de contratos entre empresarios y consumidores.

La STJUE 14.3.2013 se refiere a dos cláusulas muy frecuentes y que son abusivas generalmente. Se trata de las cláusulas de vencimiento anticipado y la de los intereses de demora.

La importancia de estas cláusulas es muy notable, sobre todo porque al actuar combinadamente aumentan enormemente la deuda.

VI. LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR FALTA DE PAGO

Las cláusulas de vencimiento anticipado provocan la obligación de restituir el importe total del préstamo. A partir del vencimiento se devengan intereses de demora del total capital y no sólo de las cuotas impagadas. Como es fácil imaginar esta obligación de restitución es imposible de afrontar por quien no ha podido pagar las cuotas vencidas.

Es razonable que el prestamista pueda resolver el contrato y exigir anticipadamente el pago del capital si el deudor no cumple su obligación. Ahora bien, si confrontamos las cláusulas de vencimiento anticipado que contienen muchos contratos con la regulación aplicable en caso de incumplimiento del deudor, se observa que muchas son abusivas.

Para que pueda resolverse un contrato por incumplimiento del deudor, este incumplimiento debe revestir cierta gravedad, además de afectar a la obligación principal. La cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota del préstamo es, según esto, abusiva.

En un préstamo hipotecario a 30 años de 150.000 euros, por ejemplo, el impago de una sola cuota, como establecen algunas cláusulas de vencimiento anticipado, parece claramente desviado de la regla dispositiva, tal como ha sido interpretada por el TS y la generalidad de la doctrina. Es por tanto abusiva¹⁹. Recuérdese que cuando utilizamos la expresión abusiva, nos referimos a cláusulas predisuestas e impuestas en contratos entre empresarios y consumidores. En nuestro caso, entidades financieras y deudores hipotecarios consumidores. Con absoluta abstracción de esta delimitación, la STS 16-12-2009, afirmó:

“La parte recurrente entiende que la cláusula se subsume en las hipótesis de cláusula abusiva de los Apartados 2, inciso segundo, 3, inciso segundo, y 17 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, por falta de reciprocidad y desproporción en la sanción que se aplica (la resolución del contrato).

El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa-verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial,

¹⁹ Como dice BALLUGERA, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, N° 7507, Sección Doctrina, 11 Nov. 2010: “El incumplimiento reiterado y grave de la prestación principal del contrato es motivo suficiente para desencadenar el vencimiento anticipado de la obligación y reclamar el reintegro del capital prestado por medio de la acción hipotecaria. Pero no pagar el 0,31% de la deuda, que es lo que representa una mensualidad de capital e intereses en una hipoteca vivienda media de 2008, según la Asociación Hipotecaria Española. ¿Es un incumplimiento grave, reiterado y con entidad suficiente para provocar el vencimiento de toda la deuda pendiente?”.

como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo—. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (RJ 2000, 282) (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008 (RJ 2009, 152).

Por lo tanto, no hay conculcación de la doctrina jurisprudencial actual, y el motivo decae”.

La sentencia acudió simplemente al art. 1255 CC, como si el control de legalidad de la condiciones generales en contratos entre empresarios y consumidores fuera el mismo que el general de la autonomía privada.

La ley de 14 de mayo de 2013, ha modificado el art. 693 de la LEC, para permitir la ejecución en caso de vencimiento anticipado por el impago de tres mensualidades o el importe equivalente.

Esta norma parece todavía insuficiente, pues tres mensualidades pueden representar un importe que no alcance el 1% de la deuda. Conforme a las reglas del derecho dispositivo, tal como lo interpretan la jurisprudencia y la doctrina dominantes, un incumplimiento semejante no es suficiente para provocar el vencimiento anticipado. La regla no debe verse aislada ni de sus consecuencias determinadas por el interés de demora, ni de la garantía que supone la hipoteca para el acreedor. La regla establecida por una sola de las partes, predispuesta e impuesta a la otra, debe atender al interés de ambas tal como los valore el derecho dispositivo y este requiere un incumplimiento grave, aparte de atender a la existencia de una garantía tan potente como la hipoteca (art. 1129 CC).

Además se echa de menos en el art. 693 LEC una regulación específica para el préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual. El nuevo art. 693 LEC establece una regulación para toda clase de hipotecas y sólo se refiere a la de vivienda habitual para permitir la liberación del bien con la consignación de las cantidades debidas²⁰.

VII. LOS INTERESES MORATORIOS

La otra cláusula a la que se refería la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TUE, era la de los intereses moratorios. Según el relato de los hechos de la sentencia:

“El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 CatalunyaCaixa acudió a un notario con objeto de

²⁰ “Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior”.

que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora. Tras requerir infructuosamente al Sr. Aziz el pago de lo debido, CatalunyaCaixa inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas”.

Como puede verse desde el 28 octubre de 2008 al 11 de marzo de 2009 la deuda del Sr. Aziz ha pasado de 139.674,02 euros a más de 181.000. Es decir en poco más de 5 meses, según este relato de los hechos, a pesar de que los intereses moratorios eran de 18,75%, cifra comparativamente menos abusiva que la de otras cláusulas que alcanzan al 29%. El vencimiento anticipado combinado con los intereses de demora más las costas produce una auténtica ruina para el deudor. A ello hay que sumar que la entidad acreedora se adjudicó la vivienda por el 50% de su valor de tasación, es decir, por 97.500 euros, según el relato que se contiene en las conclusiones de la Abogada General Kokott. De esta manera el Sr. Aziz se quedó sin vivienda y debiendo a la acreedora seguramente mucho más de 90.000 euros, por la duración de la ejecución, y a un interés del 18,75%.

A la vista de estas consecuencias, cabe preguntar si este resultado no es solamente abusivo, sino también usurario. ¿Qué será en los casos en los que los intereses moratorios alcancen el 29%? Habrá que dejar para otro momento el estudio de los préstamos usurarios, pero en mi opinión, los intereses y resultados que producen estas ejecuciones hipotecarias probablemente sean usurarios.

Si aplicamos el detector de cláusulas abusivas, que como hemos dicho, es el derecho dispositivo, esto es, el que sería aplicable sin la cláusula, hallamos un interés en caso de mora del deudor del 4% (art. 1108 CC), por tanto, un interés de 18,75% es abusivo, pues excede en mucho a ese parámetro.

Las decisiones de las Audiencias sobre los intereses moratorios son dispares. Una línea jurisprudencial aplica por analogía el art. 19.4 LCC (hoy 20.4) que fija imperativamente un límite a los intereses por descubiertos en cuenta corriente en 2,5 veces el interés legal²¹.

La LGDCU en su redacción de 1984 consideraba nulas en su art. 10.4: “Las condiciones abusivas de crédito” sin ulterior concreción.

²¹ V. las numerosas sentencias citadas por ANTÓN MEDRANO, N., “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Hacia un Código del Consumidor*, CGPJ, 2006 p. 368, y además, entre otras, SAP Asturias 21.2.2005. con cita de otras, SSAP Las Palmas 17.7.2009, 16.2.2009, SAP Santa Cruz de Tenerife 4.11.2009, AP Girona 15.12.2009 con cita de otros autos y sentencias. En contra, Badajoz 1.7.2008, Barcelona 18.6.2008, Castellón 25.3.2008, Pontevedra 5.3.2008 etc.

El actual art. 89.7 del TR-LGDCU dispone: “La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo”, hoy art. 20.4 en la redacción de 2011.

Ahora bien, obsérvese que la lectura del art 89.7 TRLGDCU sería más clara si se invirtiera el orden de las frases así:

“La imposición de condiciones de crédito que superen los límites que se contienen en el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo para los descubiertos en cuenta corriente”.

En mi opinión, este texto no es una norma reguladora de los descubiertos en cuenta corriente, sino una norma reguladora de las condiciones de crédito en general por remisión a los límites establecidos para los descubiertos en cuenta corriente en la LCC. Supuesto que los intereses remuneratorios son elementos esenciales en un préstamo oneroso y que respecto de ellos funciona la competencia, debe entenderse que este precepto limita los intereses moratorios, que son objeto de condiciones generales y no particulares. La propuesta inversión de las frases proporciona una redacción más clara que la vigente, pues la frase “para los descubiertos en cuenta corriente” debería ir o entre comas o antes del primer “que” del párrafo para ser clara en el sentido que usualmente se le atribuye. Tal como está redactado el texto es defectuoso, al menos, por la falta de comas.

Es inaceptable además entender que la ley general de defensa de los consumidores se limite a regular las condiciones de crédito para los descubiertos en cuenta corriente, sobre todo cuando la primera versión de la Ley aludía en general a las condiciones de crédito. La lectura que habitualmente se hace en doctrina y jurisprudencia es incorrecta, a mi juicio, porque supone que la ley general repite lo ya dispuesto por la ley especial sin añadir nada. Las normas de remisión pueden estar dirigidas al supuesto de hecho de la norma a la que se remiten o a sus consecuencias jurídicas. El art. 89.7 TR-LGDCU se dirige al límite del art. 20.4 para imponerlo a las condiciones de crédito en general y no para un supuesto de descubierto en cuenta corriente que ya está regulado en la LCC.

La conclusión debe ser por tanto que las condiciones de crédito, y no solo los descubiertos en cuenta corriente, que superen en 2,5 veces al interés legal del dinero son abusivas en condiciones generales o cláusulas predispuestas entre empresarios y consumidores, que es lo que regula el art. 87 TR-LGDCU y no por vía de analogía, sino por aplicación directa del art. 89.7.

La ley de 14 de mayo de 2013 que pretende reforzar la protección de los deudores hipotecarios, en este punto la empeora, según esto, pues establece el límite en tres veces el interés legal. Por ello merece una crítica muy desfavorable, pues se aprecia claramente que el legislador ha cedido a los intereses inmediatos de las entidades financieras. No parece que

esta decisión sea adecuada, porque se ha dicho con razón que estos intereses “no es cierto que cumplan una función disuasoria del impago: en los préstamos hipotecarios, nunca se deja de pagar por un cálculo económico, sino por un imprevisto o por una verdadera imposibilidad sobrevenida. De hecho, la acumulación de los intereses de demora tiene justo el efecto contrario –conocido como “*debt overhang*”–: cuando la deuda aumenta hasta tal punto que el deudor sabe que no va a ser capaz de pagarla, la cantidad que es probable que cobre el acreedor pasa a ser menor cuanto más aumenta la deuda... Esta teoría, desarrollada en el campo de las finanzas internacionales, se aplica en el caso de los deudores hipotecarios, pues cuando estos perciben que no podrán pagar ni con la venta o dación en pago de la vivienda, ni con los ingresos futuros, la actuación coherente del deudor desde el punto vista exclusivamente económico es tratar de dilatar el lanzamiento y de ocultar sus ingresos, con perjuicio de acreedor y de la economía en general”²².

Existía además una línea jurisprudencial muy ampliamente seguida, como hemos dicho, consistente en aplicar el límite del art. 20.4 LCC por analogía. Además la norma es especial para los préstamos hipotecarios sobre la vivienda habitual. La contradicción valorativa es enorme, primero porque la protección de la vivienda es una meta de política legislativa asumida constitucionalmente (art. 47 CE) que merecía un trato más favorable que los descubiertos en cuenta corriente, y segundo, porque la existencia de una garantía real tan sólida como la hipoteca justifica un interés menor. Lo grave es, por supuesto, que la combinación de estos intereses con el vencimiento anticipado provocará una deuda inasumible.

El límite exponencial, aunque fuese menor, tampoco sería adecuado. Lo procedente es sumar puntos a un interés básico y no multiplicar éste por 2,5 o por 3. Así lo hace la ley de lucha contra la morosidad.

El Derecho alemán nos da una muestra de esto último, además con un resultado espectacular pues se suman 2 puntos y medio a un interés básico (*Basiszinsatz*) tan bajo que en estos momentos está bajo cero (-0,13%) desde el 1 de enero de 2013. El § 503 BGB para los préstamos hipotecarios a consumidores establece en su ap. 2: “ El interés de demora importa, a diferencia de lo dispuesto en el § 497 ap. 1, 2,5 puntos por cien anuales sobre el interés básico”. En las deudas de dinero de los consumidores, en caso de mora se suman 5 puntos al interés básico. Es razonable que en los préstamos hipotecarios el interés sea menor que en los préstamos personales.

VIII. LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013 SOBRE LAS CLAUSULAS SUELO

En esta sentencia el Tribunal Supremo considera abusivas ciertas cláusulas suelo por falta de transparencia. No me ocuparé ahora más que del efecto no retroactivo que la sen-

²² ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Por qué hay que limitar los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, y cómo hacerlo”, en el blog ¿Hay derecho?

tencia da a la declaración de nulidad de estas cláusulas, que tiene la consecuencia de que las entidades financieras retengan lo indebidamente cobrado.

El Tribunal Supremo mezcla directamente Derecho Privado y Economía, ignorando, aunque conscientemente, que no puede excusar la aplicación de la ley porque los deudores –en este caso los Bancos– experimenten al cumplirla dificultades económicas²³. Es una decisión sorprendente, pues a pesar de razonar que la nulidad se produce desde el momento de la celebración del contrato²⁴, invoca la seguridad jurídica de los Bancos para eximirlos de devolver lo que cobraron indebidamente.

Desde el punto de vista de la nulidad de pleno derecho, la llamada irretroactividad de la declaración de nulidad no es admisible, porque la nulidad la declara la ley, sin que sea necesaria una sentencia, como ha dicho el TJUE. Las sentencias no son constitutivas de la nulidad, ni tampoco fuente del Derecho, por lo que no pueden suplantar a la ley.

Los argumentos para declarar irretroactividad de la nulidad en el sentido de que las cantidades indebidamente percibidas no hayan de ser devueltas, no son convincentes. Ni

²³ En su marginal 293 letra k “Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas”.

²⁴ “282. Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)–. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor “[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 , “ [...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la “*condictio in debiti*”. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente”.

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que “[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)”. 92. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93) , RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que “[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 164) , Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 (TJCE 2012, 220) , Rçdlihs, C-263/11 , Rec. p. I-0000, apartado 59).

el art. 106 de la LRJPAC ni los artículos de las leyes de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (artículos 114.2), de Marcas (artículo 54.2) y de Protección Jurídica del Diseño Industrial (art. 68), justifican la retención de las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula abusiva. De los límites señalados en el art. 106 LRJPAC solamente puede operar el derivado de la prescripción, pero obviamente ni la equidad, ni la buena fe pueden justificar lo cobrado indebidamente por los Bancos a los consumidores. En cuanto el límite de los derechos de los particulares, que también menciona el citado artículo, es evidente que está fuera de lugar su aplicación, pues es el derecho de los consumidores el que se pretende limitar con la irretroactividad. Los artículos de las otras leyes citadas admiten la restitución de las cantidades cobradas antes de la declaración de nulidad, por lo que su alegación es improcedente.

El TS cita también sentencias del Tribunal Constitucional que han limitado la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad²⁵, sin embargo, me parece claro que las situaciones son diversas. Las cantidades cobradas sobre la base de una cláusula abusiva son cantidades cobradas *en contra* de una ley vigente, mientras que las cobradas en los casos de las sentencias del Constitucional que el Tribunal Supremo cita, lo fueron *conforme* a una ley vigente hasta que fue expulsada del Ordenamiento Jurídico o bien derogada por la Constitución, pero no *en contra* de una ley vigente como es el caso de la STS 9.5.2013.

Otros argumentos invocados por la sentencia tienen todavía menos fuerza, si cabe²⁶. Es incomprensible apelar al sentido de una enmienda no aceptada en la discusión parlamentaria-

²⁵ “289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio (RTC 1994, 179), 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre (RTC 1995, 185), 22/1996 de 12 febrero (RTC 1996, 22) y 38/2011 de 28 marzo (RTC 2011, 38)”.

²⁶ 290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que “[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley”.

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que “[l]a “restitutio” no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad” (STS 118/2012, de 13 marzo (RJ 2012, 4527).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93), RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que “[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov

ria de otra ley. Tampoco se entiende que diga a favor de la irretroactividad que el fin de la restitución de las cantidades cobradas en virtud de un contrato nulo “no es otro que evitar que una de las partes se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad”. Es un argumento que el Tribunal debía haber omitido, pues es irrisorio aplicado al caso. Finalmente la cita de la STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93) no es apropiada al caso, pues las cantidades cobradas en virtud de las cláusulas declaradas nulas lo han sido por falta de transparencia y ello es contrario a las exigencias de la buena fe. El principio de la buena fe exige proteger la confianza del consumidor en que las cláusulas contractuales que regulan la carga económica que él debe asumir y que han sido impuestas por la otra parte, no producirán, al ser aplicadas, un resultado contrario a su cálculo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?”, en *RdPat*.8, 2002, pp. 69-104.
- ALFARO, J., *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid 1991.
- ALVAREZ ROYO VILLANOVA, S., “Por qué hay que limitar los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, y cómo hacerlo”, en el blog *¿Hay derecho?* (<http://hayderecho.com>).
- ANTÓN MEDRANO, N., “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Hacia un Código del Consumidor*, CGPJ, 2006 p. 368.
- ATIYAH, P., *Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1980.
- ATIYAH, P., “Freedom of Contract and the New Right”, en *Essays on Contract*, Oxford 1990, p. 355 ss.
- BALLUGERA, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, N° 7507, Sección Doctrina, 11 Nov. 2010.
- BASEDOW, J., *Kommentar zum § 306 BGB*“, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2003, p. 1065 y ss.
- CANARIS, C.W., *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Múnich 1997.
- DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *ADC* 1961, pp. 295-342.
- El negocio Jurídico, 1971.
 - “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC* 1982, p. 987-1086.

y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 164) , Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 (TJCE 2012, 220) , Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59”.

- DÍAZ FRAILE, J.M., “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, en *La Ley Unión Europea*, Nº 5, Junio 2013.
- DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, 7ª Paris 1960.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 24, 2001, págs. 85-114.
- GILMORE, G., *The Death of Contract*, 1974.
- MIQUEL, J.M., “Comentario al art. 84 TR-LGDCU” en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (dir.), Madrid 2011, pp. 768-788.
- “La nulidad de las condiciones generales” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* Jesús Delgado Echeverría (coord.), 2007, p. 193-223.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo”, *RDM*, Nº 157-158, 1980, pp. 385-436.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B./DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidos por A. Menéndez y L. Díez-Picazo y coordinados por J. Alfaro, 2002, p. 505.