

# **LA CALIFICACION REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS**

**Doctorando:** Sebastián del Rey Barba

**Directores de Tesis:** Prof. Dr. Manuel Espejo Lerdo de Tejada,  
Prof. Dr. Juan Pablo Murga Fernández

# LA CALIFICACION REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

## Índice general

Abreviaturas.....9

### INTRODUCCIÓN

1.- LA HIPOTECA EN LA CRISIS .....12  
2.- LA HIPOTECA Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....14  
3.- LA CALIFICACIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....15  
4.- ESTADO DE LA CUESTIÓN Y SISTEMÁTICA UTILIZADA.....16

### CAPÍTULO PRIMERO

#### LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

1.- LA CALIFICACIÓN COMO PRINCIPIO HIPOTECARIO.....20  
2.- SIGNIFICADO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.....23  
3.- CONCEPTO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL.....27  
    3.1. *Delimitación del concepto de calificación*.....27  
    3.2. *Concepto legal de calificación*.....30  
    3.3. *Concepto doctrinal de calificación registral*.....33  
    3.4. *Naturaleza de la calificación*.....35  
        A) La calificación como un acto de naturaleza judicial o jurisdiccional...36  
        B) Teoría de la calificación como función administrativa.....37  
        C) La calificación como un acto de jurisdicción voluntaria.....40  
        D) La calificación como función especial.....43  
        E) La función calificadora como un acto mixto de jurisdicción voluntaria y  
        de administración pública .....45

3.5. Caracteres de la calificación registral.....	46
---	----

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1.- INTRODUCCIÓN .....	61
2.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES.....	63
2.1. <i>Introducción</i> .....	63
2.2. <i>Protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo</i> ....	66
2.3. <i>Protección de los consumidores en el Derecho Español</i> .....	76
3.- CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	80
3.1 <i>Contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación</i> .....	80
3.2. <i>La Ley de Condiciones Generales de la Contratación</i> .....	83
3.3. <i>La protección frente a las cláusulas abusivas</i> .....	87
4.- PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y CONSUMIDORES.....	95
4.1. <i>Introducción</i> .....	95
4.2. <i>Concepto de préstamo y crédito</i> .....	96
4.3. <i>El préstamo hipoteca-</i>	
<i>rio</i> .....	100

## CAPÍTULO TERCERO

### EVOLUCIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1.- INTRODUCCIÓN.....	107
2.- PRIMERA ETAPA: LA CALIFICACIÓN EN LA LGDCUY LA PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES.....	109
2.1. <i>El control preventivo de notarios y registradores</i> .....	109
2.2. <i>Inicios de la protección registral de los consumidores</i> .....	111
3.- SEGUNDA ETAPA: LA DIRECTIVA 93/13 Y LA LCGC.....	117
3.1. <i>Nuevas normas para la calificación</i> .....	117
3.2. <i>Protección de los consumidores por los registradores de la propiedad, a través de la aplicación de las normas y principios civiles e hipotecarios</i> .....	125
4.- TERCERA ETAPA: LA LEY 41/2007 Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA.....	127

4.1. <i>La génesis del problema. El nuevo art. 12 de la Ley Hipotecaria</i> .....	127
4.2. <i>Primera interpretación de la DGRN del artículo 12 de la LH. Negación por la DGRN de la calificación por los registradores</i> .....	134
4.3. <i>La ley 2/2009 de 31 de marzo. Control para el resto de acreedores</i> ....	138
4.4. <i>Segunda interpretación de la DGRN del artículo 12 de la LH</i> .....	143
4.5. <i>Sentencias del Tribunal Supremo sobre cláusulas hipotecarias abusivas</i> ..	146
5.- CUARTA ETAPA: LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE MARZO DE 2013.....	149
5.1. <i>La Sentencia de 14 de marzo de 2013, el comienzo del cambio</i> .....	149
5.2. <i>La Ley 1/2013</i> .....	160
5.2. <i>Situación actual: ¿Cambio de paradigma?</i> .....	163
A) Un nuevo escenario .....	163
B) Modificaciones de la Ley 1/2013.....	164
C) Nueva posición de la DGRN.....	171
D) Nuevo marco legal.....	175

## CAPÍTULO CUARTO

### LAS CLÁUSULAS NO INSCRIBIBLES DE LAS HIPOTECAS. ABUSIVIDAD Y OTRAS CAUSAS

1.- INTRODUCCIÓN: CONTENIDO DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA.....	200
1.1. <i>¿Siempre es el mismo contenido?</i> .....	200
1.2. <i>Contenido básico de los préstamos hipotecarios</i> .....	202
2.- CONTENIDO DEL ASIENTO DE HIPOTECA.....	216
2.1. <i>Los criterios de calificación de los préstamos hipotecarios</i> .....	216
2.2. <i>El asiento de hipoteca</i> . .....	221
2.3. <i>Calificación negativa en base a principios y normas hipotecarias</i> .....	222
2.4. <i>Cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas</i> .....	228
2.5. <i>Cláusulas de vencimiento anticipado</i> .....	234
2.6. <i>Cláusulas hipotecarias que se deniegan por ser abusivas</i> .....	247
A) <i>La cláusula de redondeo al alza del tipo de interés</i> .....	250
B) <i>Variación de la finalidad del préstamo</i> .....	251
C) <i>Cláusulas de sumisión a fuero</i> .....	252

D) Cláusula por la que la entidad de crédito sólo libera al deudor original en caso de aceptación expresa de la subrogación.....	254
E) Renuncia del deudor a ser notificado en caso de cesión del crédito o préstamo hipotecario.....	254
F) Hipotecas multidivisa.....	255
G) Comisión por reclamación de posiciones deudoras.....	257
H) Cláusula de imputación de pagos.....	258
I) Cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones genéricas.....	258
J) Cláusula de 360 días para el cálculo de los intereses.....	259
K) Cláusula IRPH de determinación del interés.....	261
L) Retención de parte de capital no entregado.....	262
M) Renuncia del deudor a la cancelación parcial.....	263
3.- CLÁUSULAS ABUSIVAS DE MAYOR RELEVANCIA SOCIAL.....	264
3.1. <i>Abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago</i> .....	265
A) Concepto.....	265
B) Planteamiento de la cuestión.....	266
C) Posición del TS y del TJUE.....	272
D) Cuestión prejudicial.....	278
E) Conclusiones. Repercusión en la calificación registral.....	279
3.2. <i>Abusividad de las cláusulas suelo</i> .....	283
A) Concepto.....	283
B) Planteamiento de la cuestión.....	284
C) La STS de 9 de mayo de 2013.....	286
D) El control de transparencia material.....	290
E) La irretroactividad de los efectos de la nulidad.....	294
F) Reiteración de la misma doctrina.....	298
G) Voto particular en la STS de 25 de marzo de 2015.....	300
H) Corrección por TJUE. S. de 21 de diciembre de 2016.....	301
I) Modificación de la doctrina del TS.....	305
J) Conclusiones. Repercusión en la calificación registral.....	308
3.3. <i>Abusividad de los intereses de demora</i> .....	315
A) Concepto y regulación.....	315
B) El cambio por la STJUE de 14 de marzo de 2013. El art. 114.3 LH.....	318

C) Sentencias del TS sobre intereses de demora.....	320
D) Cuestión prejudicial.....	323
E) Conclusiones. La calificación registral de los intereses de demora...	326
F) Conclusiones. Repercusión en la calificación registral.....	335
3.4. Abusividad de la cláusula de gastos de la hipoteca.....	336
A) Concepto.....	336
B) Clases de gastos y normativa aplicable.....	337
C) STS de 23 de diciembre de 2015 .....	343
D) Los gastos tributarios del préstamo.....	347
E) Criterios para su consideración como abusivas.....	354
F) Conclusiones: Repercusión en la calificación registral.....	355

## CAPÍTULO QUINTO

### LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: UN PROBLEMA NO RESUELTO Y UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

1.- UN PROBLEMA POR RESOLVER .....	361
2.- LOS LÍMITES DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	365
2.1. <i>¿Es la calificación registral la solución a las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios?</i> .....	365
2.2. <i>Resumen de la posición actual de la DGRN sobre calificación de préstamos hipotecarios.</i> .....	368
A) <i>Ámbito subjetivo</i> .....	369
B) <i>Análisis del art. 12 LH</i> .....	370
C) <i>Ámbito objetivo</i> .....	370
D) <i>Normativa autonómica</i> .....	373
2.3. <i>Consecuencias prácticas de la calificación registral</i> .....	374
A) <i>La limitación de los intereses de demora: ¿Un ejemplo de éxito o un fracaso?</i> .....	374
B) <i>¿La calificación del registrador, suspendiendo cláusulas abusivas de un préstamo hipotecario, supone realmente una ayuda al consumidor?</i> .....	378
2.4. <i>La intervención del notario</i> .....	383
2.5. <i>Una propuesta de solución</i> .....	384

3.- PLANTEAMIENTO DE UN SISTEMA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE MODELOS.....	387
3.1. Precedentes en el ámbito europeo.....	387
A) La Eurohipoteca, ¿un modelo a seguir?.....	388
B) El proyecto CROBECO de la Comisión Europea.....	391
3.2. Antecedentes en el ámbito nacional o interno.....	396
A) La vigilancia de la Administración Pública en los contratos de seguro.....	396
B) La previsión de un modelo de hipoteca en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito.....	398
3.3. Contenido concreto de la propuesta de solución.....	400
4.- LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA HIPOTECA CON MODELOS DE CLÁUSULAS.....	401
4.1. ¿Quién redactaría y aprobaría el modelo?.....	401
4.2. Contenido del modelo.....	402
4.3. Elementos formales.....	403
4.4. Previsible oposición a la medida propuesta.....	405
A) Las entidades de crédito.....	405
B) Consumidores.....	407
C) Notarios.....	407
D) Registradores.....	408
4.5. Ámbito de aplicación.....	409
A) Ámbito objetivo.....	410
B) Ámbito subjetivo. Concepto de consumidor.....	410
4.6. La puesta en práctica: Diseñando un proyecto legislativo.....	411
A) Propuesta de modificación del Proyecto de ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario.....	412
B) Propuesta de modificación de la Ley Hipotecaria.....	415
C) Propuesta de modificación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.....	415
D) Propuesta de modificación de la Ley 2/2009.....	415
5.- MODELO DE CLÁUSULAS DE INCORPORACIÓN OBLIGATORIA A LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CONSUMIDORES.....	416
5.1. Justificación de la redacción propuesta del modelo.....	416

5.2. Modelo propuesto de cláusulas de incorporación obligatoria en los préstamos con consumidores.....	420
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>428</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>434</b>
<b>ANEXO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS .....</b>	<b>448</b>



## **ABREVIATURAS**

AJD	Actos Jurídicos Documentados
AL	Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario
Art.	Artículo
BCORPME	Boletín del Colegio de Registradores de España
BdE	Banco de España
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch. Código Civil de Alemania
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y el Acero
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CORPME	Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España
DA	Disposición adicional
DF	Disposición final
DGDEJ	Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada
FiAE	Ficha de advertencias estandarizadas
IAJD	Impuesto de Actos Jurídicos Documentados
IRPH	Índice de referencia de préstamos hipotecarios
ITP	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales

ITPAJD	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGT	Ley General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LMH	Ley del Mercado Hipotecario
LMV	Ley del Mercado de Valores
OCU	Organización de Consumidores y Usuarios
OM	Orden Ministerial
PAC	Política Agraria Común
PP.	Páginas
R.	Resolución
RAE	Real academia española
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RCGC	Registro de Condiciones Generales de la Contratación
RH	Reglamento hipotecario
RITPAJD	Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
RN	Reglamento notarial
S.	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo

TAE	Tasa Anual Equivalente
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios
TRLITPAJD	Texto refundido de la Ley del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
TS	Tribunal Supremo
UCE	Unión de consumidores de España
UE	Unión europea

## INTRODUCCIÓN

### 1.- LA HIPOTECA EN LA CRISIS

La hipoteca como derecho real de garantía sobre un inmueble que asegura el cumplimiento de una obligación principal (normalmente la devolución de un préstamo) es una institución con siglos de antigüedad, si bien en nuestro país adquirió especial importancia a partir de la Ley Hipotecaria de 1861, ley que permitió que se configurara como un instrumento adecuado y seguro para la movilización del crédito territorial y la adquisición de inmuebles, disponiendo anticipadamente de rentas futuras mediante el pago de un tipo de interés. Así, en nuestro país ha permitido el acceso a una vivienda en propiedad a millones de personas que de otro modo no hubieran podido hacerlo y ofreciendo seguridad a los acreedores de la efectiva recuperación de lo prestado en caso de impago a través de un procedimiento de ejecución rápido, con causas de oposición tasadas y la posterior realización forzosa del inmueble a través de algunos de los instrumentos previstos al efecto en la LEC, entre los que destaca por su uso más generalizado la subasta judicial.

Sin embargo, a pesar de todas estas evidentes ventajas de la hipoteca y del préstamo hipotecario en general, puede decirse que ha sido la institución jurídica más afectada por la crisis económica internacional de la última década. A la vez, la disminución de los últimos años del número de préstamos hipotecario y las dudas que se han generado alrededor del modo de contratarse y fundamentalmente de su ejecución nos lleva a hablar hoy día de crisis de la hipoteca.

La crisis económica mundial, que comienza en 2007 es considerada la más grave desde la Gran Depresión de los años 30. Su origen en EEUU se relaciona con el impago de las hipotecas *subprime*; préstamos hipotecarios concedidos a deudores de escasa solvencia y con alto riesgo de impago. La subida de los tipos por la Reserva Federal Americana (FED) a partir de 2005, provocó un aumento de los impagos y la necesidad de ejecutar el crédito hipotecario por el acreedor. Estas ejecuciones y daciones en pago, en muchas ocasiones por debajo del valor del bien, provocaron a su vez la acumulación de inmuebles en el balance de los acreedores y una disminución del valor de los activos. Esta situación de desconfianza llevó a una crisis de liquidez primero y una crisis de solvencia

después, que, agravada por la titulización de esas hipotecas y la presencia por ello en los balances de Sociedades de inversión, Fondos y Bancos de todo el mundo, llevó sus consecuencias negativas hasta el mercado financiero y bursátil originando la quiebra de *Lehmann Brothers* y otros grandes Bancos americanos y el consiguiente contagio de la economía mundial en una crisis internacional sin precedentes.

En nuestro país vino a reproducirse en cierto modo este esquema agravado por la expansión del crédito inmobiliario que había generado el sobreendeudamiento familiar; la llamada burbuja inmobiliaria y la burbuja del crédito. Estas burbujas fueron provocadas por una política expansiva de concesión de crédito por parte de las entidades financieras, que a veces concedían préstamos sin un mínimo análisis de solvencia de los solicitantes, lo que en el ámbito inmobiliario se tradujo en el crecimiento exponencial del crédito garantizado mediante hipoteca, destinado no sólo a la adquisición de inmuebles, sino también al consumo. Se agravó además esta circunstancia por cuanto para la concesión de crédito se tomaba como referencia, no los ingresos o la solvencia del peticionario del crédito (*loan to incomes*), sino únicamente la valoración del inmueble dado en garantía (*loan to value*), en un momento en el que los precios de mercado estaban muy por encima de su valor real. Los efectos del cierre del mercado crediticio posterior fueron los mismos: cierre de empresas y aumento de desempleo, aumento de los tipos de interés y con ello de la cuota hipotecaria y aumento exponencial de impagos en los préstamos, lo que desencadenó una cascada de procedimientos de ejecución hipotecaria y adjudicaciones de inmuebles a la Banca. Además, una vez cerrado el grifo del crédito en el mercado interbancario por las dudas generadas, se produce una reducción drástica del número de contratos de préstamo frente al auge de la época anterior. De este modo el número de préstamos descendió de 1,4 millones en 2006 -año en que se alcanzaron los máximos hipotecarios- a menos de 200.000 en 2013.

Por otro lado, durante todos estos años, la hipoteca también se va a ver afectada por la crisis financiera y bancaria, ya que dentro de las consecuencias de la explosión de la burbuja y de la propia crisis económica (pérdida de ingresos, aumento de morosidad y de inmuebles en los balances) también se produjo una crisis de liquidez y de solvencia de las entidades de crédito que se salvó forzando la fusión de muchas de ellas, mediante la conversión en Bancos de las Cajas de Ahorro que habían perdido su naturaleza fundacional y en última instancia teniendo que inyectar dinero público en diversas entidades financieras para evitar una quiebra que pudiera hacer tambalear todo nuestro sistema financiero.

Además de todo ello, a la mala imagen de la hipoteca y los bancos se asociaba la derivada de los numerosos lanzamientos y desahucios que se estaban produciendo, en los procedimientos de ejecución por impago. Si bien muchas de estas ejecuciones no eran propiamente ejecuciones hipotecarias, sino consecuencia del impago de la renta de contratos de arrendamiento, pero que en el imaginario colectivo se asociaban siempre a la figura de la hipoteca y de los Bancos acreedores. Todo este descontento social derivó en diferentes movimientos como los del 15-M o la Plataforma de afectados por la hipoteca.

En este momento, la imagen de la hipoteca, ya dañada por encontrarse en el origen de la crisis y como consecuencia de los desahucios, tendría aún que enfrentarse a una crisis que afectaría de lleno a sus cimientos, quizá de una manera más definitiva: la crisis provocada por las cláusulas abusivas.

## 2.- LA HIPOTECA Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Hoy día el concepto de cláusula abusiva se relaciona casi exclusivamente con los préstamos hipotecarios y puede decirse que desde hace unos años se trata de un tema de máxima actualidad. La existencia de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios ha sido una cuestión que se ha venido repitiendo en la prensa al hilo de diferentes pronunciamientos judiciales tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como de nuestro Tribunal Supremo (TS) en relación a diversas cláusulas como las que fijaban un mínimo al tipo de interés variable (cláusulas suelo), las de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota o las que fijaban unos elevados tipos de interés de demora. Sin embargo, ni la regulación sobre la prohibición de las cláusulas abusivas es actual, ni sólo existen en los préstamos hipotecarios ni siquiera son sólo aquellas que han aparecido como tales en los medios de comunicación.

Cuando parecía que nada podía ir peor para el préstamo hipotecario con numerosas ejecuciones en curso y la contratación de préstamos en sus cifras más bajas, en marzo de 2013 la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Aziz, puso de manifiesto sus dudas sobre la adecuación de la legislación hipotecaria y procesal española con la normativa Europea de defensa de los consumidores, en concreto la deficiente transposición en nuestro Ordenamiento Jurídico de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta Sentencia marcaría un antes y un después en la sociedad española con relación a la protección de los consumidores, en especial frente a las cláusulas abusivas pues, a partir de entonces y en escasos cinco años, son innumerables las normas y pronunciamientos judiciales que han dado lugar a modificaciones de gran calado en la contratación de los préstamos y la ejecución de la hipoteca, todas ellas encaminadas a incrementar la protección del consumidor en este ámbito, aunque no todas con igual acierto.

Como se expondrá en este trabajo, la Sentencia del caso Aziz del TJUE abrió un problema que había estado latente en nuestro ordenamiento y que en ningún caso era nuevo pero al que, como señaló el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de enero de 2013, no se le había prestado ninguna atención jurídica. El TJUE acusaba la ausencia en las normas españolas de unos controles preventivos que evitaran la incorporación a los contratos de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas y la imposibilidad posterior de llevar a cabo un adecuado control judicial de dicha abusividad en el momento de la ejecución de la garantía.

La respuesta inmediata del legislador vino a través de la Ley 1/2013 que, entre otras medidas, introdujo una nueva causa de oposición en el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados (cfr. Art. 695.1.4ª LEC), lo cuál provocó la paralización de miles de procedimientos de ejecución y a su vez nuevas cuestiones prejudiciales al TJUE sobre el alcance de la Directiva 93/13 en relación a diversas cláusulas como la cláusula suelo, la de vencimiento anticipado o los intereses de demora. En determinadas materias como la relativa al vencimiento anticipado, la propia regulación introducida por la Ley 1/2013, ha sido objeto de nuevas cuestiones prejudiciales sobre su adecuación a la normativa europea. A la vez se encuentra en proyecto una nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que además de la transposición de la Directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pretende regular (esperemos que de modo definitivo) las principales cláusulas de los préstamos que se han calificado como abusivas por los tribunales.

### 3.- LA CALIFICACIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

La calificación registral es un juicio de validez y legalidad del acto o negocio jurídico, cuya inscripción se pretende en el Registro de la Propiedad. Este juicio implica el examen, tanto de las formas extrínsecas de dicho acto o negocio, como de sus requisitos objetivos y subjetivos de validez, así como de cualesquiera otros que establezca la ley

para que pueda inscribirse. Se lleva a cabo por el registrador, y es esencial para los efectos del Registro, puesto que la presunción de exactitud y veracidad del contenido del Registro y sus efectos legitimadores, que sólo pueden sostenerse si se refiere a situaciones jurídicas cuya adecuación al ordenamiento jurídico ha sido previamente comprobada de modo que merezcan tal presunción.

Por ello, la calificación puede implicar, respecto de los actos, contratos o cláusulas concretas de ellos, la negación del acceso al Registro y de sus efectos cuando no se cumplan los requisitos necesarios. Dentro de la calificación en general se tratará en este trabajo de las principales cuestiones que se suscitan en la calificación de los préstamos hipotecarios en general y de las cláusulas abusivas en particular.

Siendo la hipoteca de necesaria inscripción en el Registro (1875 CC y 145 LH) y basándose la ejecución en los extremos contenidos en la misma (art. 130 LH), una adecuada calificación de las hipotecas y de las cláusulas que conforman su contenido hará que respecto de aquellas cláusulas que se configuren como abusivas se pongan de manifiesto y se rechace su inscripción, trasladando además la iniciativa desde el consumidor (que en otro caso debería alegar la abusividad) al acreedor predisponente que pretenda su inscripción, que debería recurrir si no está conforme la calificación negativa. La calificación registral constituye, pues, una medida fundamental para acabar con este tipo de cláusulas mediante el control preventivo que había echado en falta el TJUE.

De acuerdo con todo lo expuesto, el objetivo de este trabajo es analizar de qué modo la calificación registral que hace el registrador antes de inscribir la hipoteca podría servir como el control preventivo necesario que permitiese acabar con las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios. Si se establece un adecuado control preventivo se podría evitar el colapso de los tribunales a que nos hemos visto abocados en los últimos años con la presentación de demandas por cláusulas abusivas y la posibilidad de oposición al procedimiento especial de ejecución de hipoteca.

#### 4.- ESTADO DE LA CUESTIÓN Y SISTEMÁTICA UTILIZADA

La calificación registral de las cláusulas abusivas se ha tratado en diversos artículos, si bien de una manera parcial, centrándose en una o varias cláusulas concretas o con ocasión de una reforma legal específica. De igual modo también han existido trabajos más amplios sobre calificación de los préstamos hipotecarios en general. Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia de esta materia en los últimos años, el gran número de



Sentencias y resoluciones recaídas sobre la materia, las nuevas normas publicadas y sobre todo el cambio de conciencia social respecto de este tipo de cláusulas, considero que puede suponer una aportación muy interesante la visión registral de los efectos de la inclusión de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y cómo la calificación, como principal actividad jurídica de los registradores, podría servir de ayuda en la lucha contra este tipo de cláusulas y la protección del consumidor hipotecario.

La sistemática utilizada parte de una breve, pero completa explicación de las instituciones jurídicas que van a entrar en juego: la calificación registral en el Capítulo Primero, actividad que considero debe entenderse en su esencia para conocer sus importantes efectos jurídicos y por ello la necesidad de que se dé publicidad registral de las cláusulas que puedan resultar nulas. Pero también junto a ello las limitaciones de la calificación, lo que en cierto modo determinará la solución propuesta en este trabajo. En el Capítulo II, se hace un estudio cronológico de la normativa y evolución de la protección de los consumidores en sus distintos ámbitos, con especial incidencia en la protección frente a las cláusulas abusivas y junto a ello de la figura del préstamo hipotecario, institución a la que se ciñe el estudio de las cláusulas abusivas por su importante relación con el Registro de la Propiedad.

Una vez concretado el ámbito y alcance de la calificación, de las cláusulas abusivas y del préstamo hipotecario se analizan, en el Capítulo Tercero, las diversas fases por las que ha pasado la calificación de las cláusulas abusivas hasta hoy. Como veremos, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha pasado de prácticamente restringir esta posibilidad a marcar unos límites claros de cuáles son los supuestos en el que el registrador está obligado a denegar la inscripción de una determinada cláusula por ser abusiva. Todo esto, marcado por los cambios de nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de protección a los consumidores y ya en fechas más recientes por las diversas Sentencias (fundamentalmente del TJUE y del TS) que se han dictado sobre esta cuestión. El análisis de esta evolución resulta muy interesante para poder descubrir también algunas de las causas indirectas de la situación actual de los préstamos inscritos con cláusulas abusivas.

En el Capítulo IV, se realiza un análisis de las cláusulas no inscribibles de los préstamos hipotecarios, con un repaso a las diferentes cláusulas de los mismos distinguiendo las que no son inscribibles tanto por su carácter abusivo como por otras causas. Para ello se parte de un análisis del contenido de la escritura de préstamo hipotecario y de lo que tras la calificación deberá conformar el asiento de hipoteca en el Registro.

Dentro del análisis de las diferentes cláusulas que deberían rechazarse por su carácter abusivo, se lleva a cabo un estudio especial de aquellas cláusulas que han generado una mayor conflictividad y relieve social como las cláusulas suelo, las de intereses de demora, las cláusulas de gastos o las cláusulas de vencimiento anticipado por impago.

En el análisis de las diferentes cláusulas del préstamo se tiene en cuenta la evolución seguida por la normativa, la jurisprudencia y las Resoluciones de la DGRN, si bien respecto de algunas de ellas la solución definitiva se encuentra pendiente tanto de cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE como del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En el Capítulo Quinto se realiza un resumen de la posición actual de la calificación registral de las cláusulas abusivas y su verdadera eficacia como solución a la problemática objeto de estudio y a continuación se ofrece una propuesta de solución a la cuestión de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios de la cual se puede adelantar que a pesar del planteamiento inicial propuesto, excede del estricto ámbito de la calificación registral.

En un primer momento, al afrontar la redacción de este trabajo partía de una premisa, que pretendía fundamentar en el mismo, que era la posibilidad de que mediante el efectivo ejercicio de la calificación registral en relación a los préstamos hipotecarios sin las limitaciones que tradicionalmente venía estableciendo la DGRN se podía obtener unas hipotecas que careciesen de cláusulas abusivas. En definitiva que el control preventivo que suponía la calificación registral sería suficiente para terminar con las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios.

Sin embargo, a medida que avanzaba en el estudio y la redacción del mismo iba siendo consciente de que la calificación no podía ser la única solución a las cláusulas abusivas. La abundante jurisprudencia recaída sobre este tema en estos años y la complejidad de alguno de los temas planteados, unida al limitado alcance de la calificación registral en cuanto a los medios previstos por la Ley, demostraban que sin restar mérito a la importancia de la calificación registral en la lucha contra las cláusulas abusivas, la solución definitiva para acabar con estas prácticas debía venir por otro lado.

Es por ello que quizá apartándome un poco del tema principal de la calificación se desarrolla en la última parte de este trabajo lo que entiendo debería ser la solución al problema de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Siempre que el legislador se tomara en serio este tema y decidiera de una vez por todas en aplicar con firmeza un sistema que no tolere la existencia de estas cláusulas.

La adopción de una solución definitiva es de vital importancia no sólo para los consumidores, sino también y especialmente para la subsistencia de la hipoteca, puesto que la existencia de las cláusulas abusivas y las modificaciones legales posteriores han afectado especialmente a una de sus principales ventajas: la posibilidad de hacer efectiva la garantía mediante un procedimiento de ejecución, rápido y previsible para el acreedor, que redundaba sin duda en las facilidades para la concesión de los préstamos que llevaban aparejada este tipo de garantía.

No hay duda que en estos últimos cinco años la hipoteca y el préstamo hipotecario han cambiado más que quizá los últimos cincuenta años, como consecuencia de las sucesivas reformas legales habidas y las que aún quedan por llegar. Se trataría de establecer una regulación que permita dar a la hipoteca y al sistema hipotecario una estabilidad para los años venideros, de modo que sirva, como la ha hecho hasta ahora, de instrumento fundamental para la adquisición de vivienda y crecimiento económico de los españoles.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

#### 1.- LA CALIFICACIÓN COMO PRINCIPIO HIPOTECARIO

Teniendo en cuenta los importantes efectos jurídicos y económicos que hemos visto que produce la publicidad registral a través del Registro de la Propiedad, resulta esencial un control de legalidad y validez de los actos y negocios jurídicos que pretenden su acceso al Registro. Se evita así que gocen de publicidad registral títulos no válidos que no cumplan con los requisitos legales. Control que constituye la calificación registral.

La calificación forma parte de los principios hipotecarios, a los que vamos a referirnos con carácter previo por la importancia que tienen en la regulación del Derecho Hipotecario dentro del que se configuran como normas que regulan y configuran la publicidad inmobiliaria.

En nuestro país se comenzó a hablar de los principios hipotecarios a raíz de una serie de artículos sobre la materia de JERÓNIMO GONZÁLEZ, que después se reunieron en una sola obra<sup>1</sup>. Los principios hipotecarios se definen como aquellas reglas jurídicas fundamentales que organizan el régimen de publicidad inmobiliaria y sirven de base al sistema hipotecario de un país determinado, y que pueden obtenerse por inducción o abstracción de diversos preceptos de Derecho positivo. Son auténticas normas jurídicas, no meros principios generales del Derecho, y como señala LACRUZ BERDEJO<sup>2</sup>, son normas cuya formulación ha sido convencionalmente abreviada, de modo que con una sola palabra o expresión, se da a conocer una determinada regulación.

---

<sup>1</sup> Dichos trabajos fueron publicados en Madrid en 1924 como GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario (orígenes, sistema y fuentes)*. Más adelante, la Asociación de Registradores de la Propiedad (antecesora del actual Colegio de Registradores de España), lo publicó como *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931. Dichos trabajos se recogen hoy en el Tomo I de *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2011.

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A. y otros, *Derecho Inmobiliario Registral, Elementos de Derecho Civil*, Tomo III bis, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 38-39. Véase también FANDÓS PONS, P., *Leciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 33.

Se han realizado muchas clasificaciones de los principios hipotecarios, pero optaremos aquí por la que la que distingue según el momento en el que operan los diferentes principios dentro del procedimiento registral. Se distingue así entre:

- i) Principios previos a la inscripción: rogación (art. 6 LH) y calificación o legalidad (art. 18 y 3 LH).
- ii) Principios simultáneos a la inscripción: prioridad (art. 17 LH), especialidad (art. 9 LH y 51 RH) y tracto sucesivo (art. 20 LH).
- iii) Principios posteriores a la inscripción: legitimación (art. 38 LH) y fe pública registral (art. 34 LH).

Dentro de estos principios, que vendrían a ser la estructura del Derecho hipotecario, es esencial el principio de legalidad y dentro del mismo la calificación como control de validez e inscribibilidad de los documentos presentados en el Registro. El principio de legalidad supone que al Registro sólo puedan acceder títulos válidos, exigiendo como regla general titulación pública o auténtica (art. 3 LH) -con las correspondientes excepciones<sup>3</sup>- y siempre un control realizado por el registrador de los títulos por los que se constituyen, adquieren, modifican o extinguen derechos que pretenden obtener publicidad registral.

Tradicionalmente el principio de legalidad registral se ha desglosado en los términos señalados; distinguiendo entre la necesidad de titulación pública o auténtica y la calificación del registrador, que realiza un control de legalidad e inscribibilidad del acto cuya registración se pretende.

La calificación registral es el control de legalidad realizado por el registrador competente territorialmente del acto o negocio y que es requisito imprescindible para que dicho acto o negocio acceda al Registro practicándose el asiento correspondiente y que producirá los efectos que la legislación hipotecaria le atribuye.

---

<sup>3</sup> Son supuestos de inscripción mediante documento privado: la instancia privada de heredero único (art. 14 LH), los cuadernos particionales formados por comisarios o contadores partidores (art. 80 RH), la inscripción a favor del legatario cuando toda la herencia se ha distribuido en legados y no existiera contador-partidor o albacea facultado para efectuar la entrega (art. 81 RH), la inscripción de foros y subforos (arts. 69 y 70 RH) y la distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas.

Como supuestos de anotaciones mediante documento privado podemos señalar: la anotación de créditos refaccionarios (arts. 59 LH y 155 RH), la anotación preventiva de derecho hereditario (art. 46 LH), anotación preventiva a favor de los acreedores de la herencia o de un concurso (arts. 45 LH y 172 RH) y la anotación de legado (art. 56 LH y 147 RH).

Y como supuestos de cancelación mediante documento privado: las de las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (art. 156 LH), la cancelación de cualquiera de las anotaciones extendidas mediante instancia privada en los términos señalados y la cancelación de hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición resolutoria (arts. 143 LH y 238 y 239 RH).

Sin embargo, es muy interesante la distinción que hace GARCÍA GARCÍA<sup>4</sup>, que identifica el principio de legalidad y el de calificación registral y afirma, que si bien en un sentido amplio el principio de legalidad y la calificación registral se complementan - puesto que uno de los presupuestos de la calificación es la necesidad de documentación pública o auténtica- no deben confundirse, ni en su concepto, ni en su importancia, ya que, en un sentido estricto, el principio de legalidad debería identificarse únicamente con la calificación registral en el ámbito del Derecho hipotecario.

Señala GARCÍA GARCÍA que ello es así porque la titulación auténtica pertenece a los «medios de prueba de la calificación registral» y que como tales medios de prueba pueden existir otros. Es la calificación registral lo que supone una característica esencial y estructural de nuestro sistema hipotecario, y lo que le identifica con el principio hipotecario de legalidad. Lo esencial del principio de legalidad en nuestro sistema es el control de la misma que hace el registrador para atribuir mediante la inscripción del derecho, los efectos que son propios de la publicidad registral.

En este mismo sentido ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL<sup>5</sup> también señalan que *«la exigencia de titulación auténtica como regla general, ya que cuenta limitadas excepciones, guarda en el principio de legalidad una relación meramente instrumental o coadyuvante, pues hay sistemas registrales, como los anglosajones, en las que la calificación registral, o sea, el principio de legalidad también existe y, en cambio, no se da la exigencia general de la titulación auténtica como cauce adecuado para la inscripción»*.

Además no en todos los casos se va a exigir documentación pública o auténtica para la práctica de un asiento en el Registro. Nuestra legislación admite distintos supuestos en que se practicarán asientos (de inscripción, anotación preventiva, nota marginal o cancelación) sin la exigencia de titulación pública y, por tanto, mediante documento privado. Frente a ello la calificación del registrador es imprescindible con independencia del carácter público o privado del vehículo formal en el que consta el acto o contrato inscribible. Por lo que del principio de legalidad en el sentido amplio del componente imprescindible es siempre la calificación.

---

<sup>4</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario registral o hipotecario Tomo III. Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 335-337.

<sup>5</sup> ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, «Derecho Hipotecario» 9ª Edición, en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (Coord.), *La Calificación registral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008, p. 2213.

Por ello, la exigencia de titulación pública o auténtica ha de entenderse más como un medio de prueba de los elementos de la publicidad registral (titular registral, acto o contrato, derecho real inscribible) que como principio hipotecario.

Además, habría que distinguir entre el principio de legalidad con carácter general y la legalidad registral. Esta última, tiene unos efectos característicos en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario que implica una eficacia «*erga omnes*» del contenido del Registro y una protección del tercero de la que carece el documento judicial derivado de un procedimiento que tendrá efectos de cosa juzgada entre las partes litigantes pero no frente a terceros, y diferente también del documento autorizado por un notario, en el que dará fe y forma pública al acto que los otorgantes lleven a cabo; y debe autorizarlo «cumpliendo la legalidad», pero no con los efectos propios de los asientos registrales que son los que en definitiva le atribuye la inscripción (legitimación, fe pública).

Ello sin perjuicio de los importantes efectos traditorios de que goza según nuestro sistema traslativo la escritura pública a través de la tradición instrumental, pero sin llegar a otorgar la seguridad conferida por la publicidad registral al derecho y al titular inscrito mediante las presunciones señaladas y frente a terceros.

AMORÓS GUARDIOLA también coincide en identificar el principio de legalidad registral y el de calificación registral, con la suficiente entidad como para configurarlo como un principio hipotecario autónomo, escapando así a la tradicional clasificación de los principios hipotecarios.

Afirma, que la idea de legalidad es un requisito exigido en todo Estado de Derecho, y que, como tal, aparece así recogido como uno de los principios fundamentales de nuestra Constitución. Pero que, sin embargo, la legalidad así considerada es tan amplia y tan genérica que aporta poco a la función calificadora de los registradores, más allá de la sujeción que a dicho principio constitucional debe someterse en el ejercicio de su profesión como el resto de profesionales del Derecho. Por ello entiende que es más acertada la formulación no solo del principio de legalidad sino junto a él e identificándose con el mismo en el ámbito registral el principio de calificación registral<sup>6</sup>.

## 2.- SIGNIFICADO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

---

<sup>6</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M., «El significado de la Calificación Registral», en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La Calificación registral* Tomo I, *op. cit.*, pp. 660-673.

Como ya hemos señalado, la importancia y podríamos decir, la esencia de la calificación registral reside en los importantes efectos que produce. Por ello, la calificación que realiza el registrador hay que ponerla en relación con los efectos que se van a atribuir por el Registro a los asientos que se publiquen.

El significado de la calificación registral no es otro que asegurar que los derechos y situaciones que acceden al Registro son conformes a la realidad, a la legalidad vigente y merecedores de la protección que nuestro sistema les brinda.

El contenido del Registro, puesto de manifiesto a través de los medios de publicidad formal, tiene una eficacia *erga omnes*, de manera que los terceros no podrán alegar ignorancia frente a una titularidad que conste en el Registro y, a la vez, los titulares de los asientos que resulten del Registro ven asegurados sus derechos al mismo tiempo que el propio sistema registral asegura -mediante el juego de los principios de tracto sucesivo, legitimación y calificación- que dichos derechos no sufran modificación o cancelación alguna sin el consentimiento de su titular o sin que el mismo haya podido intervenir en el procedimiento en que se lleva a cabo dicha modificación o cancelación.

No olvidemos tampoco, que dichos efectos pueden llegar a proteger una adquisición realizada *a non domino*: la del tercero hipotecario que se lleva a cabo por el principio de fe pública registral, en los casos en que dicho tercero cumple los requisitos del artículo 34 LH<sup>7</sup>.

El principio de legitimación implica una presunción *iuris tantum* de exactitud del contenido del Registro (puede probarse lo contrario), mientras que la adquisición del tercero protegido por la fe pública registral implicará una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario.

---

<sup>7</sup> El principio de fe pública registral es esencial dentro del sistema hipotecario español, teniendo en cuenta que supone una presunción *iuris et de iure* de exactitud del Registro en favor del tercero que adquiere confiando en el contenido del Registro. El ordenamiento jurídico protege al que adquiere mediante un negocio jurídico oneroso, de un titular registral aunque haya adquirido de quien no era dueño y lo protege de una manera absoluta, sin posibilidad de prueba en contrario siempre que cumpla los requisitos que se recogen en el art. 34 LH: ser tercero, adquirir de titular inscrito, a título oneroso de buena fe y siempre que no consten en el Registro la causa de nulidad, anulabilidad o rescisión de la transmisión.

Existen no obstante determinadas excepciones y suspensión de la eficacia de este principio como en los casos de adquisición por herencia de quien no es legitimario (art. 28 LH) o inmatriculación de fincas (art. 207 LH).

Sobre el principio de fe pública registral hemos de destacar los trabajos de GORDILLO CAÑAS en los que se alude a la significación e inspiración germánica del principio de fe pública: GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)», en *ADC*, Vol. 59, N° 2, 2006, pp. 509-656; GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (II)», en *ADC*, Vol. 61, N° 3, 2008, pp. 1057-1216; GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», en *ADC*, Vol. 54, N° 1, 2001, pp. 5-257.



De este modo, como señala PARDO NÚÑEZ<sup>8</sup>, las declaraciones del último asiento practicado, aunque sea inexacto, en beneficio del tercero de buena fe, se imponen no solo a cualquier derecho no inscrito, inoponibilidad de lo no inscrito como efecto característico de los sistemas registrales de corte latino, sino también a todos los contradictorios inscritos con anterioridad. Por lo que los efectos de la inscripción tienen una fuerza comparable con los sistemas de tipo germánico y ello pese a que como afirma este autor el sistema español cuenta con un sistema registral sencillo y en el que, añadimos, tiene especial importancia el control de legalidad que supone la calificación.

Ese interés por proteger los derechos e intereses de los terceros, los justifica PARDO NÚÑEZ<sup>9</sup> desde el punto de vista del análisis económico del Derecho en la responsabilidad que de la legalidad del asiento practicado atribuye al registrador el ordenamiento jurídico.

Todo sistema de seguridad de derechos lleva consigo el riesgo de que los titulares originarios se vean perjudicados como consecuencia de la práctica de inscripciones imprevistas. En el sistema español no se intenta prevenir ese riesgo haciendo participar a todos los posibles perjudicados de la confección del asiento, sino atribuyendo esa responsabilidad al registrador, que de este modo tiende a hacer presentes en el proceso de inscripción y (a través de la calificación) los intereses de los posibles perjudicados por su práctica.

En la calificación del registrador late no sólo una genérica intención de velar por el cumplimiento de la legalidad. Está presente una verdadera preocupación del registrador por proteger los intereses de los posibles perjudicados por la práctica del asiento del que se derivarán unos derechos adquiridos. Porque de los posibles perjuicios que se causen será directamente responsable el registrador que firmó el asiento.

La importancia de la calificación registral radica por tanto en los efectos que derivan de dicha actuación jurídica del registrador. El control que hace el registrador determinará, en caso de que la calificación sea negativa (denegando o suspendiendo la inscripción), que los derechos a que den lugar el acto o negocios jurídicos que pretenden su acceso al Registro se vean privados de la protección y publicidad que les otorga el Registro.

---

<sup>8</sup> PARDO NÚÑEZ, C. «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La calificación registral*, op. cit. p. 63.

<sup>9</sup> *Idem*. Op. cit. p. 87.

Si el adquirente del dominio de una finca por una compraventa no puede inscribir su derecho como consecuencia de la calificación negativa del registrador, no hay duda que ha adquirido la propiedad de la finca en base a la teoría del título y el modo que rige nuestro ordenamiento (art. 609 CC) pero, esa titularidad es en cierto modo limitada por cuanto puede verse desposeído de su titularidad si aparece un tercer adquirente que sí inscribe y queda amparado por la fe pública registral.

Por el contrario, si la calificación es positiva, y se practica el asiento solicitado este desenvolverá todos sus efectos, con las consecuencias que le son propias, como la prioridad con su doble efecto: excluyente para el título presentado con posterioridad (aunque sea de anterior fecha) si se trata de títulos incompatibles entre sí, o prelativo, si son títulos compatibles entre sí, dando lugar al rango registral de gran importancia en caso de ejecución de cargas anteriores que conlleva la purga de las posteriores.

La calificación positiva y su consiguiente inscripción produce también los efectos derivados del principio de legitimación: la inversión de la carga de la prueba para quien contradice la titularidad registral en un procedimiento, la eficacia *erga omnes* de lo publicado que impide que se alegue desconocimiento de su contenido, el juego de la prescripción con arreglo al art. 35 LH, la necesidad de que el titular registral intervenga en el acto o contrato por el que se modifica, cancela o transmite el derecho inscrito, y tratándose de un procedimiento judicial o administrativo haya tenido la posibilidad de intervenir en el mismo. Y como cláusula de cierre del sistema, la fe pública registral, que supone la protección absoluta del tercero que adquiere de titular registral en los términos del artículo 34 LH, aunque adquiera de un no dueño.

En definitiva, todo lo dicho viene a reiterar el que la importancia y el significado de la calificación registral en nuestro sistema hipotecario se encuentran en todos los efectos que nuestro ordenamiento atribuye a los derechos inscritos y a sus titulares. La calificación supone que un profesional independiente velará para que la información publicada por el Registro y que produce los importantes efectos vistos no pueda resultar inválida o no se ajuste a la realidad, es el órgano de control, el *gatekeeper* en la terminología anglosajona que velará por la adecuación del contenido del registro a la legalidad y a la realidad extraregistral, permitiendo que disminuyan las asimetrías informativas y un mejor, más rápido y más seguro intercambio de derechos sobre los bienes inmuebles.

Por ello, y como se ha demostrado en el tema de la calificación de los préstamos hipotecarios y sus cláusulas, todo ataque a la función calificadora se traduce en un ataque al propio sistema registral, a uno de sus pilares básicos, si no el fundamental, porque el

registro publicará información que no se adecúa a la realidad y en el caso de los préstamos hipotecarios, se da publicidad a un contenido que en parte es nulo por abusivo.

Además, en relación con la hipoteca, hay dos razones por las que la calificación de las mismas y sus cláusulas es de especial importancia: el carácter constitutivo de su inscripción (art. 145 LH y 1945 CC) y como consecuencia de éste, que la ejecución de la hipoteca se llevará a cabo sobre la base de lo inscrito en el Registro (art. 130 LH).

Por todo ello es importante, antes de entrar en el estudio concreto de la calificación de las cláusulas abusivas de las hipotecas hacer un examen del concepto, naturaleza y características de la calificación registral que nos pueda ayudar más adelante a precisar el alcance, requisitos y efectos que la calificación puede tener con relación a las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios que se pretendan inscribir en el Registro.

### 3.- CONCEPTO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL

#### 3.1. Delimitación del concepto de calificación

El diccionario de la RAE nos dice que la primera acepción de calificación es «la acción y efecto de calificar» y que calificar también en su primera acepción sería «apreciar o determinar las cualidades o las circunstancias de alguien o de algo».<sup>10</sup>

A primera vista estas acepciones que nos da el diccionario, parecen no tener mucha relación con el concepto de calificación registral como actividad jurídica que lleva a cabo el registrador, pero como veremos sí que en esencia equivale a ese «apreciar las cualidades o circunstancias de algo o de alguien», si bien, lo que habrá que precisar es quién es ese alguien (titular del derecho) y a qué cosas (documentos, derechos, fincas) se refiere ese algo.

La calificación registral va unida a la propia esencia del Derecho Hipotecario por lo que ya en su origen en la Ley Hipotecaria de 1861 destaca por su incorporación y novedad el concepto de calificación.

GÓMEZ GÁLLIGO<sup>11</sup>, por su parte, defiende que el origen<sup>11</sup> de la calificación registral se encuentra no sólo en la Ley Hipotecaria de 1861 sino que aparece en la misma como consecuencia de los intentos fallidos de aprobación del Código Civil que dieron

---

<sup>10</sup> <http://www.rae.es/>, fecha de consulta: 19/03/2017.

<sup>11</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Análisis histórico de la calificación registral» en *La calificación Registral op. cit.*, p. 227.

lugar a lo que se denominó codificación por partes mediante la promulgación de diversas leyes especiales como la Ley del Registro Civil 1870 y la Ley Hipotecaria de 1861, y la ley del Notariado de 1862. Por ello, afirma, que el verdadero origen de la calificación registral se encuentra en los artículos 1789 y 1863 de los proyectos de Código Civil de 1836 y de 1851.

Así, el proyecto de Código Civil de 1836 en su artículo 1789 establecía expresamente que *«El encargado del Registro de Hipotecas está obligado a entregar a cualquier interesado que se las pida copia de los contratos en que haya habido toma de razón o bien un certificado en el que conste no haberse verificado ninguna»*. Se deduce aquí la voluntad del legislador que el registrador pudiese rechazar la inscripción de alguno de esos contratos, aunque no especifica cuáles serán esos defectos que impedirían la inscripción.

Por otro lado, el Proyecto de Código Civil de 1851 confirma ese primer esbozo de la función calificadora introduciendo los conceptos de falta subsanable e insubsanable. El artículo 1883 de este Proyecto de 1851 establecía: *«El tenedor del Registro examinará los títulos por el orden en que le hayan sido presentados y concluido el examen inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la ley»*. Y el artículo 1884 añadía: *«Si el tenedor del Registro advirtiere en el título algún defecto subsanable suspenderá la inscripción (...) si entiende que debe rehusar definitivamente la inscripción lo anotará en el libro de presentación»*.

Por ello concluye GÓMEZ GÁLLIGO que incluso en la codificación se pensó en el registrador como un jurista llamado a controlar el sistema de seguridad jurídica y publicidad que se pensaba introducir en sustitución del sistema de Contadurías de Hipotecas. Control que además no se limitaba al control de las formas extrínsecas sino que se proclamaba sin limitación por el objeto.

Ahonda GÓMEZ GÁLLIGO en esta conclusión citando al propio GARCÍA GOYENA que en su obra *«Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español»* que se publicó en 1852 como comentario al proyecto de 1851, dice al comentar los artículos 1881 a 1889 relativos a la «teneduría del Registro»:

*«La ejecución de todas las disposiciones contenidas en estos dos títulos (Título XIX «de las hipotecas» y título XX «del Registro Público») requiere la intervención de la autoridad pública. He indicado la importancia que se da en todos los países a la Institución del Registro Público de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Nuestro proyecto ha escogido como más seguro, el método de confiar en cada distrito estas funciones*

*importantes a un oficial público, especial y exclusivamente dedicado a este objeto, sabedor de Derecho, del cual tiene que hacer aplicación y que ofrezca por su inteligencia y por medio de fianzas abonadas la confianza que se necesita».*

De las palabras de GARCÍA GOYENA se desprende que ya en el Proyecto de Código Civil de 1851 se basaba el sistema de seguridad jurídica y publicidad que se estaba diseñando en el control realizado por un jurista especializado. Los tenedores de hipotecas en origen que luego serían los registradores. Y ese control no es otra cosa que la calificación.

El antecedente de los Registros de la Propiedad en nuestro país se encuentra en las Contadurías de Hipotecas impulsadas por la Pragmática Sanción de 1768 por el Rey Carlos III. Sin embargo las Contadurías de Hipotecas apenas sirvieron para el fomento del crédito territorial y la publicidad de los gravámenes con el consiguiente aumento de seguridad. Esta falta de eficacia cabe atribuirla precisamente a que era un sistema de mera toma de razón de documentos sin que hubiera un control o calificación por parte del contador de hipotecas de la legalidad de los títulos.

La Ley Hipotecaria de 1861 sanciona ya la calificación registral como una de las bases del sistema de publicidad y seguridad jurídica que venía a instaurar. Entre los numerosos artículos que se referían a la calificación registral destacan dos; el artículo 18 y el artículo 65.

El artículo 18 establecía: *«Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicita la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras».*

Y el artículo 65 LH que distinguía entre faltas subsanables e insubsanables: *«Serán faltas subsanables de los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlas preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida. Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad».*

Esta distinción de faltas subsanables e insubsanables junto con la necesidad exigida por el precepto de que el registrador examine el contenido de la obligación de manera que apreciara si daba lugar necesariamente o no la falta a nulidad, constituyen manifestaciones del amplio alcance e importancia que se le dio desde el origen a la calificación registral.

También el Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861 se refería en diversos preceptos a la calificación y en concreto a la distinción entre faltas subsanables e insubsanables atendiendo a la validez de la obligación en su artículo 57.

Posteriormente la orden de 24 de noviembre de 1874 y la Real Orden de 24 de febrero de 1876 se refieren a la calificación del registrador aclarando que la misma debía extenderse a cualquier título, ya fuese judicial, notarial o administrativo, y que, salvo en los judiciales la calificación no debería limitarse a la forma sino también al fondo.

La reforma de la Ley Hipotecaria de 1869 y su Reglamento de 1870 no introdujeron ninguna modificación en materia de calificación, pero la Ley de 1909 sí que se refirió a la misma, quedando redactado su artículo 18 de la siguiente manera:

*«Los registradores calificarán 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 las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, a los efectos del artículo 65 de la Ley Hipotecaria».*

La reforma del Reglamento Hipotecario de 1915 añadió que para la distinción entre faltas subsanables e insubsanables debería atenderse también a los asientos del Registro.

Esta referencia a la necesidad de calificar también atendiendo a lo que resulte del Registro la contempla el actual artículo 18 de la Ley Hipotecaria redactado por la Ley de 8 de febrero de 1946 en vigor.

### *3.2. Concepto legal de calificación*

Al referirnos al concepto legal de calificación expondremos los preceptos legales de los que resulta el reconocimiento de esta función, el alcance, y los efectos de la misma, así como aquellos que fundamentan su configuración como principio hipotecario.

Si decíamos que los principios hipotecarios se obtienen por abstracción de uno o varios preceptos de Derecho positivo, trataremos aquí de destacar los preceptos de los que resulta el principio de calificación en su sentido amplio y tradicional de legalidad.

Ahora bien, aunque señalemos los preceptos más específicos de los que se deriva el concepto de calificación, hay que advertir que la calificación no se encuentra en un solo precepto de la Ley Hipotecaria, el 18, sino que toda la ley está imbuida e influenciada

por el concepto de calificación, de manera que se cuenta con él de tal modo que se presupone esta actividad para referirse y regular las consecuencias de la inscripción, el objeto de la misma y el alcance de los efectos que se atribuyen a los asientos practicados.

Así GARCÍA GARCÍA<sup>12</sup> señala que *«la calificación en la Ley Hipotecaria, como requisito de control de legalidad del registrador es indispensable para que la publicidad de los asientos registrales produzca los efectos de legitimación registral, oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito, inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, inatacabilidad resultante de la fe pública registral en beneficio del tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cierre registral de los títulos incompatibles con el título inscrito, prioridad, salvaguarda de los asientos por los Tribunales, plena eficacia respecto a terceros de los derechos reales a través de la eficacia de los asientos, más allá de los meros efectos entre partes de los documentos y de los expedientes»*.

Todos estos efectos de la publicidad de los asientos que se contemplan en muy diversos preceptos de nuestra Ley Hipotecaria presuponen y precisan de la calificación registral para poder atribuir esos efectos de la inscripción.

La calificación en su concepto legal debe entenderse además, no sólo como la actuación que lleva a cabo el registrador titular del Registro en el que se ha presentado el título, sino que cuando la Ley Hipotecaria en su conjunto presupone la calificación también hay que entender incluida la calificación sustitutoria del registrador designado conforme al cuadro de sustituciones del artículo 275 bis, y la de los órganos encargados de conocer los recursos contra la calificación ya que al resolver los recursos estarán también llevando a cabo un control de legalidad específico que permitirá la práctica o no de unos asientos registrales con sus efectos propios.

Estos órganos son la Dirección General de los Registros y del Notariado al resolver recursos gubernativos, los Juzgados o Tribunales que conozcan de los recursos judiciales contra la calificación o contra las Resoluciones que resuelven recursos gubernativos, así como los órganos a quien se le haya encomendado la facultad de conocer recursos contra calificaciones registrales que se basen en Derecho Civil propio, foral o especial por sus respectivos Estatutos de Autonomía<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *op. cit.* p. 344

<sup>13</sup> Esta posibilidad ha sido reconocida por varios Estatutos de Autonomía como el de Aragón (artículo 78 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón), y el de Cataluña (artículo 147 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de



Así GARCÍA GARCÍA<sup>14</sup> al tratar este aspecto amplio del concepto legal de calificación afirma que «*La calificación registral (del registrador y, en su caso, de los órganos del recurso contra la calificación) resulta de la totalidad de los preceptos de la Ley Hipotecaria y de otras leyes recientes, formando un todo unitario y coherente, del que no se puede extraer una sola de las palabras utilizadas por el legislador, porque ello afectaría a la totalidad del ordenamiento inmobiliario en su conjunto*».

Se está refiriendo este autor cuando habla de leyes recientes a los supuestos de los Estatutos de Autonomía antes mencionados y a las Leyes 24/2001, de 27 de diciembre y la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, que modificaron sin alterar su esencia diversos aspectos de la calificación. Además también con relación a la calificación no podemos olvidar que su concepto legal también resulta de otras leyes especiales como la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la legislación urbanística, etc.

Y en el tema en que nos interesa en este trabajo habrá que atender además a leyes especiales como la Ley 41/2007 de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, la Ley 2/2009 de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, o la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Dicho todo esto, sí que vamos a referirnos a los preceptos específicos de la calificación en la legislación Hipotecaria y de los que tradicionalmente se ha deducido el concepto legal de calificación. Son los artículos 18, 19, 19 bis, 65, 66, 99 y 253.3, 258 y 322 a 329 de la Ley Hipotecaria y los artículos 98 a 111 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuya evolución legislativa hemos visto establece hoy en su primer párrafo:

«*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*

---

Cataluña). En Cataluña hay una ley específica (Ley 5/2009, 28 abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña) y el órgano que resuelve esos recursos es la *Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques*

<sup>14</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *op. cit.* p. 345



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».

Éste es por tanto el precepto general en materia de calificación, que la reconoce, y establece su ámbito y medios.

Los párrafos siguientes del artículo 18 regulan el plazo para calificar (15 días), su cómputo y los efectos de la calificación realizada fuera de plazo.

De los demás preceptos que hemos señalado conviene destacar el artículo 19 en cuanto al procedimiento en caso de calificación negativa. El artículo 19 bis, modificado por la Ley 24/2001 citada que regula la calificación positiva y negativa y la calificación por registrador sustituto y el artículo 65 que se refiere a las faltas subsanables y no subsanables.

Además el artículo 99 se refiere a la calificación de documentos relativos a la cancelación de asientos y los artículos 322 a 329 a los recursos contra la calificación.

De la regulación en el Reglamento Hipotecario destacaremos los artículos 98, 99 y 100 que regulan el ámbito de la calificación según se trate de documentos notariales, administrativos o judiciales respectivamente.

### 3.3. Concepto doctrinal de calificación registral

Sin perjuicio del concepto legal de calificación que deriva de las normas indicadas, son muchos los autores que han querido dar un concepto de calificación con el que explicar de cierto modo la importancia que la misma tiene en nuestro Derecho Hipotecario.

Es tradicional comenzar por la conocida afirmación de JERÓNIMO GONZÁLEZ<sup>15</sup> que afirmaba que *«si la inscripción en nuestra patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, ni goza de la fuerza atribuida a la cosa juzgada, crea una situación privilegiada, superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica, y el registrador, órgano encargado de esta metamorfosis, debe resolver sobre la existencia y extensión del derecho inscribible, en un procedimiento hipotecario que asegure la concordancia del Registro y de la realidad jurídica. De otro modo, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios»*.

---

<sup>15</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. *Estudios de Derecho Hipotecario (orígenes, sistemas y fuentes)*, Imprenta de E. Mestre, Madrid, 1924. Recogido también en la obra colectiva citada «La calificación registral» pp. 443-457.

Son muy numerosos los autores que han venido definiendo la calificación registral como actividad principal del registrador y a través de la cual se obtiene el control de legalidad, como facultad de decidir si accederá o no al Registro el título presentado y como consecuencia podrá resultar protegido por los efectos de la inscripción<sup>16</sup>. De los distintos conceptos doctrinales que se han dado, destacaría los de VIDAL FRANCÉS y GARCÍA GARCÍA.

Así, VIDAL FRANCÉS refiriéndose al concepto de calificación señala que es «*el examen o comprobación que de los títulos sujetos al Registro realiza el Registrador de la Propiedad para determinar si están o no ajustadas a derecho y en consecuencia si merecen o no la protección y eficacia del Registro. Evidentemente este examen de legalidad no se refiere a una legalidad genérica, sino que tiene que situarse dentro del propio contenido del Registro de la Propiedad que es el de hacer eficaces erga omnes los derechos reales inmobiliarios*».<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Son muchos los autores y las definiciones que de la calificación se han dado, como tales podemos aquí señalar los siguientes: MORELL Y TERRY en su obra «Legislación Hipotecaria» define la calificación como «*La facultad de examinar, censurar, admitir o rechazar el título sujeto a inscripción. Es acto por el cual el Registrador examina los títulos inscribibles y decide sobre su admisión o no admisión en el Registro. Por ella se establece, digámoslo así, una comparación entre el título y las disposiciones legales que le son aplicables, a fin de que la inscripción reúna todas las garantías posibles de estabilidad y firmeza*», en MORELL Y TERRY, J. *Comentarios a la legislación hipotecaria. Tomo III*, Reus, Madrid, 1934; PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS afirma que «*calificar es decidir si el hecho del cual se solicita el asiento haga al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable, es decir, consiste en determinar si conforme a la ley procede o no practicar el asiento solicitado*» en PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales, Derecho Hipotecario. Derecho Civil, estudios comentarios y notas*, Tomo II. Ed. Colegio Registradores de la Propiedad, Madrid, 1999; ROCA SASTRE se refería a la calificación en relación al principio de legalidad afirmando que «*el principio de legalidad es el que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad, sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación, a fin de que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos*», en ROCA SASTRE, R.M., «Derecho hipotecario» recogido en la obra colectiva citada *La calificación registral, op. cit.*; AMORÓS GUARDIOLA por su parte señala que «*la función calificadora se traduce en el juicio crítico que realiza el Registrador acerca de la legalidad o inscribibilidad de los títulos presentados en solicitud de inscripción*» y añade que la calificación registral se va a referir no sólo al documento en su aspecto formal, sino también a su contenido (aspecto material) en AMORÓS GUARDIOLA, M., «Los Registros Jurídicos de Bienes en el Derecho Español» conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid en 1975 y recogido en sus *Estudios jurídicos*, Editada por el Colegio de Registradores, *op. Cit.*; LACRUZ BERDEJO define la calificación como «*el acto de examinar los diversos aspectos del instrumento supuestamente inscribible sometidos al juicio del Registrador, para decidir si el acto o contrato contenido en él puede tener acceso a los libros, o bien si debe denegar la práctica del asiento*», en LACRUZ BERDEJO, J.L. «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en RCDI, 1979, núm. 530, pp. 77-180, reproducido como «La naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, México 1980 CORPME Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1981, pp. 1-126 y el propio LACRUZ en la misma obra cita la definición dada por CAMY SÁNCHEZ CAÑETE que la define como «*aquella decisión jurídica solemne, dada por el encargado del Registro, mediante la que se declara que el acto o negocio objeto de ella reúne o no los requisitos legales para obtener la protección registral*».

<sup>17</sup> VIDAL FRANCÉS, P. «La problemática actual en la calificación registral», Conferencia en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña recogida en la obra colectiva citada *La Calificación Registral*, Tomo I, p. 280.

Y GARCÍA GARCÍA añade que «*la calificación no se agota en un simple examen del acto, negocio o documento con la finalidad de cumplimiento de las leyes, que es un deber general y común de cualquier funcionario y de cualquier particular, sino que consiste en un control específico de la legalidad de los documentos y de los negocios a los efectos que produce la publicidad registral de los asientos registrales, es decir en íntima relación con la actividad registral, que, por ello, no se puede suplir por una actividad distinta a la registral*».<sup>18</sup>

Considero importantes las definiciones de estos dos autores porque frente a otras explicaciones de la calificación, en las que se destaca fundamentalmente el control y examen por el registrador de la legalidad de los documentos y actos que pretenden su acceso al Registro, en las definiciones de esos dos autores, aparece un matiz o puntualización muy importante y que tendrá, como intentaremos demostrar a lo largo de este trabajo, unas importantes consecuencias.

Este matiz no es otro que el que la calificación no implica un control o examen de legalidad en abstracto del mero cumplimiento de las normas de nuestro ordenamiento, sino que se refiere en concreto a la posibilidad de su inscripción en el Registro, por lo que habrá que atender en cada caso a circunstancias que van más allá de las meras normas o preceptos. Deberá hacerse de acuerdo con la legalidad, pero puede y debe ser un control que contemple las consecuencias y efectos que dicha inscripción, cancelación, anotación o práctica de nota marginal tiene sobre el propio derecho publicado y en relación a terceros. No sería un control de legalidad en abstracto sino de inscribibilidad, de acceso al registro, lo que en ocasiones supone ir más allá del mero control de legalidad (puede ser conforme a la legalidad pero no inscribible), y a la vez no supone una declaración de nulidad<sup>19</sup>.

### 3.4. Naturaleza de la calificación

---

<sup>18</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., en *Derecho Inmobiliario registral o hipotecario*. *Op.cit.* p. 334.

<sup>19</sup> Los ejemplos de estos supuestos en que la calificación va más allá del mero control de legalidad son diversos; en el ámbito de calificación de las hipotecas hay toda una labor de identificación de aquellas cláusulas que a pesar de ser legales y admitidas en la práctica, no van a tener acceso al Registro por carecer de trascendencia jurídico real inmobiliaria. Por ejemplo numerosas cláusulas de vencimiento anticipado o las previsiones sobre obligaciones del prestatario, o el posible aval o fianza que se añade al contrato de préstamo hipotecario. En todos estos casos carecen de dicha trascendencia inmobiliaria pues en nada afectan al derecho inscribible que es la hipoteca ni a la obligación por ella garantizada. Más adelante en este trabajo se exponen todos estos supuestos en un examen detenido.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la calificación registral daría para realizar otro trabajo de estas características<sup>20</sup>. Por ello, nos vamos a limitar aquí a exponer las principales teorías que se han formulado al respecto, y las críticas que a las mismas se han hecho.

En realidad, las teorías sobre la naturaleza de la calificación registral se refieren más bien a las teorías que de la naturaleza del procedimiento registral se han formulado.

De modo que quien considera que el procedimiento registral participa de la naturaleza judicial o jurisdiccional considerará que la calificación es un acto de jurisdicción o quien atribuye al procedimiento registral un carácter de procedimiento administrativo configurará de este modo también la calificación.

Son varias las teorías que se han formulado sobre la naturaleza de la calificación registral, teniendo en cuenta las especiales características de la misma y los importantes efectos que produce.

Son principalmente cuatro: la que configura el procedimiento registral con naturaleza judicial, aquélla que considera la calificación como un acto de naturaleza administrativa, la que la configura como un acto que participa de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y la que considera que la calificación tiene una naturaleza especial distinta de las anteriores.

#### A) La calificación como un acto de naturaleza judicial o jurisdiccional.

En un primer momento, con la aparición de la calificación en la Ley Hipotecaria de 1861<sup>21</sup> algunos autores partían de considerar la función del registrador como una función jurisdiccional. Se equiparaba la decisión registral de inscribir o no un documento a las resoluciones judiciales, ya que de la decisión de inscribir podría derivarse una posición inatacable y la pérdida definitiva de un derecho de un titular. Siendo en este caso esa decisión una declaración de derechos.

ROMANÍ CALDERÓN<sup>22</sup> defendía esta naturaleza judicial de la función calificadora afirmando que *«el funcionario que tiene a su cargo esta oficina (el Registro de la*

---

<sup>20</sup> Así LACRUZ BERDEJO J.L. en su obra «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral», *op. cit.*, realiza un exhaustivo análisis de esta cuestión relacionándole además con otras figuras del Derecho.

<sup>21</sup> Así en la revista de jurisprudencia El Faro Nacional en su nº172 de fecha 16 de febrero de 1861 se destacaban que las funciones de registrador eran muy similares a las de un juez.

<sup>22</sup> ROMANÍ CALDERÓN, J., Carácter de la función calificadora ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?, en *RCDI*, núm. 26, febrero de 1927, pp. 81-86.

*Propiedad) no pertenece en España al orden judicial, pero la calificación que realiza supone una función judicial o jurisdiccional; determina si con arreglo al derecho objetivo ha podido originarse o no el acto real que la inscripción debe reflejar, y en su caso la autoriza dando fuerza de verdad legal a su determinación que por ello produce todos los efectos, que según la legislación hipotecaria, se derivan de la inscripción».*

Otros autores que también defendieron la función calificadora como una función judicial fueron CASTRO<sup>23</sup> y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE<sup>24</sup>, que define la decisión derivada de la calificación como «verdadero juicio hipotecario». También más recientemente ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ<sup>25</sup>.

Sin embargo esta teoría de la función judicial ha sido rechazada puesto que ni el registrador es un órgano judicial, ni resuelve con carácter jurisdiccional (como veremos una de las características de la calificación es que carece del efecto de cosa juzgada), ni existe contienda entre partes.

#### B) Teoría de la calificación como función administrativa.

Frente a la posición de la doctrina que entendía que la función calificadora era una función judicial destaca aquel otro sector que defiende su carácter administrativo siendo durante un tiempo objeto de debate enconado entre ambas posiciones.

Esta teoría que configura la calificación como acto administrativo y el procedimiento registral como procedimiento de esa misma naturaleza, tiene una importante influencia italiana a través de ZANOBINI<sup>26</sup> que configura la función registral como «*una función administrativa de Derecho Privado*», expresión que acuñó este autor en un artículo publicado en 1918 en la *Rivista di Diritto Pubblico* y que utilizó para designar aquellas funciones que la Administración Pública tiene encomendadas, cuyo contenido material es de Derecho privado y que son desempeñadas por funcionarios externos al orden judicial.

---

<sup>23</sup> CASTRO, F., *Manual de Derecho Hipotecario (obra adaptada al programa de Notarías)*, Instituto Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, 1928, pp. 248-286, recogido parcialmente en la obra colectiva citada «*La Calificación Registral*», Tomo III, pp. 2558-2561.

<sup>24</sup> CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B. *Comentarios a la legislación hipotecaria, op. cit.* pp. 575-576.

<sup>25</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 66-75.

<sup>26</sup> ZANOBINI, G. «L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici», en *Scritti vari di diritto pubblico*, Milán, 1955, p. 87.

Como principales exponentes de esta doctrina en España tenemos a GONZÁLEZ PÉREZ<sup>27</sup> y OGÁYAR AYLLÓN<sup>28</sup> y más recientemente a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>29</sup> que asume este carácter administrativo de la función calificadora en el ámbito del Registro Mercantil.

Estos autores distinguen como hemos señalado, el aspecto material que pertenece al Derecho Civil o privado, y el aspecto funcional o procedimental que pertenecería al Derecho Administrativo, y entre ellas la función calificadora.

Así, argumentan que en el Registro de la Propiedad la finalidad de la inscripción es pública (la publicidad inmobiliaria), quien lleva a cabo la decisión de inscribir es un funcionario público (el registrador de la propiedad) y el propio Registro de la Propiedad es un servicio público. De aquí deducen que la función de calificación es una función administrativa en cuanto proviene de su órgano administrativo (registrador), encuadrada en un servicio público (el Registro) y cuya finalidad (la publicidad registral) es también pública.

Además, recientemente, las reformas introducidas en la Ley Hipotecaria por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre en algunos preceptos relativos a la calificación podría servir para abonar esta teoría por cuanto se remiten para determinados aspectos a la norma que regula el procedimiento administrativo<sup>30</sup>, (en materia de notificación de calificación negativa y el cómputo de los plazos en materia de recurso).

También las leyes 24/2001, de 27 de diciembre y 24/2005 de 18 de noviembre, introdujeron diversas modificaciones en el ámbito de la calificación que harían hoy en día aún más defendible esta posición doctrinal. En concreto la calificación sustitutoria, que a solicitud del presentante ante una calificación negativa, realiza el registrador sustituto que determina un cuadro preestablecido (art. 275 bis LH). Este funcionamiento llevado al ámbito del Derecho Administrativo sería el equivalente claro al recurso de reposición y siguiendo esta comparación el recurso gubernativo sería el recurso de alzada, y quedaría después abierta la vía judicial, siendo sin embargo en el caso de los recursos

---

<sup>27</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., en «Naturaleza del procedimiento registral», en *RCDI*, núm. 256, 1949, pp. 581-ss; y en «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad», en *Escritos en homenaje al Profesor Prieto-Castro*, Nacional, Madrid, 1979, pp. 589-641.

<sup>28</sup> OGÁYAR AYLLÓN, T., «Impugnación de la calificación registral», en *RCDI*, núm. 500, 1974, p. 13.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El Registro Mercantil*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 47; también en «La Administración Pública de Derecho Privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994. Sala Primera» en *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto de 1997, pp. 211-228.

<sup>30</sup> Hoy la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ha derogado la anterior Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.



contra la calificación el orden jurisdiccional competente el civil y no el contencioso administrativo.

Ésta es una de las principales críticas que se ha hecho a esta teoría sobre la naturaleza de la calificación. No es un acto administrativo porque no es susceptible de recurso contencioso-administrativo, sino de un recurso ante la jurisdicción civil. Recurso que puede interponerse directamente contra la calificación del registrador o contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado resultado de un recurso gubernativo contra aquélla<sup>31</sup>.

Como argumentos en contra de este carácter administrativo de la calificación se señalan también la atribución del conocimiento de los recursos contra la calificación en materia de Derecho Civil especial o foral propio de una Comunidad Autónoma a los órganos jurisdiccionales civiles de dicha Comunidad (art. 324.2 de la LH).

GUILARTE GUTIÉRREZ señala que la nueva fase de recurso ante la DGRN podría encajar en la idea de un procedimiento administrativo especial, en el que se decide por un órgano de la Administración, pero que es mucho más difícil configurar el procedimiento registral como procedimiento administrativo siquiera con ese carácter de especial en la primera fase del mismo, en la que entra la calificación propiamente dicha, desde el momento en que la calificación es una actividad sometida a derecho privado, llevada a cabo por un funcionario público, pero que está al margen de una relación de servicio o

---

<sup>31</sup> VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «Los recursos contra la calificación registral», en *Cuadernos de Carlos Hernández Crespo*, núm. 31, julio-septiembre de 2011, <http://www.registradoresdemadrid.org/revista/31/index>, fecha de consulta: 21/03/2017, afirma sobre este punto que «La Ley 24/2001 de 27 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, reguló mediante la modificación del artículo 328 de la Ley Hipotecaria la posibilidad de impugnar judicialmente las resoluciones (expresas o presuntas) de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra las calificaciones registrales, acabando así con el anómalo sistema anterior en el que el recurso gubernativo se sustanciaba ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, cuyo auto era recurrible en alzada ante la DGRN. De esta manera se acomoda también la calificación registral y las resoluciones DGRN al mandato de los artículos 24 y 106 CE, es decir al necesario control jurisdiccional. Posteriormente, como ya se ha indicado, la Ley 24/2005 de 18 de Noviembre de reformas para el impulso de la productividad introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de impugnar directamente ante los Tribunales de Justicia las calificaciones negativas de los Registradores (artículo 324 de la Ley Hipotecaria), por tanto, el tradicionalmente llamado recurso gubernativo ante la DGRN ha pasado a ser meramente potestativo. Pues bien, este recurso judicial, posible en los dos citados supuestos, pero con la misma tramitación, se trata de un proceso que compete a la jurisdicción civil (juzgados civiles de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble o, en su caso mercantiles), aunque tiene un carácter especial por razón de la materia y con algunos tintes contencioso-administrativos también por razón de su objeto. Este hecho de que la jurisdicción competente sea la civil y no la contencioso-administrativa, deriva de la naturaleza especial de la función y calificación registral, y confirma que las resoluciones DGRN, si bien son actos de la administración pública, no son actos administrativos en sentido estricto, ya que la materia que constituye su contenido no es administrativa sino de naturaleza civil, registral o mercantil».

encuadramiento jerárquico en la Administración, con plena autonomía y total responsabilidad por la actividad que desarrolla, y que se refiere a cuestiones que dirimen intereses puramente privados<sup>32</sup>.

C) La calificación como un acto de jurisdicción voluntaria.

La teoría que quizás ha tenido más aceptación entre la doctrina civilista sobre la calificación es la que la configura como un acto de jurisdicción voluntaria, pero que se realiza por un funcionario –registrador- que no es judicial sino administrativo.

Inició esta corriente JERÓNIMO GONZÁLEZ que destacaba las importantes analogías con la función judicial, pero advirtiendo que en el procedimiento registral no hay contienda entre partes, ni resulta de la cuestión decidida la fuerza de cosa juzgada, y que por ello debía situarse la función registral entre los actos de jurisdicción voluntaria, «*por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias, cualesquiera que sean las naturales repercusiones de los asientos practicados en el juicio contradictorio que sobre las mismas pudiera entablarse*»<sup>33</sup>

SANZ FERNÁNDEZ<sup>34</sup> sigue a este autor afirmando que la teoría de la calificación como un acto de jurisdicción voluntaria se aceptaba sin discusión por toda la doctrina y también la jurisprudencia antes señalada de que el procedimiento hipotecario (y por tanto la calificación) es un acto de jurisdicción voluntaria.

Otros muchos autores han defendido la calificación como un acto de jurisdicción voluntaria o de garantía, como ROCA SASTRE<sup>35</sup> que defendió esta postura señalando ciertas notas caracterizadoras de la calificación como son: llevarse a cabo por un funcionario administrativo que es el registrador, la especialidad del procedimiento hipotecario que se rige por las normas contenidas en la Ley y en el Reglamento Hipotecario y que la calificación tiene por objeto practicar una inscripción o rechazarla y en consecuencia inscribir o no un derecho real o situación jurídica, pero no declarar la existencia o inexistencia de un derecho controvertido entre partes contendientes.

---

<sup>32</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 66.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario...*, *op. cit.*, pp. 434-435.

<sup>34</sup> SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo II p. 151.

<sup>35</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario* 1968, 6ª Edición, pp. 246-250 y que fue reiterada en ediciones posteriores como la de ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *Derecho Hipotecario*, 9ª edición, 2008, p. 222.



No cabe duda de que estas características hacen muy especial a la calificación como acto de jurisdicción voluntaria.

Otros autores más modernos han defendido también esta posición en cuanto a la naturaleza de la calificación, que ya advertimos que ha sido la que más seguidores ha obtenido. Así VIDAL FRANCÉS<sup>36</sup> que la distingue de la función administrativa, de la judicial y también de la notarial, AMORÓS GUARDIOLA<sup>37</sup> que habla de «*iurisdictio*» aunque formal y no material que resuelve sobre la inscribibilidad sin que haya contradicción entre las partes, HERNÁNDEZ GIL<sup>38</sup> que considera la calificación como acto de jurisdicción voluntaria ya que afirma que éstos no son sólo realizados por jueces y FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>39</sup> que añade la idea de que se trata de una función pública realizada por un profesional privado.

Esta teoría también ha sido seguida en ocasiones por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así la Resolución de 12 de junio de 1925 configuraba la calificación como un «*acto de jurisdicción voluntaria especial*». En igual sentido las Resoluciones 14 de octubre de 1932 (Gaceta de 15 de noviembre de 1932) y 10 de abril de 1934 (Gaceta de 29 de abril de 1934). Y excluyendo la aplicación de la legislación de procedimiento administrativo entre otras la Resolución de 3 de marzo de 1961 (BOE de 3 de abril 1961) que atribuye a la jurisdicción ordinaria las cuestiones derivadas de los títulos inscribibles, afirmando que la doctrina hipotecaria moderna «*estima que el recurso gubernativo constituye uno de los supuestos de la denominada jurisdicción voluntaria; de ahí sus diferencias con los procedimientos de la contenciosa, puestos de manifiesto a través de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado inadmisibile la interposición del recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de este*

---

<sup>36</sup> VIDAL FRANCÉS, P., «Problemática actual en la calificación registral», en *La Calificación Registral, op.cit.*, pp. 326-343, defiende esta distinción de los actos administrativos y judiciales, diciendo que la calificación pretende la tutela de los intereses privados y que supone conseguir la seguridad jurídica (preventiva) de los derechos reales inmobiliarios mediante la publicidad de los mismos frente a todos. Y también la distingue de la función notarial atendiendo a la necesidad del secreto de protocolo que tiene dicha función frente a la publicidad que otorga el Registro, pero además por la necesidad de independencia, objetividad e imparcialidad que son necesarias para la calificación y que precisa que se preserve y se evite cualquier tipo de interferencia por la vinculación que pueda tenerse con las partes contratantes.

<sup>37</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M., «Significado de la calificación registral» en *La Calificación Registral*, Tomo I, p. 621.

<sup>38</sup> HERNÁNDEZ GIL, F., *Introducción al Derecho Hipotecario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 147-ss.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil: Sujeto y Función Mercantil Registral. Crítica sobre su ámbito institucional*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990.

*Centro, dictadas en expedientes incoados por la calificación de los registradores de la propiedad mientras admite los recursos en los demás casos».*

La Resolución de 26 de junio de 1986 (BOE de 16 de julio de 1986) afirmaba que *«la función registral se aproxima, en sentido material a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque aunque los Registradores de la propiedad -como los Jueces- no están sujetos en su función al principio de jerarquía para enjuiciar en caso, sino que gozan de independencia en la calificación, están sin embargo fuera de la organización judicial».*

La jurisprudencia también se ha referido a esta cuestión, así, recientemente la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de abril de 2008 (BOE-A-2010-12938), en Pleno, consideraba que la calificación registral no se compadece con la naturaleza del acto administrativo ordinario, sino que está más próxima a los actos propios de la jurisdicción voluntaria, ya que no existe contienda entre las partes.

También en diversos textos legales se ha hecho referencia a esta teoría:

El Real Decreto de 16 de septiembre de 1994 por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de justicia y de interior, en su preámbulo y al tratar de la calificación afirma que *«las calificaciones de los registradores de la propiedad y mercantiles, no son actos administrativos, y las decisiones del Departamento en relación con las mismas, tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, dejando a salvo a los interesados la vía del orden jurisdiccional civil, sin perjuicio de los aspectos puramente administrativos del procedimiento».*

Y de igual modo, la Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación en su Exposición de motivos afirma que la calificación goza de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria.

Por último tenemos también que la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su preámbulo afirma que la nueva ley *«opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía*

viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados». Si bien se desprende que lo que se hace es atribuir el conocimiento de alguno de los expedientes que tradicionalmente se han venido configurando como de jurisdicción voluntaria y cuyo conocimiento estaba atribuido a los jueces de lo civil.<sup>40</sup>

Sin embargo como hemos ido señalando y ponen de manifiesto alguno de los autores citados, esta teoría estaría conforme en que la calificación sería un acto de jurisdicción voluntaria especial, con importantes características diferenciadoras: el sujeto que lo lleva a cabo es un funcionario administrativo, y la materia, ya que no se trata de declarar derechos sino de inscribirlos. Por último también sería especial por el procedimiento por cuanto es específico para la calificación registral y regulado por la Ley Hipotecaria.

De aquí, y coincidiendo en el rechazo (al menos parcial) de la calificación como acto judicial y como acto administrativo surge la teoría de la calificación como acto especial o «*sui generis*» que no cabe reconducir a otras categorías jurídicas.

#### D) La calificación como función especial.

La calificación como función especial o atípica ha sido defendida por LÓPEZ MEDEL<sup>41</sup> que además acentúa una idea original y es que mediante la calificación, lo que se pretende es no sólo lograr la seguridad jurídica sino la «justicia registral».

Esta idea de función especial es también defendida por RUIZ MARTÍNEZ<sup>42</sup> y CHICO ORTIZ<sup>43</sup>, pero fue LACRUZ BERDEJO<sup>44</sup> quien en un Dictamen que se publicó

---

<sup>40</sup> Esta nueva ley hay que ponerla en relación con la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en la que se han incluido en la LH una serie de procedimientos y expedientes propios de la jurisdicción voluntaria como los de doble inmatriculación de fincas el deslinde o los excesos de cabida.

<sup>41</sup> LÓPEZ MEDEL, J., «Teoría del Registro de la Propiedad», 3ª edición, 1959, Madrid 1991, recogida en el libro colectivo citado *La Calificación Registral*, Tomo I, p. 547 y *vid.* también LÓPEZ MEDEL, J., *Modernas orientaciones sobre la Institución Registral*, 2ª edición ampliada, Fragua, Madrid, 1975, pp. 172-ss.

<sup>42</sup> RUIZ MARTÍNEZ, F., «Algunas consideraciones sobre la calificación registral» en *Curso de conferencias sobre Derecho Inmobiliario Registral (años 1951-1952)*, Colegio Nacional de Registradores, Madrid, pp. 137-159.

<sup>43</sup> CHICO ORTIZ, J.M., *Estudio sobre Derecho Hipotecario*, Madrid, 1981, Tomo I pp. 663-664. Este autor dentro de esta especialidad de la calificación la encuadra dentro del principio general de seguridad del tráfico que se logra con la publicidad registral.

<sup>44</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador» *RCDI*, 1979, núm. 530, pp. 77-180.

después en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, más ha profundizado en esta idea de la función especial.

En ese dictamen tras hacer un minucioso examen de las teorías hasta ahora expuestas llega a la conclusión de que la calificación debe configurarse en cuanto a su naturaleza como un acto de jurisdicción voluntaria que se ejerce por un órgano judicial, o bien como una función análoga a la jurisdicción voluntaria pero distinta de la judicial y de la administrativa. Él opta por esta última y la denomina como «función de garantía de derechos».

Esta función de garantía de derechos se relaciona con la que recoge el art. 117.4 de la Constitución, pero en este caso no estaría ejercida por los jueces, sino por otros funcionarios que serían los registradores, de manera que la remisión que hace el art. 117.4 CE debería entenderse hecha en este caso a la Ley Hipotecaria.

Sin embargo hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de mayo de 2000 (ROJ: STS 4145/2000-ECLI:ES:TS:2000:4145) en la que debía decidir sobre la anulación de determinados preceptos del Reglamento Hipotecario entendió que el art 117.4 de la CE, en cuanto se refiere a «otras funciones de garantías de derechos», no debe entenderse comprendido en la misma, las funciones de jurisdicción voluntaria que el Tribunal Supremo entiende que tienen carácter jurisdiccional. Sin embargo en esta Sentencia no se pronunció el Alto Tribunal sobre la naturaleza del procedimiento registral y de la calificación, sino que aplica alternativamente preceptos de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y administrativo<sup>45</sup>.

Esta teoría ha sido también mantenida por diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras la de 6 de junio de 1991 (BOE de 14 de agosto de 1991) y la de 10 de enero de 2000 (BOE de 12 de febrero de 2000).

Así en la Resolución de 6 de junio de 1991 (BOE de 14 de agosto de 1991) afirmaba que *«la función registral tiene una naturaleza especial que no encaja en la judicial, ni mucho menos en la administrativa al versar sobre cuestiones civiles y teniendo en cuenta su especial procedimiento»*.

---

<sup>45</sup> Los preceptos que se anularon por dicha sentencia eran los relativos a la tramitación del recurso contra la calificación. En concreto es la Sentencia de 22 de mayo de 2000, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ROJ: STS 4145/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4145), por la que se anula el artículo 1 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y da nueva redacción a los artículos 112, ordinal 3º y párrafo último, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129 y 131 del Reglamento Hipotecario.

Hubo además un período en la Dirección General de los Registros y del Notariado entre 2006 y 2008 en que se defendió que la naturaleza de la calificación no era ni un acto de jurisdicción voluntaria ni un *tertium genus*, tampoco un acto administrativo pero sí un acto de Administración Pública de Derecho Privado, en que predomina la administrativización (Resoluciones de 14, 17, 18, 19, 20 y 25 de julio de 2006 (BOE de 25 de agosto de 2006) y 10 y 13 de noviembre de 2006 (BOE de 30 de noviembre de 2006)).

Estas resoluciones adolecen de incongruencia en su argumento, pues a la vez que hablan de un procedimiento administrativizado, reconocen la especialidad del procedimiento registral (al no aplicársele por ejemplo la nulidad por falta de trámites esenciales). En el fondo lo que se quería con este argumento era fortalecer la idea de dependencia jerárquica del registrador respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en esa época reclamaba el Centro Directivo.

Dentro de esta línea de *tertium genus* o función especial cabría citar la reciente sentencia de la Sala 1ª de lo Civil, en Pleno, de 3 de enero de 2011 (ROJ: STS 263/2011 - ECLI:ES:TS:2011:263) que afirmaba que la función calificadora tiene importantes diferencias con el régimen propio de las actividades de las administraciones públicas y que justifican su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional y destaca que *«la revisión de actividad calificadora no corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo, sino al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto, prevaleciendo en el ámbito registral, no la voluntad de favorecer al administrado (...) frente a las Administraciones Públicas en su actividad encaminada al interés general, sino que predomina la protección de los derechos de los terceros, de carácter privado, de acuerdo con los principios que rigen la función del Registro de la Propiedad»*.

E) La función calificadora como un acto mixto de jurisdicción voluntaria y de administración pública.

Esta teoría, que es la más moderna, es una posición ecléctica que viene en cierto modo a recoger lo que de acertado tienen las otras teorías para configurar una solución mixta del acto de calificación que integra elementos de los actos de jurisdicción voluntaria y de los actos administrativos.

El principal artífice de esta teoría es GARCÍA GARCÍA<sup>46</sup> que, según señala, se basa en un trabajo inédito de PARDO NUÑEZ<sup>47</sup> en el que diferencia con relación a la calificación, entre el procedimiento en que se integra la calificación, que sería un trámite de un procedimiento de una «Administración Pública», y la materia de la calificación que sería un acto típicamente registral y por lo tanto civil.

Afirma GARCÍA GARCÍA<sup>48</sup> que el acto de calificación es un acto que *«no pudiendo ser configurado como un acto del Poder legislativo ni del Poder judicial, la conclusión es que se trata de un acto realizado por un funcionario de la Administración Pública, si bien en régimen especial, tanto por razón de la materia (materia registral y civil), como por razón de los efectos (los especiales efectos de la publicidad de los asientos registrales), como por razón de la responsabilidad del registrador (arts. 18.1ª y 206 y ss. LH) como en fin, por los efectos que la calificación lleva consigo en relación con los asientos registrales y la publicidad derivada de los mismos»*.

GARCÍA GARCÍA<sup>49</sup> hace un análisis distinguiendo por razón de la materia del órgano, de la naturaleza de la decisión, de los efectos, del procedimiento en que la calificación se integra y del recurso contra esa calificación y llega a esa conclusión del carácter mixto de la calificación entre acto de jurisdicción voluntaria y acto administrativo.

Esta teoría por ser la más completa es la que mejor explica la especial naturaleza de la calificación, en la que van a incidir garantías que se establecen para los procedimientos administrativos junto con efectos que son puramente civiles y registrales y además especiales respecto de cualquier otra actividad administrativa o de Derecho Privado.

### 3.5. Caracteres de la calificación registral

Una vez que hemos analizado el concepto y la naturaleza de la calificación registral vamos a examinar brevemente los caracteres de la misma.

---

<sup>46</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III, *op. cit.* p. 413.

<sup>47</sup> GARCÍA GARCÍA hace referencia a ese trabajo inédito en la obra citada p. 417, diciendo que ese doble enfoque constituye un hallazgo importantísimo de PARDO NUÑEZ y cita también a este mismo autor al exponer su teoría al señalar que *«la administración no tiene interés ni siquiera fiscal en la práctica de los asientos precisamente porque el asiento tiene eficacia discriminadora sólo entre meros derechos privados»*. PARDO NUÑEZ, C., «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», en *Homenaje a José María Chico Ortiz*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pp. 711-736.

<sup>48</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M. *op. cit.* p. 413.

<sup>49</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *op. cit.* pp. 414-423.

En este acercamiento que estamos haciendo a la calificación para comprender en toda su profundidad la calificación de las cláusulas abusivas, bastará con citar y comentar las notas más características de la función calificadora, teniendo en cuenta que trataremos en profundidad las características principales al ponerlas en relación con la calificación que se haga de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios.

De este modo nos encontramos que la generalidad de la doctrina<sup>50</sup> coincide en señalar como caracteres de la función de calificación los siguientes:

- a) Es una función jurídica.
- b) Es una función de control de legalidad, exclusiva del registrador.
- c) Es una función rogada.
- d) Es una función inexcusable y obligatoria.
- e) Es de carácter personalísimo.
- f) Es responsable o imputable.
- g) Es independiente.
- h) Tiene garantías de imparcialidad.
- i) Es global y unitaria.
- j) Es revisable.
- k) Y no tiene efectos de cosa juzgada.

Vamos a ver cada una de ellas:

- a) Es una función jurídica.

La calificación es el instrumento del que se sirve el legislador para llevar a efecto el principio de legalidad en el ámbito registral y se lleva a cabo sobre la base de disposiciones legales y reglamentarias además de la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

---

<sup>50</sup> Así, entre otros autores que recogen estas notas características de la función calificadora podemos señalar los siguientes: GARCÍA GARCÍA, L., *La nota de calificación*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2008, pp. 22-23. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A. y otros, *Derecho Inmobiliario Registral, Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., pp. 319-320. VVAA, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, op. cit., pp. 232-233.

Sin embargo otros autores limitan o amplían la relación señalada. GARCÍA GARCÍA, J.M., en *Derecho Inmobiliario Registral*, op.cit. pp. 424-486, explica minuciosamente las características aquí señaladas y algunas otras añadidas por ejemplo que la calificación no afecta a la existencia del negocio ni al principio de prioridad. CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., *Revisión del principio hipotecario de legalidad*, Fundación Registral, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2012, pp. 31-58, reduce sin embargo las características de la calificación a que es: unipersonal, independiente, unitaria, limitada y recurrible. También se refería a las características de la calificación la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 26 de junio de 1936.



En este sentido se pronuncia CHICO y ORTIZ<sup>51</sup> diciendo que al ejercerla el registrador realiza «una actividad de fondo jurídica o legislativa, que exige un pleno conocimiento de las disposiciones legales, de los principios informadores del sistema y ciencia jurídica para penetrar en el difícil campo en el que se trata de distinguir lo real de lo personal».

En relación con ello, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1973 (BOE de 8 de noviembre de 1973) destacaba la calificación como función creadora de derecho.

b) Es una función de control de legalidad.

Que realiza el registrador y que debe distinguirse de los controles de legalidad realizados por otros funcionarios u operadores jurídicos que intervengan en la operación.

GARCÍA GARCÍA<sup>52</sup> relaciona esta función de control de legalidad con que es una función exclusiva y específica del registrador y que ha de diferenciarse de la obligación de cumplimiento de las leyes que tiene el notario, así como de la función de la Administración en los expedientes administrativos comunes y de la función judicial.

Frente a ellos la función de calificación como control de legalidad se ha de relacionar con la publicidad de los asientos registrales y la eficacia *erga omnes* de los mismos.

Cita este mismo autor para distinguir la actuación registral y notarial la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002 (BOE de 5 de junio de 2002) al decir:

*«Debe partirse del distinto ámbito y efectos de la escritura pública y del Registro. Mientras que la primera atañe a la forma del negocio jurídico, lo segundo atiende a la publicidad de los derechos reales que en su caso se pueden haber creado en virtud del mismo y sus efectos frente a terceros adquirentes. De ahí que no siempre y necesariamente hayan de coincidir los requisitos exigidos por la legislación notarial para la redacción de las escrituras con los requisitos impuestos por la legislación hipotecaria para practicar la inscripción».*

GÓMEZ GÁLLIGO<sup>53</sup> destaca este carácter de exclusividad del registrador. La función calificadora la atribuye el Estado en exclusiva al registrador que ni siquiera puede

---

<sup>51</sup> CHICO Y ORTIZ, J.M., *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*, Marcial Pons, Madrid, 1987, pp. 21-71.

<sup>52</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, op.cit. pp. 426-427.

<sup>53</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «La calificación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores*, año XLIV, número 159, (2ª época), julio-agosto de 2009, pp. 1577-1620.



consultar a la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre aquellas cuestiones que hayan de ser objeto de calificación<sup>54</sup>.

c) Es una función rogada.

Una de las características del procedimiento registral consiste en que el inicio del mismo (y por ello también la calificación) ha de hacerse a instancia de parte. El principio de rogación<sup>55</sup> impone que no pueda ponerse en marcha el procedimiento registral si no hay una petición en tal sentido que implica la presentación del documento en el Registro.

A la vez junto con ese inicio a instancia de parte y no de oficio tenemos que en las restantes fases del procedimiento sí que se activa de oficio, sin necesitar nuevas solicitudes por ejemplo, para proceder a la práctica del asiento si la calificación es positiva.

d) Es una función inexcusable y obligatoria.

El hecho de que sea una función rogada que exija solicitud del interesado, no excluye el que una vez practicado el asiento de presentación el registrador esté obligado a calificar sin que pueda rehuir esta responsabilidad.

Resulta del artículo 18 LH al decir de modo imperativo que los registradores «*calificarán*».

GARCÍA GARCÍA<sup>56</sup> dice que este carácter obligatorio de la calificación la acerca a la función judicial en la que tampoco cabe ninguna excusa para no resolver el caso planteado.

---

<sup>54</sup> Hay que tener en cuenta la posibilidad que recoge el art. 273 LH de consulta a la DGRN pero en ningún caso sobre cuestiones sujetas a calificación. Este artículo establece que «*Los Registradores podrán consultar directamente con la Dirección General cualquiera duda que se les ofrezca sobre la inteligencia y ejecución de esta Ley o de su Reglamento, en cuanto verse sobre la organización o funcionamiento del Registrador, y sin que en ningún caso puedan ser objeto de consulta las materias o cuestiones sujetas a su calificación*». En cuanto a la admisión hoy del llamado recurso a efectos doctrinales, la DGRN en las Resoluciones de 14 de julio y 15 de octubre de 2007 (BOE de 3 de julio y 20 de noviembre de 2007) y el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de mayo de 2000 (ROJ: STS 4145/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4145), admitieron que la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculos para la interposición del recurso contra la calificación del Registrador. Aunque tras la reforma de la legislación hipotecaria por Ley 24/2001 se haya suprimido la posibilidad de interponer recurso a efectos doctrinales, la tramitación del recurso debe admitirse considerando la antedicha doctrina jurisprudencial según la cual «*el objeto del recurso... no es el asiento registral sino el acto de calificación del registrador*» y que se declare si dicha calificación fue o no ajustada a Derecho, lo cual «*es posible jurídicamente aunque el asiento se haya practicado*». Por último en cuanto a la exclusividad en la calificación hay que ponerlo en relación también con la posibilidad de la calificación sustitutoria conforme al art. 19 bis LH.

<sup>55</sup> El artículo 6 LH, que es el que se señala como fundamento de este principio, recoge quién puede solicitar la inscripción en el Registro. Junto a esta regla general de función rogada existen también supuestos en que el Registrador puede calificar y actuar de oficio como el supuesto de solicitud presunta del art. 353 del RH en el que el hecho de solicitar certificación de cargas a la práctica de su asiento conlleva la de la cancelación de asientos caducados y la extensión de la presentación del art. 425 RH a todas las fincas que contenga el documento y a todos los actos inscribibles que del mismo resulten.

<sup>56</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario», *op.cit.*, p. 428.

AMORÓS GUARDIOLA<sup>57</sup> la denomina como actuación obligatoria y CHICO ORTIZ<sup>58</sup> habla de la «necesidad» de la calificación diciendo que «frente a la misma no puede alegarse por su posible dificultad, la oscuridad legislativa, la existencia de una laguna, la posible consulta a órganos superiores, la dificultad en las búsquedas, etc..»

Es muy interesante el carácter de «aporía» que le da este autor a la calificación. Así configura la calificación como un «trabajo aporético» y cita a VIEHWEG<sup>59</sup> que define la aporía como «una cuestión que es acuciante o ineludible, la falta de un camino, la solución de un problema que no es posible aportar» y señala CHICO que es idea «cuadra perfectamente con la nota de la inexcusabilidad que preside la labor calificadora, de manera que el registrador debe inexcusablemente resolver el caso o problema planteado»<sup>60</sup>.

Este carácter obligatorio de la calificación, por otra parte, no impide que el registrador pueda suspender la calificación como en caso de falta de pago de impuestos (art. 254.1º y 255 LH) o por falta de índices (art. 161 RH) o presentación simultánea de títulos contradictorios, lo que a su vez puede dar lugar a la práctica de anotación preventiva (art. 42.9 LH). Pero estos casos no son en ningún caso imposibilidad derivada de la dificultad de la cuestión planteada.

e) Tiene carácter personalísimo.

La calificación es indelegable y una función personalísima de manera que el registrador no puede hacer descansar su decisión mediante la consulta a sus superiores sobre cuestiones sujetas a calificación (art. 273 LH).

---

<sup>57</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M., «Significado de la calificación registral», Conferencia pronunciada en Jornadas sobre Registro y Seguridad Jurídica, 9 y 10 de mayo de 1994, en *La Calificación Registral*, Tomo I, op. cit., p. 621.

<sup>58</sup> CHICO Y ORTIZ, J.M., «Calificación Jurídica, conceptos básicos y formularios registrales», op.cit., p. 732.

<sup>59</sup> VIEHWEG, T., *Topik und jurisprudentz* (1953), publicada en Múnich en su original alemán. Su primera versión en italiano (*Tópica e giurisprudenza*) fue publicada en 1962 por Giuffrè en Milán. Traducida al castellano por Luis Díez Picazo y prologada por Eduardo García de Enterría en 1964, sería editada por Taurus. Para la lectura de los trabajos de este autor desde 1969 a 1988 véase la versión castellana de Jorge M. Seña (con corrección de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1990. Hay una última edición de Civitas de 2007. *Theodor Viehweg* (1907-1988) filósofo del derecho alemán que en el año de 1953 publicó su obra *Topik und Jurisprudenz*, cuya idea principal era reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tenía el resurgimiento del modo de pensar *Tópico* o *Retórico*. Según Viehweg, *Tópica* es la técnica de pensamiento orientada a problemas ó técnica del pensamiento problemático. Partiendo de la definición, encontramos que Viehweg, establece una distinción entre éstos dos términos: Problema y aporía. Problema es aquella cuestión que demanda una respuesta y aporía es un problema sobre el cual no tenemos una respuesta, pero que la tenemos que buscar cueste lo que cueste. Viehweg la define como una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida. En la ciencia del derecho estamos expuestos a resolver aporías y la aporía principal de la jurisprudencia es determinar qué es lo justo aquí y ahora.

<sup>60</sup> CHICO Y ORTIZ, J.M., «Calificación Jurídica, conceptos básicos y formularios registrales», op.cit. p. 734.

La calificación del registrador es un derecho y a la vez una obligación que la ley impone al registrador competente y que por ello no puede ser compartido.

Para el caso de registros servidos por más de un registrador en régimen de división personal, los últimos párrafos del art. 18 LH establecen unos criterios que pretenden una cierta uniformidad en la calificación que beneficie el servicio público.

f) Es responsable o imputable.

Como consecuencia del carácter obligatorio y personalísimo, de la calificación responde el registrador que la ha llevado a cabo.

Ello resulta también del art. 18 LH al decir que «*los registradores calificarán bajo su responsabilidad...*», y como vimos es una de las especiales características de la calificación que hace que sea difícil encuadrarla en una categoría ya existente en relación a su naturaleza jurídica y ello porque de la actuación del registrador –que es un funcionario público- no se hará responsable a la Administración del Estado, sino que la ley responsabiliza al propio registrador.

Esta responsabilidad puede ser de tipo penal cuando la actuación pueda tipificarse como delito o falta penada por el Código Penal. Puede ser responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados por su actuación (art. 296 LH) y puede ser también responsabilidad disciplinaria si en el ejercicio de la función se comete alguna de las faltas que recogen los artículos 313 a 318 LH que distinguen entre faltas leves, graves y muy graves y sus respectivas sanciones.

En cuanto a la responsabilidad del registrador podemos destacar la opinión de PARDO NÚÑEZ que afirma que frente al sistema alemán en el que existen consentimientos formales, en el sistema español del Registro de la Propiedad la garantía de legalidad del asiento se consigue encargando al registrador su confección y haciéndole responsable de los eventuales daños indemnizables que se ocasionarían con su práctica. De manera que es el registrador quien, para salvaguardar su responsabilidad, protege a los posibles terceros que puedan resultar afectados por la práctica del asiento y a quienes la ley no necesita, por tanto, hacer intervenir en la redacción del mismo<sup>61</sup>.

g) Es independiente.

---

<sup>61</sup> PARDO NÚÑEZ, C., «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», *op.cit.* p. 727. En el mismo sentido expresado de ser la responsabilidad del registrador al fundamento de la facultad de calificar, se pronuncia también F. MENDEZ desde el punto de vista del análisis económico del Derecho en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. «La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho», en GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., (Director) *La Calificación Registral*, Tomo I, *op.cit.* p. 32.

Para que de la calificación sea responsable, la ley debe dar garantías de independencia, de modo que el resultado de la función sea total y libremente imputable al registrador.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha ido perfilando esa independencia del registrador en la calificación y así ha manifestado que la calificación es independiente de las manifestaciones del notario y de la calificación jurídica del acto otorgada que hubiere hecho el mismo (Resolución de 20 de febrero de 1992 [BOE de 2 de mayo de 1992]). No vinculan al registrador las calificaciones y decisiones anteriores que hubiere tomado él mismo sobre asuntos similares; sobre este punto la Resolución de 21 de septiembre de 1978 (BOE de 11 de octubre de 1978), señala que el artículo 127 RH autoriza al registrador a emitir nuevos juicios calificativos y alegar defectos que anteriormente no había señalado, pero como el ejercicio de esta facultad puede llevarle a cometer abusos, el propio precepto reglamentario establece como contrapunto, su corrección disciplinaria si procediera atendida las circunstancias del caso. Tampoco vincula al registrador la calificación del mismo documento hecha por otro registrador distinto (Resoluciones de 5 de febrero de 1988 [BOE de 16 de febrero de 1988], 30 de junio de 1992 [BOE de 29 de julio de 1992] y 3 de octubre de 2014 [BOE de 31 de octubre de 2014]).

Tampoco está sometido el registrador a las órdenes de ningún superior jerárquico, lo que se mantiene incluso respecto de los órganos judiciales, (art. 136 RH<sup>62</sup>).

Sin embargo en este sentido también ha de tenerse en cuenta el art. 327 LH que en su párrafo décimo, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, señala que la resolución que estime el recurso contra la calificación y dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y publicada en el Boletín Oficial del Estado, «*tendrá carácter vinculante para todos los registros mientras no se anule por los tribunales*» y que «*la anulación de aquella, una vez firme, será publicada del mismo modo*».

Esta nueva redacción ha dado lugar a una larga polémica<sup>63</sup> en la que no podemos entrar ahora, pero en principio debe entenderse que se trata de carácter vinculante para el caso concreto y no si el supuesto planteado es diferente.

---

<sup>62</sup> Un auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de septiembre de 2007 consideraba derogado este art. 136 RH basándose en que si el Tribunal Supremo había declarado nulos los artículos del Reglamento Hipotecario, introducidos por RD 1867/1998, referidos al recurso gubernativo por considerar que debía estar regulado por Ley, por la misma razón el procedimiento del art. 136 RH debía estar regulado por ley al regular un procedimiento judicial y debía en consecuencia considerarse igualmente derogado.

<sup>63</sup> Fundamentalmente se planteó con supuestos de calificación de poderes por parte de Registradores, que se oponían a la interpretación que daba la Dirección General de los Registros y del Notariado en un momento determinado al art. 98 de las leyes 24/2001 y 24/2005. Así como mero ejemplo podemos señalar la

Al tratar de esta característica de la calificación, GÓMEZ GÁLLIGO, destaca que independencia no puede entenderse como sinónimo de arbitrariedad, y junto al adjetivo de independiente añade el de «libre»<sup>64</sup>.

h) Tiene garantías de imparcialidad.

Esta característica está muy relacionada con la de la independencia, siendo estas garantías de imparcialidad que exige la ley también las que en parte van a dar lugar a la independencia del registrador en la calificación.

Y así con carácter general tenemos que el registrador es imparcial respecto de las partes del negocio, no siendo ninguna de ellas cliente del registrador. Tampoco es cliente el funcionario autorizante del documento que no elige en ningún caso al registrador sino que el título se presentará en el Registro que le corresponde por competencia territorial en función de donde radique la finca (art. 1.2 de la LH).

La imposibilidad de elegir registrador para la calificación<sup>65</sup>, al venir éste determinado por la competencia territorial, es una imprescindible garantía de imparcialidad, ya que no existirán presiones para modificar el sentido de la calificación bajo la amenaza de acudir a otro registrador distinto.

No hay que obviar que esta posibilidad de la libre elección del registrador se ha barajado en diversas ocasiones, también como consecuencia de presiones de los operadores económicos como es el caso de las entidades de crédito.

---

sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2009 (ROJ:SAP M 18684/2009 – ECLI:ES:APM:2009:18684) que anula la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 2008 (BOE de 5 de marzo de 2008) en cuanto a la interpretación del citado art. 98 en materia de poderes.

<sup>64</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. «La calificación registral», *BCORPME*. núm. 159, año 2009. p. 1577. Señala este autor que el registrador únicamente está sometido a otros órganos o autoridades en vía de recurso gubernativo o jurisdiccional.

<sup>65</sup> Sí que se han permitido la libre elección de registrador para determinados servicios o funciones registrales, pero no para la calificación. Así será posible la libre elección de registrador para la emisión de notas simples informativas y notas de localización del Índice General Informatizado, para la presentación de documentos a fin de remitirlos al registro competente para la práctica del asiento de presentación, o para el asesoramiento en materia registral a los consumidores. En este sentido el artículo 222.8 LH establece que «Los interesados podrán elegir libremente el Registrador a través del cual obtener la información registral relativa a cualquier finca, aunque no pertenezca a la demarcación de su Registro, siempre que deba expedirse mediante nota simple informativa o consista en información sobre el contenido del Índice General Informatizado de fincas y derechos. La llevanza por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles del citado Índice General no excluye la necesidad de que las solicitudes de información acerca de su contenido se realicen a través de un Registrador». Y el art. 258.1 LH que «El Registrador, sin perjuicio de los servicios prestados a los consumidores por los centros de información creados por su colegio profesional, garantizará a cualquier persona interesada la información que le sea requerida, durante el horario habilitado al efecto, en orden a la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción».

Estas presiones, también materializadas en algunas anteproyectos de ley<sup>66</sup>, no han tenido resultado y ello porque tratándose la calificación de un control de legalidad de un acto o contrato que puede tener efectos, a través de la publicidad registral, frente a terceros, resulta claramente improcedente la aplicación de la libre competencia a esta materia.

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución de 17 de junio de 2002 del Pleno, que alude a la función de calificación como de control de legalidad y productora de una publicidad de interés público para la Administración del Estado y por tanto excluida de la consideración de operador económico en el mercado de servicios<sup>67</sup>.

También la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 4 de julio de 2002, respondiendo a una consulta sobre la procedencia del actual cuadro de sustituciones a efectos del artículo 275 bis LH, se manifestó claramente a favor de la necesaria competencia territorial de la actuación del registrador y de su necesidad como garantía de la independencia e imparcialidad de la calificación.<sup>68</sup>

Para garantizar la imparcialidad del registrador en el ejercicio de la función calificadora nos encontramos también con todo el régimen de incompatibilidades que recoge el art. 102 del RH<sup>69</sup>, y con las incompatibilidades del cargo de modo que, según el art.

---

<sup>66</sup> Algún borrador del anteproyecto de la ley que luego fue la 24/2001, contemplaba la libre elección de registrador. En la regulación definitiva desaparece totalmente esa pretensión manteniéndose el sistema de competencia territorial. Sí se regula en dicha ley la calificación por registrador sustituto, pero no es tal libre elección de registrador, ya que se produce únicamente en caso de solicitud ante calificación negativa del registrador competente territorialmente y no es libre elección porque le corresponderá al registrador que resulte del cuadro de sustituciones (arts. 19 bis y 275 bis LH). Realmente lo que se pretende evitar son las calificaciones extravagantes o excesivamente rígidas.

<sup>67</sup> Añadía además el Tribunal de Defensa de la Competencia ante esta denuncia (por cierto, de un notario) que la voluntad del legislador de mantener la competencia territorial era clara puesto que seguía vigente el art. 1 de la LH (y el 17 del RD 1784/1996, de 19 de julio del Reglamento del Registro Mercantil para este último) tras la importante reforma que había tenido la Ley Hipotecaria en el último año (Ley 24/2001), y termina declarando este supuesto entre los amparados por el antiguo art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Hoy esta referencia debería entenderse hecha al art. 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>68</sup> Esta resolución recoge a su vez la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia aludida y supone una clara exposición de cuáles son las ventajas del sistema de competencia territorial existente afirmando que todos los sistemas registrales atribuyen al registrador la característica de exclusividad territorial en todos los aspectos (calificación e inscripción) y el nuestro no es excepción. Además, que de este modo se aseguran la independencia de las decisiones registrales; tanto más necesaria cuanto mayores sean los efectos del registro.

<sup>69</sup> Tras la redacción dada por el RD de 4 de septiembre de 1998 establece: «*Los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos. A estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes. Los citados documentos se calificarán y despacharán por el Registrador de la Propiedad que corresponda con arreglo al cuadro de sustituciones, a quien oficiará al efecto el Registrador incompatible. Se exceptúa el caso previsto en el artículo 485 y cuando*



281 de la LH, el cargo de registrador es incompatible con el de juez, fiscal, notario y en general con todo empleo o cargo público. El artículo 510 del RH también considera causa de incompatibilidad el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad con el notario único del distrito.

Y dentro de la responsabilidad disciplinaria del registrador el art. 313 de la LH en su letra f) tipifica como falta muy grave el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades.<sup>70</sup>

Por último también como garantía de imparcialidad podemos añadir la inamovilidad del registrador que sólo puede ser trasladado con carácter forzoso, o separado del servicio, en virtud de sentencia firme o expediente instruido conforme a los artículos 315 a 318 de la Ley Hipotecaria.

i) La calificación ha de ser global y unitaria.

Resulta así del artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria que establece que *«la calificación del registrador, en orden a la práctica de la inscripción del derecho, acto o hecho jurídico, y del contenido de los asientos registrales, deberá ser global y unitaria»*.

Esta característica de la calificación, que en cierto modo supone una garantía de seguridad y certeza para los consumidores<sup>71</sup> exige que el registrador realice una única calificación del título, en la que se refiera a todos los posibles defectos que contenga el mismo, de manera que se eviten las sucesivas calificaciones de un mismo título señalando un defecto distinto una vez que se ha subsanado el anterior.

Ahora bien hay que distinguir el supuesto en que la subsanación de un defecto advertido en el título inscribible contenga a su vez otro defecto que impida la inscripción, en cuyo caso dará lugar a una nueva nota de calificación negativa. Lo mismo sucede si se presenta para subsanar documentación que no había sido antes aportada, que será objeto de una nueva calificación sin infringir la unidad de calificación aludida. Este es el caso

---

*existan en el mismo término municipal dos o más Registros de la Propiedad, en cuyo caso lo verificará un Registrador no incompatible. El Registrador que accidentalmente deba calificar los documentos percibirá por su calificación y despacho solamente los honorarios que señala el Arancel, sin indemnización alguna por dietas y gastos de viaje y con deducción de lo que corresponda por razón de gastos de personal y de material».*

<sup>70</sup> En concreto el incumplimiento grave de las normas sobre incompatibilidades contenidas en la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

<sup>71</sup> De hecho el artículo lleva como rúbrica «Información y protección al consumidor» y todo el artículo tiene la redacción dada por la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que también introdujo el epígrafe del precepto.

que recoge el párrafo 2º del artículo 18 de la Ley Hipotecaria en el que se afirma que el registrador ha de volver a calificar el documento a partir de la subsanación realizada.

Por lo tanto el concepto de calificación unitaria a que se refiere el artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria será en el sentido de realizarse una sola calificación y no varias y sucesivas cuando se trate de los mismos documentos y del mismo asiento de presentación.

Si el mismo título causa un nuevo asiento de presentación podrá realizarse una nueva calificación en la que el registrador puede cambiar incluso de criterio. Así lo ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado entre otras en la Resolución de 21 de julio de 2009 (BOE de 19 de septiembre de 2009) en la que señalaba que la necesidad de calificación unitaria solo rige durante la vigencia del asiento de presentación. Una vez caducado el asiento y presentado el título bajo nuevo asiento el registrador puede hacer una calificación diferente.

Sin embargo si el registrador advierte que por error ha omitido en la nota algún defecto que hubiera debido señalar deberá hacerlo constar aunque contradiga el principio de unidad de calificación. Ello conllevará la responsabilidad disciplinaria que corresponda, pero es preferible a practicar cualquier inscripción en base a una calificación errónea que pueda perjudicar a terceros.

Así también lo ha reconocido el Centro Directivo que en resoluciones de 12 de noviembre de 2001 (BOE de 25 de enero de 2002) y 23 de abril de 2002 (BOE de 4 de junio de 2002) afirmaba que cabe incluir nuevos defectos en razón del interés público de la legalidad sin perjuicio de corrección disciplinaria o de las acciones del interesado perjudicado. Se considera por la Dirección General de los Registros y del Notariado que es preferente la seguridad de los terceros a la seguridad del interesado recurrente a que la calificación sea íntegra.

Por su parte cuando el art. 258.5 LH exige que la calificación sea global se va a referir a que la nota debe contener todos los defectos advertidos en el documento como también resulta del artículo 127 del Reglamento Hipotecario<sup>72</sup>.

GARCÍA GARCÍA, a este requisito de globalidad le da la vuelta y afirma que implica a «*sensu contrario*» que han de presentarse todos los documentos necesarios para la calificación<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Sobre corrección disciplinaria por sucesivas calificaciones parciales de defectos, véase la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 2003 (BOE de 14 de marzo de 2003).

<sup>73</sup>GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., p. 470.



Cabe hacer un breve inciso aquí para afirmar que la unidad y globalidad de la calificación no se quiebra en los casos de suspensión de la calificación por falta de acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales.<sup>74</sup>

La Dirección General durante una época obligaba a configurar esa falta de pago (o acreditación de no sujeción o exención), como un defecto más dentro de la calificación, y si no se le consideraba así, sino como causa de suspensión y se calificaba posteriormente señalando algún defecto, consideraba que había vulnerado el principio de unidad y globalidad de la calificación amenazando con sanciones disciplinarias por ello (véase Resoluciones de 31 de enero de 2007 [BOE de 29 de marzo de 2007] y 16 y 27 de febrero de 2008 [BOE de 10 y 13 de marzo de 2008]).<sup>75</sup>

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha superado ya esta tendencia a considerar la falta de liquidación como un defecto. Como se manifiesta entre otras en la Resolución de 6 de mayo de 2009 (BOE de 30 de mayo de 2009) y otras posteriores.

Y este criterio de distinguir claramente entre la suspensión de la calificación y la calificación propiamente dicha se ha mantenido por Juzgados de Primera Instancia que revocaron algunas de la Resoluciones antes mencionadas. Así la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lérida y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de León<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> El artículo 255 de la Ley Hipotecaria obliga a suspender la calificación y el despacho de los títulos presentados sin que se acredite el pago de los impuestos establecidos por las leyes a que se refiere el precedente artículo 254. Esta suspensión de la calificación y despacho de documentos hasta que se acredite el pago (o no sujeción o exención en su caso) de los impuestos a que estuvieran sujetos es una consecuencia directa del cierre registral que ordenan los artículos 54 Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993 de 24 de septiembre, los artículos 122 y 123 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, el artículo 33 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones o 29/1987, de 18 de diciembre y el artículo 99 del Reglamento de dicho Impuesto aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre. También hoy debe entenderse aplicable esta previsión para el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (antiguo impuesto de Plusvalía) de acuerdo con el artículo 254.5 LH, en relación con la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo.

<sup>75</sup> La Resolución de 16 de febrero de 2008 (BOE de 10 de marzo de 2008) fue revocada en este punto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lérida, que confirma ajustada a derecho la actuación del Registrador al suspender la calificación conforme el artículo 255 de la Ley Hipotecaria por falta de pago del Impuesto o justificación de su exención o no sujeción.

<sup>76</sup> Esta sentencia es tajante al afirmar que «*sin previa liquidación no hay calificación*» y alude al rango legal del artículo 255 que obliga al registrador a atenerse a su contenido.

En la doctrina también se ha defendido la diferente naturaleza de la suspensión por falta de pago de impuestos y la calificación<sup>77</sup>.

j) La calificación es revisable

Como garantía frente a los consumidores y en general los usuarios del Registro la decisión del registrador de no inscribir<sup>78</sup> es susceptible de revisión a través de los recursos que establece la ley.

La calificación negativa es revisable, ya por otro registrador a través de la calificación sustitutoria (art 19 bis LH), ya por la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del recurso gubernativo (arts. 322 a 328 LH), ya a través de demanda directa ante el Juzgado de primera instancia de la capital de la provincia (arts. 324 y 328 LH).

La calificación sustitutoria como revisión<sup>79</sup> de la calificación negativa de otro registrador se regula en el artículo 19 bis LH, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y modificado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. Se permite a través de la misma que en caso de calificación negativa del registrador competente, se solicite una segunda calificación de otro registrador que se designará según el cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis LH.

No es la calificación sustitutoria un recurso contra la calificación y así lo ha reiterado la propia Dirección General de los Registros y del Notariado entre otras en Resoluciones de 21 de noviembre de 2009 (BOE de 8 de enero de 2010) y 9 de octubre de 2006

---

<sup>77</sup> En la página web [www.arbo.org.es](http://www.arbo.org.es) de la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver hay publicados dos interesantes artículos que surgieron como consecuencia de sendos recursos sobre la materia. El de Ballesteros Alonso, M «Suspensión de la calificación por falta de pago de los impuestos o por no haberse acreditado la presentación en la oficina liquidadora competente» y el de Rodríguez López, F. «Algunas reflexiones sobre la suspensión de la calificación (art. 255LH)». Ambos autores parten de la necesaria distinción de la calificación con esta suspensión previa a la calificación. Quizá lo característico sea que Ballesteros considera que la suspensión como acto administrativo es susceptible de recurso mientras que Rodríguez López estima que no hay actuación administrativa alguna y que por ello no cabe recurso contra esa decisión de suspender.

Véase también el análisis de CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R. «Revisión del principio hipotecario de legalidad» *op.cit.* p. 61.

<sup>78</sup> Es revisable la decisión de no inscribir porque la decisión de inscribir y el asiento ya practicado no puede recurrirse. Se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales conforme al artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria. Así lo ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado entre otras en Resoluciones de 26 de marzo de 1987 (BOE de 7 de abril de 1987), 18 de octubre de 1991 (BOE de 22 de noviembre de 1991) y 14 de junio de 2003 (BOE de 29 de julio de 2003).

<sup>79</sup> Sobre la calificación por registrador sustituto véase RAGA SASTRE, N. «La calificación sustitutoria» en el libro de GUILARTE GUTIÉRREZ, J. *El procedimiento registral y su revisión judicial*, Lex Nova, Valladolid, 2010. pp. 138-180.

(BOE de 10 de noviembre de 2006) en las que señala que es una segunda calificación, o que es un «*medio para obtener una segunda calificación*».

Los recursos en sentido estricto serían los siguientes<sup>80</sup>: el recurso gubernativo y el recuso ante la jurisdicción ordinaria, se regulan en los artículos 66 y 322 a 329 de la Ley Hipotecaria.

El recurso gubernativo se interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes desde la notificación de la calificación negativa. La resolución de la DGRN es a su vez susceptible de revisión judicial mediante demanda contra la DGRN si revoca la calificación o contra la DGRN y el registrador si la confirma ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, y posteriormente susceptible de apelación, por ambas partes, ante la Audiencia respectiva.

El recurso ante la jurisdicción civil, que no exige como paso previo el recurso gubernativo sino que puede ejercitarse directamente contra la calificación, se realizará a través de demanda directa contra el registrador presentada en el plazo de dos meses ante el Juzgado de Primera Instancia de la Provincia susceptible de apelación, por ambas partes, ante la Audiencia respectiva.<sup>81</sup>

k) La calificación no produce efecto de cosa juzgada.

La calificación de un título está limitada a determinar si puede o no causar el asiento correspondiente en el registro. Limita sus efectos a esa finalidad. El registrador al denegar o suspender la práctica del asiento solicitado no está declarando la nulidad del documento, ni cuestiona la labor del funcionario que ha intervenido en su formación, ni

---

<sup>80</sup> También se habla de otros recursos en el ámbito registral si bien no son propiamente contra la calificación; así el artículo 66 de la Ley Hipotecaria habla también de «*la posibilidad de que las partes puedan acudir a los Tribunales para contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos*» siendo por tanto, no un recurso contra la calificación, sino un juicio declarativo que versa sobre la validez del título. De acuerdo con ello el artículo 132 del Reglamento Hipotecario dice que el registrador no puede ser parte «*y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento*».

También como recurso que no es contra la calificación, el artículo 416 del Reglamento Hipotecario prevé un recurso de queja contra la decisión del registrador de no practicar el asiento de presentación, sin embargo, la DGRN en diversas resoluciones, entre otras en la reciente resolución de 17 de diciembre de 2014 (BOE de 23 de enero de 2015), entiende que contra la decisión del registrador de no practicar el asiento de presentación cabe recurso y que debe tratarse de un recurso gubernativo o judicial puesto que esa decisión supone ya una calificación.

Por último, frente a la decisión de suspender la calificación por falta de pago de impuestos (o acreditación de no sujeción o exención) del artículo 255 de la Ley Hipotecaria nada nos dice la legislación hipotecaria sobre si cabe o no recurso, que sí debe preverse mediante el correspondiente pie de recurso en la nota de suspensión, pues es acto administrativo que no puede quedar sin posibilidad de recurso. Coincidimos así con la posición de Ballesteros Alonso en la obra antes citada. *Vid.* Nota 74.

<sup>81</sup> Sobre la revisión judicial de la calificación registral y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado véase la obra citada de GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «El procedimiento registral y su revisión judicial».

tampoco impide que se vuelva a presentar el mismo documento una vez caducado el asiento de presentación (60 días, art. 17 LH) ni que los interesados en el mismo acudan a los tribunales sobre la validez o nulidad del título (art. 66 LH), ni vincula la calificación del registrador a la decisión que el Juez haya de tomar sobre la validez o nulidad de dicho título.

Esta característica resulta así claramente de los artículos 101 y 108 RH<sup>82</sup>.

Esta afirmación sobre que la calificación no implica declaración de nulidad es de gran importancia para el desarrollo de la tesis que haremos en este trabajo por lo que será detenidamente expuesta más adelante.

---

<sup>82</sup> El artículo 101 RH se refiere a los efectos de la calificación al decir que *«La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento. Si la ejecutoria que en éste recayere resultare contraria a la calificación, el Registrador practicará el asiento solicitado, el cual surtirá sus efectos desde la fecha del de presentación del título, si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva y ésta estuviese vigente»*.

El 108 RH rechaza el efecto de cosa juzgada al permitir una nueva calificación presentando de nuevo el título: *«Transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas de suspensión, sin haberse practicado el asiento solicitado, podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de nueva calificación. También podrán presentarse los mismos títulos antes de haber transcurrido el plazo de vigencia del asiento de presentación, mediante otro asiento independiente del anterior, cuando el objeto de la nueva presentación se refiera a fincas o actos que hubieran sido expresamente excluidos de la precedente»*.

## **CAPÍTULO TERCERO**

# **LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS**

### **1.- INTRODUCCIÓN**

Una vez que hemos hecho referencia a la calificación registral, estudiando su concepto, naturaleza, efectos y características, debemos adentrarnos en el concepto de las cláusulas abusivas, que será el objeto de la calificación que en el presente trabajo estudiaremos. En concreto, si los registradores en su labor calificadora pueden o no calificar como abusiva una determinada cláusula de un préstamo hipotecario cuya inscripción se solicita y cuáles serán las consecuencias de dicha calificación.

Para ello, es necesario, exponer previamente el camino que se ha seguido en nuestro ordenamiento respecto de la protección de consumidores, en general, y frente a las cláusulas abusivas, en particular, materia en la que se han producido muchos e importantes cambios.

Así, los conceptos de consumidor y el de cláusula abusiva han tenido en los últimos treinta años una importante evolución, tanto en la legislación, jurisprudencia y doctrina, como en la concepción que la propia sociedad tiene de los mismos.

En esa evolución han influido la integración de España en la Unión Europea, la transformación de los mercados y de las formas de contratación, el aumento del bienestar social y la mejora económica general, de la llamada sociedad de consumo. Todos estos factores han determinado lo que se configura hoy como consumidor y han disminuido la tolerancia con determinadas prácticas abusivas que en otras épocas eran admitidas.

La protección de los consumidores, que tiene su origen con la aparición de una auténtica economía de mercado, nace en Estados Unidos, pero es en Europa donde tiene un pronto desarrollo legislativo como normativa protectora de la parte débil del contrato y del mercado en general. El desarrollo de esa normativa en los distintos Estados miembros de la entonces Comunidad Europea influirá en la necesidad de adoptarlo en nuestro texto constitucional de 1978 con la vista puesta en la entrada en la Comunidad Europea. Posteriormente será la propia Unión Europea, la que, a través de Directivas, vaya empu-

jando a nuestro legislador a la adopción de mayores medidas de protección de los consumidores, hasta formar una suerte de cuerpo legal específico, el Derecho de Consumo, con ramificaciones e influencias en las demás ramas del Derecho.

El Derecho de Consumo como tal es una disciplina de reciente creación. Es con la evolución de la economía de mercado como han ido surgiendo una serie de normas destinadas a proteger a los consumidores. El diccionario de la RAE define al consumidor como «*la persona que compra productos de consumo*», esto es, quien se encuentra en la fase final de la cadena productiva y no va a destinar los productos que adquiere para comerciarlos de nuevo, sino al uso propio. El consumidor desde el punto de vista de la ciencia económica<sup>83</sup>, que es donde encuentra su origen, sería aquel sujeto del mercado que adquiere bienes o servicios para destinarlos a la satisfacción de sus necesidades propias, personales o familiares, frente al empresario que adquiere el bien por su valor en cambio como susceptible de generar, mediante su transformación o distribución, nuevos valores a cambio que le permitan recuperar lo invertido en el bien con plusvalías. El consumidor adquiere un bien por su valor de uso y el empresario por el valor de cambio<sup>84</sup>.

Los importantes cambios sociales y económicos de la segunda mitad del siglo XX, supusieron que la tradicional identificación entre los intereses de los ciudadanos y los consumidores fuera borrándose, y que los ordenamientos tuvieran que implementar una serie de medidas encaminadas a corregir las desigualdades producidas en el funcionamiento de la economía de mercado, restableciendo a su lugar al consumidor como receptor de bienes y servicios, y restableciendo el equilibrio entre los distintos actores del mercado. Mercado que se había visto afectado por determinadas disfunciones, entre ellas el auge de la contratación en masa, en la que desaparece la igualdad contractual de las partes que presumían los códigos civiles decimonónicos en su regulación.

Estas políticas de protección a los consumidores, que son sin duda una característica pronunciada del Derecho privado actual, son fruto de una evolución histórica, breve pero intensa, en la que se han ido decantando los conceptos fundamentales con los que funciona hoy día el Derecho de Consumo y la protección de los consumidores.

---

<sup>83</sup> Como características del consumidor desde un punto de vista económico, se suelen señalar su situación de subordinación estructural en el mercado; tener una situación reactiva en el mismo; y ser dependiente de la oferta. Se señala a su vez como nota característica el que ejerce su papel dentro de la economía doméstica, definiéndolo como aquel interviniente en el mercado de bienes y servicios, que adquiere éstos para una finalidad distinta de su actividad profesional, dando a los mismos un destino doméstico. CASTAÑEDA MUÑOZ, J.E. «Nota breve sobre el concepto del consumidor», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Vol. 12, 2002, p. 316.

<sup>84</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed. Madrid, 2010, p. 55.

## 2.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES

### 2.1. Introducción.

La normativa de protección de los consumidores que hoy día informa prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental es un fenómeno relativamente reciente. Su origen no va más allá de la segunda mitad del siglo pasado coincidiendo con el desarrollo de la economía de mercado y la masificación de la producción y el consumo de bienes.

Históricamente no se diferenciaba en los contratos al consumidor destinatario final de bienes y servicios. Era simplemente una de las partes del contrato y las normas aplicables protegían a ambas partes contratantes por igual, sin hacer distinciones si la finalidad de la adquisición era para uso y consumo propio o para comercializarlas con o sin transformación previa.

A pesar de que, como hemos señalado, el Derecho de consumo y la protección de los consumidores tienen su verdadero origen en la segunda mitad del siglo pasado, como antecedentes de esa protección se suelen señalar las normas clásicas de saneamiento en la venta de productos defectuosos. Así en Derecho Romano se destaca la regulación en el Digesto de Justiniano, en el que se distinguía entre el que a sabiendas, o por ignorancia, vendió ganado enfermo o un madero defectuoso, debiendo en el primer caso responder de los daños que hubiere causado al comprador<sup>85</sup>.

También en la Edad Media, Santo Tomás de Aquino en la Suma Teológica, habla del fraude que se comete en las compraventas y de las consecuencias de la venta de bienes con defectos ocultos<sup>86</sup>.

Otros autores destacan como antecedentes de la protección de los consumidores la máxima del Derecho anglosajón *caveat emptor*<sup>87</sup>. Esto es, que el comprador esté alerta, que el adquirente fuera precavido en la contratación, presumiendo que el vendedor o comerciante iba a intentar sacar provecho de la otra parte contratante. Y por último, algunos

---

<sup>85</sup> Digesto, Libro XIX, Título 1, 13.2. Véase también; d'Ors, A., *El Digesto de Justiniano*, Aranzadi, Pamplona, 1975.

<sup>86</sup> Suma Teológica, 2-2, cuestión 77, artículos 2 y 3.

<sup>87</sup> Que se traduciría como cuidado comprador. Ver OWEN, D. G., MONTGOMERY, J. E. Y KEETON W. P., *Products Liability and Safety. Cases and Materials*, The Foundation Press, 6ª Ed., 2010.



autores también sitúan ciertos antecedentes de la protección de los consumidores en otros momentos posteriores, como consecuencia de la Revolución Francesa, en las normas de prevención del fraude en el comercio<sup>88</sup>, o en la protección que auspiciaban a los adquirentes de bienes los movimientos socialistas utópicos<sup>89</sup>.

Como antecedentes también de los derechos del consumidor hay que destacar la aparición de las primeras cooperativas, como la constituida en Lyon llamada “Liga de Ultramarinos” que nació en el marco de una organización obrera en 1835, o en Inglaterra en 1844 en la ciudad de Rochdal. Estos precedentes se enmarcan aún dentro del movimiento sindicalista y de defensa de los trabajadores. Igualmente en Estados Unidos a finales del Siglo XIX y comienzos del XX aparecen las primeras “Ligas de Consumidores” que reclamaban la protección de los consumidores a través de regulaciones adecuadas a los distintos bienes y productos.

Sin embargo estas normas concretas de saneamiento por defectos en las cosas vendidas no serían propiamente protección de los consumidores. La defensa de los consumidores no se limita a la exigencia de responsabilidad por productos defectuosos, ni puede estrictamente enmarcarse en la protección de los trabajadores fruto de la revolución industrial. Va mas allá, exigiendo una situación de preeminencia de una de las partes contratantes, que imponga las condiciones del contrato frente a una parte débil, que no tiene más alternativa que aceptarla sin que pueda negociar en pie de igualdad las condiciones y contenido del mismo.

En la etapa de la codificación del Derecho Civil influenciada por el *Code Napoléon* de 1804, destaca la importancia del principio de autonomía de la voluntad, en la que a los contratantes se les presumía libres e iguales para llevar a cabo dicho contrato. A ello se unía el que en esa época el contrato era algo excepcional que por ello era algo discutido y acordado en detalle por las partes, que actuaban en igualdad de condiciones. El Derecho en esta época se limita a reconocer el carácter de ley para las partes de los contratos concertados y a velar únicamente que el consentimiento fuera libremente emitido. No existe una situación de desequilibrio entre las partes contratantes si entre ellas conciertan libremente el contenido del contrato.

Por ello, de Derecho de consumo y de protección de los consumidores no puede hablarse hasta que aparece la producción en masa, que da lugar al consumo y contratación

---

<sup>88</sup> STUYCK, J. «European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market», *Common Market Law Review*, 37 (2000), pp. 368-369.

<sup>89</sup> REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2002, pp. 27-ss.



en masa propiamente dicho, para lo que es necesario que exista una gran oferta de bienes y servicios y que, además, la contratación se produzca con un importante desequilibrio entre las partes que ya no son, como presuponían los Códigos Civiles, iguales entre sí, con acceso a toda la información y con la posibilidad de pactar todos los extremos del contrato. El consumo en masa lleva a la contratación en masa, donde ante el gran volumen de contratación se opta por la redacción (e imposición) unilateral del contrato por el que se ofrecen los bienes y servicios, debiendo la otra parte (ahora sí, consumidor) aceptar esas condiciones adhiriéndose a las mismas ante la alternativa de no poder adquirir el bien de que se trate si no es a través de esos contratos pre-redactados e impuestos.

La concurrencia de todas estas circunstancias se produce en el periodo de entreguerras, después de la Gran Depresión de 1929, y fundamentalmente, tras la II Guerra Mundial, con la adopción de la economía de mercado y la masificación de la producción y el consumo. La aparición de la producción y venta en masa de bienes y servicios (primero en EE.UU. y más tarde en Europa) va acompañada de la aparición de una sociedad de consumo, respecto de bienes y servicios que no son ya exclusivamente los básicos para la subsistencia humana.

Es en EE.UU. donde se enmarca, en su esencia, el nacimiento del movimiento consumerista y de protección de los derechos de los consumidores a través del discurso pronunciado por el Presidente John F. Kennedy, el 15 de marzo de 1962, ante el Congreso de su país. En el discurso, que tituló «*Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*»<sup>90</sup>, defendió que no eran suficientes la protección de los derechos políticos ejercidos en el sistema democrático para la obtención de una ciudadanía plena, sino también, la defensa y protección de los derechos económicos. Reconoció a los consumidores como un grupo diferenciado y necesitado de protección específica y señaló cuatro derechos de este grupo: el derecho a productos y servicios seguros, a ser informados, a la libre elección y a ser escuchados.

También se fijan como hitos del nacimiento de la protección de los consumidores el Tratado de Roma de 1957 que creó la Comunidad Económica Europea. En este Tratado (arts. 85 y 86) se hace referencia a los consumidores. Sin embargo como más adelante diremos, no puede deducirse de aquí un comienzo de protección a los consumidores en el ámbito europeo.

---

<sup>90</sup> Puede consultarse en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Fecha de consulta: 29 de agosto de 2018.

A partir de aquí, diversos organismos internacionales formularon sus propias listas de derechos de los consumidores. Así, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1973 expidió la Resolución 543/73 que contenía la «Carta Europea de Protección al Consumidor», dos años después el Consejo de la Comunidad Económica Europea expidió la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 que contenía el «Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores»<sup>91</sup>, que establecía cinco categorías de derechos básicos: derecho a la protección de la salud y la seguridad, derecho a la información y a la educación, derecho a la protección de los legítimos intereses económicos, derecho a la reparación de los daños y el derecho a la representación.

Cabría también destacar dentro de esta evolución «Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor», documento aprobado por la Asamblea General de la ONU el 9 de abril de 1985 (Resolución No 39/248), ampliado posteriormente en 1999.<sup>92</sup>

Con independencia del momento en que se fije el nacimiento u origen de la normativa de protección a los consumidores, sí habría que destacar que en un primer momento apareció con un carácter represivo, sancionando las conductas que lesionaban los intereses de los consumidores, para, posteriormente, acoger un carácter preventivo de las conductas que pudieran atentar contra dichos intereses.

Actualmente, en una nueva revisión del Derecho de Consumo, se ha extendido su protección a otros sectores como el medio ambiente, acompañando a la idea de responsabilidad social, de modo que ya no se habla sólo de derechos de los consumidores sino también de obligaciones de los mismos.

A continuación, para una mejor comprensión de la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas haré un breve análisis de la evolución de la misma.

## 2.2. Protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo.

---

<sup>91</sup> Véase al respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. «La protección de los consumidores en la Constitución española y el Derecho mercantil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, UNED, Madrid, 1978, pp. 9-ss.

<sup>92</sup> También cabría destacar las legislaciones nacionales que fueron pioneras en esa protección de los consumidores junto a los Estados Unidos de América, como fueron Reino Unido, con el Programa de Protección de los Consumidores, que surgió tras la publicación del *Informe Molony* y Suecia, a través de la *Market Practices Act* de 1970.

Para realizar un acercamiento al Derecho de Consumo en España, debemos elevarnos previamente a nivel europeo, puesto que es en el ordenamiento comunitario donde nos encontramos con el origen de las normas de protección de los consumidores y los derechos de los mismos que luego pasarán al Derecho español.

Sin embargo, a pesar de la importancia que hoy día tiene en Europa la protección de los consumidores, en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas no aparece regulada la figura del consumidor y tampoco la protección del mismo.

En estos tratados (fundamentalmente el de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero -CECA- y el Tratado de Roma), sí que se recogen la mención de consumidor o usuario pero con carácter incidental. Así en el artículo 3.b del Tratado de la CECA se habla de los «*usuarios del mercado común*» señalando el artículo 4.b que el mercado común es incompatible con las medidas y prácticas discriminatorias entre los mismos.

Por otro lado en el Tratado de Roma, en su artículo 39 y con relación a la Política Agraria Común (PAC), como objetivo de la misma indica el de «*asegurar precios razonables en la distribución a los consumidores*». Y también en los artículos 85 y 86.b de dicho tratado al hablar de competencia se menciona a los consumidores.

En definitiva, la razón por la cual no se trata de la protección de los consumidores en los tratados fundacionales de la hoy Unión Europea es lógica si se tiene en cuenta el momento histórico en el que se firmaron esos Tratados. Es este un periodo en el que las economías trataban de salir de la situación de posguerra, en la que se pretendía elevar el nivel de libertad en la circulación de bienes, servicios y trabajadores, y se entendía, que la situación final de esos consumidores y usuarios (que además no constituían fuerza social alguna) mejoraría en la medida que se incrementase esa libertad de circulación, puesto que ello influiría en el abaratamiento de los bienes y servicios.

Con independencia de si estaba o no en las intenciones de los fundadores de la Unión Europea esa protección de los consumidores, es claro que en la actualidad, nos encontramos con que uno de los pilares básicos de la Unión es esa protección del consumidor. Algunos autores<sup>93</sup> se plantean cuál es la concepción del consumidor que se representa en la mente del legislador comunitario, señalando las dos posibles concepciones: aquella que entiende que el consumidor está siempre en una posición de debilidad en el mercado, que es la llamada visión paternalista; o aquella que considera que la posición

---

<sup>93</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. «La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Nº 70, 2007, pp. 225-254.

de debilidad del consumidor no es estructural sino coyuntural, por lo que no siempre está en una posición de desventaja. Sería esta segunda la que se infiere de la protección definitiva fruto de la evolución legislativa y jurisprudencial de la Unión, con ciertas excepciones como es en el caso de las cláusulas abusivas.

Se suele señalar como inicio de la regulación comunitaria en materia de consumidores el año 1962, en que se crea como intento el «Comité de contacto de los consumidores», pero es en 1968 cuando se produce un primer antecedente de la protección de los consumidores con un Dictamen en el que se indica la necesidad de fortalecer la posición del consumidor comunitario. Más adelante en la Cumbre de Jefes de Estado de París de 1972, se formuló la idea de unión entre desarrollo económico y mejora de la calidad de vida. Esta idea se tradujo en invitar a las instituciones comunitarias a desarrollar un programa destinado a coordinar y fortalecer los medios de protección de los consumidores, y producto del mismo, desde un punto de vista institucional, fueron la creación en la Comisión de la División para la Información y Protección de los Consumidores y Seguridad Nuclear, que después fue la Dirección General de Medio Ambiente, Protección de los consumidores y Seguridad nuclear, y el Comité Consultivo de los Consumidores.

Todo ello tiene un primer reflejo normativo en el Programa Preliminar de Acción para la Información y Protección de los Consumidores, en el que como señala CASTAÑEDA<sup>94</sup> hay que destacar dos aspectos fundamentales; por un lado el espaldarazo definitivo que se da al concepto de consumidor como «persona interesada en los distintos aspectos de la vida social que puedan afectarle directa o indirectamente en tanto que consumidor», y por otro lado, el hecho de que el Programa opte por la protección jurídica en caso de violación de los derechos de consumidores. Este Programa señalaba cinco grandes derechos que posteriormente se han ido desarrollando ampliamente:

- 1º Derecho a la protección de la salud y seguridad.
- 2º Derecho a la protección de sus intereses económicos.
- 3º Derecho a la reparación de los daños sufridos.
- 4º Derecho a la información y educación en materia de consumo.
- 5º Derecho a la representación.

El desarrollo posterior de este Programa y de los derechos que en el mismo se contenían, vino a ser consolidado por la jurisprudencia comunitaria, que a través de la

---

<sup>94</sup> CASTAÑEDA MUÑOZ, J. E. «Historia breve de la protección de los consumidores en la CEE», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, N°2, 1992, pp. 195-205.

Sentencia *Cassis Dijon* y el grupo de sentencias posteriores vino a fijar lo que luego sería la práctica comunitaria en esta materia de protección de los consumidores.

En definitiva, se estableció, que las normas comunitarias no debían entrar a regular las especificaciones técnicas de los productos o las regulaciones técnicas sobre cumplimiento de los derechos, sino que, de un modo más general, el ordenamiento comunitario debe velar por el cumplimiento de unas normas imperativas en materia de salud, régimen impositivo, libre competencia y protección a los consumidores, por lo que, en concreto, con relación a los consumidores debe establecer los derechos imperativos de los mismos en materia de salud, seguridad y protección, debiendo las normas nacionales de los distintos Estados miembros adaptarse a tal fin. El establecimiento de unos requisitos mínimos que todos debían cumplir, pero cuya materialización correspondía a las legislaciones de los distintos Estados Miembros.

Esta tendencia se va fortaleciendo en los años siguientes en los que van apareciendo Directivas como la 450/84/CEE sobre publicidad engañosa y la 374/85/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos. Además en la primera parte de la década de los ochenta se fomenta la incorporación de los consumidores a la elaboración de las grandes decisiones económicas permitiendo que se tengan en cuenta los intereses de los mismos.

Posteriormente el Consejo aprueba una resolución el 15 de diciembre de 1986 que tiende a la integración de la Política de Protección de los Consumidores dentro de las demás políticas comunes, y que así se reflejará en 1987 en el Acta Única Europea siendo el primer reconocimiento expreso que tuvo la política de defensa de los consumidores en un texto constitutivo, afirmando que el Consejo debería basar sus propuestas sobre el Mercado interior, entre otras cosas, en *proporcionar un alto nivel de protección de los consumidores y usuarios*.<sup>95</sup>

Para lograr dicha protección se utiliza la técnica de la *armonización mínima*, que, si bien fue considerada en un principio como excepcional, ha tenido mucha importancia en la protección de consumidores. Supone establecer en la legislación de los distintos Estados Miembros unas políticas de mínimos en la protección de los consumidores, lo cual se considera necesario para mejorar el funcionamiento del mercado común. Esta técnica se había utilizado para mejorar la protección de los consumidores, no de una manera

---

<sup>95</sup> En su artículo 100A, que pasaría posteriormente a ser el artículo 95.

general, sino en concretas situaciones en que estuvieran en una clara posición de desventaja frente a la otra parte contratante. Es el caso de la Directiva citada 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, la Directiva 85/577/CEE sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y la Directiva 87/102/CEE sobre crédito al consumo.

Tras el Acta Única Europea, se dictaron importantes Directivas destinadas a proteger a los consumidores ante determinadas modalidades contractuales, algunas de ellas de nueva aparición. Así la Directiva 90/314/CEE, relativa a viajes combinados, la Directiva 92/59/CEE, relativa a la seguridad general de los productos o la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

A partir de los años noventa la Política de Protección de los Consumidores se ha convertido en la Unión Europea en uno de los elementos esenciales para la consecución de la libre circulación de mercancías y del mercado interior, considerando clave, que para fomentar que el consumidor cruce las fronteras internas de la Unión de los distintos Estados Miembros, es preciso garantizarle un mínimo uniforme de protección aplicable en todo el espacio comunitario.

El Tratado de Maastricht incluyó una primera referencia a los consumidores en su artículo 3.s) afirmando que la Comunidad contribuiría *al fortalecimiento de la protección de los consumidores*. Aunque con ello se sigue afirmando que la protección de los consumidores no se considera una política común, la dota de una importancia clave, añadiendo además un apartado específico dedicado a la protección de los consumidores: el Título XI del TCE.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha sido la base de la normativa europea en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y a la que se han ido adaptando mediante su trasposición los distintos estados de la UE si bien con distintas fórmulas y diversa eficacia.

Su finalidad y ámbito de aplicación se recogen en su artículo 1 que establece que: *«1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva».*

En el artículo 2 define consumidor como «*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*» y profesional como «*toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*».

La definición de cláusulas abusiva sobre la que gira toda su regulación es la establecida en su artículo 3 que señala que «*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*». Además se recoge en el anexo de la Directiva un listado de cláusulas que se consideran abusivas no de modo exhaustivo sino meramente indicativo.

Hay que tener en cuenta que la Directiva 93/13 es una Directiva de mínimos, de modo que no se impide a los estados miembros otorgar a los consumidores una protección más elevada que la recogida en la misma (considerando 12, art. 8) y que tiene carácter imperativo para los Estados miembros.

Se fijó como plazo máximo para la incorporación de la Directiva a los derechos nacionales la fecha de 31 de diciembre de 1994, aunque como veremos en el caso del Reino de España dicha incorporación se produjo con bastante retraso.

Se oficializa la protección de los consumidores a través de la armonización mínima y así se sigue en la línea anterior y podemos señalar la Directiva 94/47/CE, sobre utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido o la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia. Se incluye también, en el Tratado de Maastricht, un principio de subsidiariedad del ordenamiento comunitario, cuando los objetivos pretendidos no sean alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, aunque hay que decir que dicho principio en materia de protección de consumidores ha tenido una escasa relevancia.

El Tratado de Ámsterdam del año 1997, supuso un reconocimiento claro de los derechos de los consumidores dentro de la política de la Unión y una mayor autonomía en las políticas de protección<sup>96</sup>. En concreto en cuanto a los derechos de los consumidores, este Tratado supuso el reconocimiento expreso como derechos y no como meros in-

---

<sup>96</sup> STUYCK, J. «European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market», *op. cit.*, p. 382.



tereses, del derecho a la información, el derecho a la educación y el derecho de los consumidores a organizarse para salvaguardar sus intereses. Supone reconocer un estatuto diferenciado de los mismos frente a los demás intereses de los consumidores que el Programa preliminar de 1975 ya había recogido, y en todo caso supone recoger una aspiración antigua de la política de consumidores de la UE<sup>97</sup>.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, en su artículo 38 se señala que «*Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores*». Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados<sup>98</sup>.

Para finalizar esta evolución podemos destacar el Tratado de Funcionamiento de la UE última denominación de uno de los Tratados constitutivos (hasta 1992 fue el Tratado de la Comunidad Económica Europea, de 1992 hasta 2009 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, finalmente, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la actual) recoge la protección de los consumidores como una de las competencias compartidas en su artículo 4 y dedica expresamente a ella el Título XV bajo la rúbrica de «*La protección de los consumidores*» con un artículo único, el 169<sup>99</sup>, que establece que:

«1. *Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.*

2. *La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:*

a) *medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;*

b) *medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.*

---

<sup>97</sup> REICH, N. «The recognition of fundamental rights in the areas of consumer and environmental protection by the EC», en *EU environmental law and policy & EU consumer law and policy: converging and diverging trends*, KYE (ed), Story-Scientia, 1995, p. 127.

<sup>98</sup>A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

<sup>99</sup>Artículo 153 del Tratado de la CE.



*3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.*

*4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.»*

Pueden destacarse, en el ámbito de la Unión Europea, las siguientes Directivas tendentes a la protección de los consumidores, entre otras: Directiva 85/577/C.E.E. del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 87/102/C.E.E. del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, fundamental en el objeto de este trabajo; Directiva 94/47/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 98/6/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; Directiva 1.999/44/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; Directiva 2000/35/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Directiva 2002/65/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/C.E.E. del Consejo y las Directivas 97/7/C.E. y 98/27/C.E.; Directiva 2008/48/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/C.E.E. del Consejo; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de octubre de 2008, sobre Derechos de los Consumidores;

Directiva 2008/122/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que viene a sustituir a la de 1998 de «time sharing» o aprovechamiento por turnos.

Como ejemplo de cómo han ido evolucionando las normas comunitarias en materias de consumidores podemos destacar la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

La citada Directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Esta Directiva dio un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, para fortalecer la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, y eliminar disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo.

En este mismo sentido la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010, que analizaremos más adelante, puesto que se refiere al tema concreto de este trabajo.

En definitiva, cabe afirmar, que toda la regulación comunitaria en materia de protección de los derechos de los consumidores se caracterizaría por el uso de la técnica de la armonización mínima<sup>100</sup>, regulado en el artículo 114<sup>101</sup> del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), y la aplicación del principio de subsidiariedad. Sin embargo teniendo

---

<sup>100</sup> Para profundizar en el uso de esta técnica en materia de protección de consumidores, GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima», en *Gaceta Jurídica de la UE*, n° 233, 2004, pp. 33-48.

<sup>101</sup> Antiguo artículo 95 TCE.

en cuenta el instrumento utilizado para la armonización, iremos viendo como resultará de gran importancia desde el punto de vista de la aplicación de dicha normativa el principio de efectividad.

En la protección de los consumidores a nivel europeo ha tenido una gran importancia el papel desempeñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>102</sup>(TJUE), que participa en la construcción y funcionamiento de la Unión Europea, interpretando el Derecho comunitario para garantizar la aplicación uniforme del mismo en los distintos Estados miembros. Los procedimientos más comunes son las cuestiones prejudiciales que permiten a los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros dirigirse al TJUE para que interprete un punto del Derecho comunitario, que debiera servir al juez nacional para solucionar el asunto principal. En materia de consumidores son muy numerosas las Sentencias del TJUE dictadas como consecuencia de cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces de los Estados miembros sobre la aplicación de la Directiva 93/13, y todas estas sentencias han influido mucho en la aplicación de esta Directiva en nuestro ordenamiento y en la modificación de normas nacionales que el TJUE ha venido considerando incompatibles con el derecho comunitario. Sólo a título de ejemplo podemos señalar la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banco Español de Crédito) (C-618/10 ECLI:EU:C:2012:349), que dio lugar a la derogación del párrafo 2 del art. 83 del TRLGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 y por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Mucho más allá llegaron las consecuencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz) (C-415/11 ECLI:EU:2013:164) como luego veremos.

La regulación comunitaria sobre consumidores en los términos vistos tendrá una gran incidencia en la calificación registral de las cláusulas abusivas, no de una manera directa, ya que no existe un Derecho Registral europeo<sup>103</sup>, pero sí de un modo incidental por la gran importancia que tiene el Derecho comunitario en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. De modo que la Unión Europea, en base a sus

---

<sup>102</sup> El TJUE es competente para resolver los conflictos legales que se planteen entre los gobiernos y las instituciones de la UE y también los particulares las empresas y organizaciones pueden acudir al Tribunal si consideran que una institución de la UE ha vulnerado sus derechos. El funcionamiento y la composición del TJUE se regula en el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea así como en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (DOUE 29 de septiembre de 2012).

<sup>103</sup> Sobre este punto Vid. ALONSO LANDETA, G., «La contribución de los registradores de la Propiedad al desarrollo del espacio europeo de justicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea; enero-febrero 2014, pp. 15-38 y DELAPUENTE ALFARO, F., «¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea; enero-febrero 2014, pp. 39-65.

competencias en materia de mercado interior y de protección de los consumidores puede actuar en sede de registros inmobiliarios<sup>104</sup>.

### 2.3. Protección de los consumidores en el Derecho Español.

La evolución que, como hemos visto se ha producido en la regulación de la defensa de los consumidores, no es extraña a nuestro Derecho, sino que en cierto modo se ha visto reflejada del mismo modo en nuestro ordenamiento.

En España, a pesar de la concepción liberal del Código Civil de 1889, en el que se partía de la igualdad formal de las partes, ya se contenían normas que, de diversos modos, permitían la protección de la parte más débil del contrato. En este sentido podemos destacar el art. 1255 CC que, tras proclamar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, recoge los límites de la ley, la moral y el orden público, el art. 1256 CC, que impide dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, el art. 1258 CC que sirve a la integración positiva del contrato, el art. 1280 CC que al exigir la forma escrita, supone un aumento de la seguridad jurídica o el art. 1289 CC que configura como exigencia la necesidad de equilibrio entre las prestaciones de las partes.

También en esta línea hemos de destacar la Ley para la Represión de la Usura o Ley Azcárate<sup>105</sup>, de 23 de julio de 1908, que decretaba la nulidad de las cláusulas abusivas por usurarias<sup>106</sup> y crean además un Registro Central de contratos de préstamo declarados nulos por esta causa<sup>107</sup>. También encontramos, en la protección concreta de los consumidores, la Ley de 27 de julio de 1968<sup>108</sup>, en la que se regulaba la percepción anticipada de

---

<sup>104</sup> PAU PEDRÓN, A., «La convergencia de los sistemas registrales en Europa», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 80.

<sup>105</sup> Llamada así por ser Gumersindo de Azcárate ponente de la misma. Esta ley continúa vigente, siendo muy interesante la reciente STS de 18 de junio de 2012 (STS 5966/2012 - ECLI: ES:TS:2012:5966), en la que de manera clara el magistrado ponente, Orduña Moreno, aborda la concurrencia de la normativa sobre usura y sobre protección de consumidores, delimitando sus respectivos ámbitos de control.

<sup>106</sup> Esta ley protegía, ya entonces, a los consumidores más débiles; menores, incapacitados, inexpertos o que se encontrasen en estado de necesidad y señalaba ya como nula (por abusiva o leonina) la renuncia al fuero.

<sup>107</sup> Registro que fue regulado por el RD de 27 de febrero de 1910, y en él se inscribían sobre la base de sentencias firmes, los contratos de préstamos declarados nulos por usurarios, expresándose en cada caso el prestamista condenado. Este Registro estaba bajo la competencia de la DGRN, siendo un claro antecedente del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto por la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>108</sup> Esta norma fue derogada parcialmente por el Código Penal de 1995, sin embargo, el Tribunal Supremo, en S. de 22 de septiembre de 1997 (ROJ: STS 5537/1997 - ECLI:ES:TS:1997:5537), consideró que sigue

cantidades en la construcción y preveía un elevado nivel de protección y garantías para los consumidores en esta materia.

Todas estas normas no dispensaban una protección al consumidor como parte débil del contrato. No dejaban de ser previsiones para situaciones concretas en que pudiese resultar afectado (construcción, préstamos...), pero se seguía partiendo de la idea de la igualdad formal entre las partes contratantes. Sin embargo el cambio en las formas de producción y comercialización, la generalización de la contratación en masa, sin verdadera negociación entre las partes, daba lugar a la realidad de un mercado formado por contratantes fuertes o dominantes, frente a contratantes débiles.

En este sentido BERCOVITZ<sup>109</sup>, señala que *«la necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia de que existe una gran masa de personas, que al realizar operaciones normales de la vía diaria (...) no están en condiciones de conseguir, por sí solas, unas calidades y unos precios adecuados»* y que ello *«obliga a abandonar el principio de la igualdad formal ante la ley para tratar de proteger al contratante más débil»*.

Será la Constitución Española de 1978 la que por primera vez, en su artículo 51, reconozca la necesidad de una protección integral de los consumidores y usuarios. Posteriormente como hemos adelantado, la integración de España en la Comunidad Europea, supondría una potenciación de la política de protección de los consumidores en nuestro país. El artículo 51 CE, ubicado en el Capítulo III del Título I bajo la rúbrica *«De los principios rectores de la política social y económica»*, proclama:

*«1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

*2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.*

*3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.»*

La ubicación de este artículo fuera del lugar reservado para los derechos fundamentales en el Capítulo II del Título I, exigía que conforme al apartado tercero del artículo

---

siendo aplicable para el mercado de vivienda. Vid. también STS de 16 de enero de 2015 (ROJ: STS 426/2015 - ECLI:ES:TS:2015:426).

<sup>109</sup> BERCOVITZ, A. en *«La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil»*, VV.AA., *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, 1978, p. 9.

53 de la CE, y sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento, se desarrollase por ley su regulación para que la protección de los consumidores pudiera ser alegada ante los Tribunales.

Se abrían dos posibles vías para este desarrollo; que se realizase ese desarrollo mediante distintas leyes sectoriales que regulasen aquellas actividades y sectores que pudiesen resultar afectados por la normativa (que en este caso eran muchos), o, el desarrollo de este principio mediante una ley marco, transversal y completa, que, atendiendo a la amplitud de la materia, a su carácter programático e informador de la práctica judicial y de la legislación positiva, sirviese de base para la posterior legislación sectorial.

Esta segunda fue la opción que se tomó por el legislador dando lugar a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 24 de julio de 1984<sup>110</sup>, en cuyo preámbulo, se destaca que la misma *«aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos»*. En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>111</sup> diciendo que *«esta ley especial, no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo siete nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad además de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas»*.

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, sin haber optado -como sí han hecho otros, como el francés<sup>112</sup>-, por la codificación de un Derecho de Consumo autónomo, coexisten, junto con la normativa civil y mercantil de derecho privado, una normativa

---

<sup>110</sup> Opción que fue criticada por algunos, que argumentaban que la Constitución ordenaba proteger a los consumidores, no dictar una ley concreta, sino, en todo caso mediante su aplicación en normas sectoriales. Vid. VV.AA., «Derecho de Consumo», REYES LÓPEZ, M.J., Coord. ED. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 47-ss.

<sup>111</sup> STS de 18 de marzo de 1995 (ROJ: STS 10271/1995 - ECLI:ES:TS:1995:10271). Sobre esta materia también se había pronunciado en ese sentido la STS de 22 de julio de 1994 (ROJ: STS 18062/1994 - ECLI:ES:TS:1994:18062). Sin embargo, a pesar de reconocer el carácter informador de esta ley, y que no supone la inaplicación de las demás normas civiles y mercantiles, el TS también ha recordado que sí tiene esta ley, una especial prioridad en esta materia sobre las demás normas civiles y mercantiles, y que, por tanto, puede dar lugar en determinados supuestos a la inaplicabilidad de aquellas, por la preferencia de la norma general o marco. Vid. STS 15 de junio de 2000 (ROJ: STS 4942/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4942).

<sup>112</sup> Esta opción de crear un Código específico de Derecho de Consumo a juicio de ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. *op. cit.* p. 229, orienta esta regulación en la comprensión de que el Estado es quien mejor protege el interés general. HONDIUS, «Consumer Law and private law: Where the twins shall meet» en *Law and Diffuse Interest in the European Legal Order, Liber amicorum Norbert Reich*, Nomos, Baden Baden, 1997, pp. 311-313.



específica que viene constituida por la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que luego se ha modificado en varias ocasiones estando regulada en la actualidad en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007<sup>113</sup>.

En esta norma nos encontramos con un concepto de consumidor que es más amplio que el recogido por el Derecho de la Unión, puesto que también permite considerar como tales a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno al empresarial. Establece expresamente el art. 3 al definir el concepto de consumidor que «(...) *son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*»<sup>114</sup>. Es este un ejemplo de lo que señalábamos de que al ser el derecho comunitario una regulación de mínimos, en este punto nuestro legislador amplía considerablemente el concepto de consumidor.

Junto a la LGDCU también como norma de carácter transversal nos encontramos con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación que se refiere en su articulado a las cláusulas abusivas y que en su momento fue la que traspuso la Directiva 93/13/CEE, dando lugar a la aprobación del primer Texto Refundido de la LGDCU. Junto a estas leyes específicas existen en nuestro Ordenamiento diversas normas que regulan la aplicación del principio constitucional de la protección de los consumidores en numerosos ámbitos.

Así ha sucedido con sectores como: la protección contra los productos defectuosos<sup>115</sup>, la responsabilidad por daños, el derecho a la información, protección de los intereses económicos de los consumidores, protección en los viajes combinados y en el uso de

---

<sup>113</sup> Cuya última modificación se produjo por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>114</sup> Artículo 3 que fue redactado por el apartado uno del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 28 marzo).

<sup>115</sup> Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que tuvo vigencia hasta el 1 de diciembre de 2007 en que entró en vigor el TRLGDCU actual.

inmuebles en régimen de tiempo compartido<sup>116</sup>, publicidad engañosa<sup>117</sup>, seguridad alimentaria<sup>118</sup>, entre otras que son reguladas por distintas leyes estatales<sup>119</sup> y también por diversa normativa autonómica<sup>120</sup>.

Excede de la finalidad de este trabajo hacer una exposición de la evolución de la protección de los consumidores en esos diferentes ámbitos, nos centraremos pues en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas y su incidencia en los préstamos hipotecarios.

### 3.- CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

#### 3.1 Contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación

La Ley de Consumidores de 1984 contenía ya una referencia, tanto a las condiciones generales de los contratos como a las cláusulas abusivas. En su artículo 10, por un lado se señalaba que, son contrarias a la buena fe *«las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios»*. Y en cuanto a las condiciones generales decía que *«a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Las dudas en la*

---

<sup>116</sup> Hoy regulados los viajes combinados en los artículos 150 a 165 del TR de la LGDCU y el régimen de aprovechamiento por turnos en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

<sup>117</sup> Regulada en los arts. 3 a 6 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

<sup>118</sup> Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

<sup>119</sup> Cabría destacar la propuesta de Anteproyecto de Código mercantil español de 2014 en cuanto pretende la asignación de carácter mercantil a los contratos de consumo y la incorporación de forma parcial y contradictoria de algunas de las normas de consumo en dicho Código mercantil. Califica CÁMARA como insólita esta propuesta señalando la incompatibilidad de las normas de consumo con el carácter liberal de la regulación mercantil en CÁMARA LAPUENTE, S., «La codificación del Derecho de Consumo: ¿Refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)», en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, Nº 1 (enero-marzo, 2015), pp. 105-151.

<sup>120</sup> La existencia de normas autonómicas en materia de protección de consumidores será estudiada en este mismo trabajo, ya que suscita dudas el encaje constitucional de esta competencia autonómica atendiendo al artículo 148.1.8ª CE.



*interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas*». Se recogía ya, por tanto la interpretación *contra proferentem* y además se establecía como sanción la nulidad para aquellas cláusulas que no reuniesen los requisitos de la ley<sup>121</sup>.

Sin embargo la generalidad de estas normas, su novedad y la dificultad para la invocación en los contratos concretos, hicieron que su eficacia fuese bastante limitada. La posterior regulación comunitaria en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puso de manifiesto la necesidad de una regulación concreta y más amplia de esta materia en la que se producían muchos de los supuestos de indefensión de los consumidores en la contratación de bienes y servicios. Esta regulación concreta fue la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril, que regula las condiciones generales de la contratación, pero que supone la incorporación de la regulación (armonización) comunitaria en materia de cláusulas abusivas y su transposición al Derecho español.

Esta Ley, además de regular por primera vez las condiciones generales de los contratos, modificó de acuerdo con la Directiva citada, la LGDCU de 1984, fundamentalmente en materia de cláusulas abusivas.

Si decíamos que una de las razones fundamentales de la aparición de las normas de protección de los consumidores, tanto en Europa como en España, era la existencia de la contratación en masa, son las condiciones generales, o mejor dicho, los contratos con esas condiciones generales, los que permiten aquella contratación en masa. La proliferación de este tipo de contratación en masa ha sido tal que se llegó a discutir la naturaleza normativa de estas cláusulas<sup>122</sup>. Son los contratos preparados y pre-redactados por una sola de las partes, a los que la otra se tiene que adherir si pretende adquirir el bien o servicio y en los que no hay negociación. Se contraponen así los contratos por negociación a los contratos por adhesión<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Las exigencias de claridad, entrega, buena fe y justo equilibrio conforme al artículo 10.1 LGCU.

<sup>122</sup> DE CASTRO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Civitas, Madrid, 1985. Sin embargo hoy día está clara en la doctrina la naturaleza contractual de las mismas.

<sup>123</sup> Sigo aquí la distinción que hace BALLUGERA GÓMEZ, de contratos «por» adhesión vs. contratos «por» negociación, en la que el autor señala que se aparta de la denominación francesa contratos «de» adhesión, para realzar la contraposición con la otra forma de contratar. BALLUGERA GÓMEZ, C. «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad de España*, Año XLIV, nº 153 (2ª época), Madrid, enero de 2009, pp. 19-34.

El contrato por negociación sería aquella forma de concertar un contrato en la cual las partes, tras las discusiones preliminares, fijan de común acuerdo el contenido del contrato (objeto, precio, plazo, consecuencias del incumplimiento...). En un contrato por adhesión, la situación de preponderancia, de fortaleza de una de las partes frente a la otra, la llamada parte débil, implica que no haya tal negociación, sino que la parte fuerte redacta unilateralmente las cláusulas que determinan el contenido del contrato y la otra parte se limita a adherirse a ellas<sup>124</sup>. DÍEZ-PICAZO define los contratos de adhesión o por adhesión como «*todos aquellos en que existe una previa prerredacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos pólizas o modelos preestablecidos y a la otra sólo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo*»<sup>125</sup>. ALBALADEJO lo definía como «*aquel cuyas cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes, que no admite que la otra las modifique o haga contra-ofertas, sino sólo que las acepte pura y simplemente o que no contrate*»<sup>126</sup>.

El Tribunal Supremo, por su parte, señala en la Sentencia de 13 de noviembre de 1998 (STS 6721/1998 - ECLI:ES:TS:1998:6721) sobre los contratos de adhesión que «se entiende por tal aquél cuyas cláusulas han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, limitándose simplemente a aceptarlas o no. Ciertamente, se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual (entendida como la libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero es indudable que requiere un control legal y judicial, para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho. Y ello viene directamente relacionado con la cuestión de las condiciones generales de los contratos, inmersas en los vínculos de adhesión, que no son verdaderamente condiciones, sino pactos o cláusulas que, redactados por una de las partes, se incluyen en todos los contratos y se imponen por

---

<sup>124</sup> Sobre ello VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 42; y MATEU DE ROS CEREZO, R. «¿Hay consentimiento en los contratos en masa?», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 41, 2004, p.151.

<sup>125</sup> DÍEZ PICAZO, J. L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Vol. I, Introducción teoría del contrato*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2007, p. 172.

<sup>126</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. T. II. Derecho de obligaciones*, Bosch, 12ª edición, Madrid, 2004 p. 432.

tanto a todos los que quieran celebrarlos. Y en razón a que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas, sino para controlarlas, impidiendo un ejercicio abusivo». (FJ 2ª)

En cuanto a la naturaleza de los contratos de adhesión frente a quien en un primer momento entendía que no había contrato sino dos actos jurídicos unilaterales e independientes entre sí (SALEILLES<sup>127</sup>), la doctrina mayoritaria (ALBALADEJO<sup>128</sup>, ROYO MARTÍNEZ<sup>129</sup>) consideran que sí se trata de un auténtico contrato, ya que está constituida por la coincidencia de dos declaraciones unilaterales contrapuestas como en todo contrato, si bien con unas características especiales.

El término de contrato de adhesión se adopta en España siguiendo la terminología francesa, en los países anglosajones, especialmente en EEUU se conoce como *standardized mass contract* y en Alemania se conoce como condiciones generales de la contratación designadas como *AGB (Allgemeine Geschäfts Bedingungen)*<sup>130</sup>.

Por influencia de la terminología alemana, la ley promulgada en España se denominó de condiciones generales de la contratación y como diferencia fundamental respecto del concepto de contrato de adhesión en general será la necesidad de que para que sea aplicable esta ley se hayan predispuesto con la voluntad de incorporarse a diversos contratos y no a uno sólo.

### 3.2. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación

Como hemos señalado la norma que regula en nuestro ordenamiento las condiciones generales de los contratos es la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que vino además a trasponer la Directiva 93/13. La propia ley define en su artículo 1 qué ha de entenderse como condiciones generales del contrato afirmando que «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 cua-

---

<sup>127</sup> SALEILLES, R., *Déclaration de Volonté*, Paris, 1901, p. 231.

<sup>128</sup> ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 433.

<sup>129</sup> ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, p. 60.

<sup>130</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II Derecho de Obligaciones*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 217.

*lesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». Además, no supone la inaplicación de las normas de la ley el que algunas de las cláusulas concretas sí que se hayan negociado de manera particular entre las partes, ya que señala en el apartado segundo de este artículo que «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».*

Ahora bien, las condiciones generales no se deben confundir con las cláusulas abusivas. Una cláusula es condición general cuando esta predispuesta por una de las partes exclusivamente, e incorporada a una pluralidad de contratos. Mas no por ello tiene que ser abusiva. El TRLGDCU, no opera sobre el concepto legal de condiciones generales de la contratación (art. 1.1 LCGC), sino por otro concepto más amplio que es el de cláusula no negociada individualmente (art 82.1 TRLGDCU), esto es, predispuestas e impuestas, pero no necesariamente destinadas a regir en una pluralidad de contratos como sí exige el concepto de condiciones generales de la contratación. Podemos señalar como características comunes a las condiciones generales de la contratación y a las cláusulas no negociadas individualmente, la contractualidad, la imposición y la predisposición, pero hay un cuarto requisito que rige sólo respecto de las condiciones generales que es estar destinadas a incorporarse a una pluralidad de contratos<sup>131</sup>.

La calificación de un contrato como de adhesión con condiciones generales<sup>132</sup> es muy importante, porque como veremos, supondrá la aplicación de una serie de controles (de incorporación, de interpretación, de contenido) y la aplicación al mismo de unas reglas especiales, todo ello con la clara finalidad de restituir la situación de desigualdad en que se ha llevado a cabo la concertación del contrato. Y en el caso de no cumplir esos controles y requisitos, la cláusula concreta se entenderá como no puesta.

En la regulación de las condiciones generales de la contratación, que es el supuesto prototipo de los contratos por adhesión, nos encontramos ante una limitación al principio

---

<sup>131</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Contenido y eficacia del contrato», en *Curso de derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Colex, Madrid 2011, p. 430.

<sup>132</sup> Puede existir, no obstante, un contrato de adhesión sin condiciones generales, pues como hemos visto, la propia ley exige en su art. 1 para hablar de condiciones generales que se hayan redactado con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos. Puede suceder sin embargo que se pre-redacte un contrato con la intención de imponerlo a un consumidor para que se adhiera al mismo sin posibilidad de negociarlo. En ese caso estaríamos ante un contrato de adhesión, pero no se podría hablar de condiciones generales ya que no existe esa intención de incorporar esas cláusulas a una pluralidad de contratos.

de autonomía de la voluntad, ya que como ha dicho el TS<sup>133</sup>, el principio de autonomía privada no es absoluto, sino que debe respetar unas exigencias éticas ineludibles, consagradas en las normas imperativas y en los principios generales del Derecho, entre los cuales encontramos sin duda el principio constitucional de protección a los consumidores y usuarios. Como señala OROZCO<sup>134</sup>, en el principio de autonomía de la voluntad se ha producido una evolución similar a la que se produjo con la aplicación de la función social al derecho de la propiedad, mediante una intervención del Estado que persigue restablecer una situación de desequilibrio o desigualdad entre las partes, produciéndose en la intervención de funcionarios públicos en el Derecho de contratos, lo que este autor denomina como una «intervención interesada en defensa del consumidor como parte débil del contrato»<sup>135</sup>. Además, esta limitación del principio de autonomía privada no se produciría sólo como consecuencia del mandato constitucional de protección a los consumidores, sino también de la aplicación de derecho a la igualdad de su artículo 14 CE, que extiende su influencia sobre el Derecho Civil y en particular en la regulación de los contratos.

En concreto la LCGC va a definir un ámbito objetivo en su artículo 1 cuando define las condiciones generales, señalando en su artículo 2 que será de aplicación la misma a los contratos con condiciones generales y un ámbito subjetivo al circunscribirlos a los celebrados entre un profesional, al que llama predisponente y cualquier persona física o jurídica. Por lo tanto la ley será aplicable aunque ambas partes sean profesionales, no exigiendo que la otra parte -adherente- sea un consumidor.

Como se ha dicho más arriba, los contratos con condiciones generales quedan sujetos a una serie de controles que la doctrina siguiendo la ley clasifica como control de incorporación o inclusión, control de interpretación y control de contenido, que vienen recogidos en la ley en distintos preceptos.

---

<sup>133</sup> Cfr. SSTS de 30 de abril de 1993 y de 29 de junio de 1995 (ROJ: STS 11266/1995-ECLI:ES:TS:1995:11266). También el TS había señalado que el principio de autonomía de la voluntad está limitado por el orden público, integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social. Hoy, tales principios se identifican con el orden constitucional.

<sup>134</sup> OROZCO PARDO, G. «Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10/2002, 2002, p. 2042.

<sup>135</sup> Sobre la intervención en este sentido del Ministerio Fiscal *vid.* LLERA SUÁREZ-BARCENA, E. «El Ministerio Fiscal y los consumidores», *La Ley*. Madrid. nº 3302, 13 de Julio de 1993, pp. 1-4.

El control de incorporación, que recoge el artículo 5 exige que las condiciones generales sean aceptadas por el adherente mediante su firma en el contrato (salvo excepciones en la contratación electrónica o telefónica) y para ello han de serles facilitadas previamente, o disponer los medios necesarios para que puedan ser conocidas, sin que se admita la remisión a textos o documentos que no se facilitan previa o simultáneamente en el momento de concluir el contrato. También se exige que las condiciones estén redactadas de manera sencilla, concreta, clara y transparente<sup>136</sup>. Si el contrato no se redacta por escrito basta con que las condiciones se anuncien de modo visible en el lugar donde se va a celebrar el negocio.

El control de interpretación (art. 6) incluye la preferencia de las cláusulas particulares frente a las generales, salvo que ésta sea más beneficiosa y la prohibición de que las cláusulas oscuras beneficien al predisponente, de modo que se tomará la interpretación más favorable al adherente. Es la interpretación *contra proferentem* que ya recogía la LGDCU de 1984.

La Ley establece finalmente un control de contenido, sancionando con la nulidad de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, añadiendo además que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con los consumidores (art. 8).

La necesidad de este control de contenido puede parecer redundante teniendo en cuenta el control de incorporación, pero es una faceta más de la asimetría contractual en que se basa esta regulación, permitiendo que se pueda declarar nulo lo «acordado libremente» por las partes. No basta el hecho de la firma para justificar que determinados contenidos del contrato vinculen a las partes<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Sobre la cognoscibilidad objetiva del control de inclusión véase COCA PAYERAS, M. «La regulación de las condiciones generales de la contratación en nuestro ordenamiento jurídico» en BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, A. (Coord.) «Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», Civitas, Madrid, 1992, pp. 223-226.

<sup>137</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», *El Notario del siglo XXI*, Nº 30, 2010, p. 2, indica lo siguiente: «Las condiciones generales o cláusulas predisuestas, no tienen fuerza de ley entre las partes, como para los contratos en general dice el artículo 1091, por la mera adhesión, si no superan un control al que no están sometidos otros contenidos contractuales». También sobre el significado de la adhesión a las condiciones generales, las exigencias de la buena fe y el fundamento del control de contenido *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en MENÉNDEZ Y DÍEZ PICAZO (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 82-ss.

La Ley en su artículo 12 prevé la creación de un Registro de Condiciones Generales de la Contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva, en el que se puedan inscribir las condiciones generales, mediante la presentación -voluntaria- de los contrato tipo en que se incluyan, así como las sentencias que declaren la nulidad de alguna cláusula, y anotar preventivamente la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa que se regulan en los artículos 12 y siguientes. Lo mismo ocurre con el control extrajudicial que se atribuye a los registradores, en el artículo 258, introducido por la LCGC, que al exigir para que aquellos no inscribieran, que se tratase de cláusulas declaradas nulas por los tribunales y que la sentencia constase inscrito el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, hizo también ineficaz su aplicación.

A este Registro tendremos ocasión de referirnos más adelante, por lo que aquí sólo queda avanzar que su aplicación y eficacia ha sido prácticamente nula, a pesar de poder servir como un instrumento eficaz en la lucha contra las cláusulas abusivas si se superaran algunos de los errores y complejos con que lo afrontó la LCGC<sup>138</sup>.

### 3.3. La protección frente a las cláusulas abusivas

Como veíamos, el artículo 8 LCGC señalaba que «*además serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con consumidores*». El problema en este caso sería la diferencia en la protección que se concede al adherente no consumidor, frente al adherente que además reúne la cualidad de consumidor, resultando la primera claramente insuficiente. En efecto la protección del adherente no consumidor queda reducida a las cláusulas contrarias a normas imperativas, algo que no sólo es insuficiente sino que para ello no sería necesaria una regulación específica.

El legislador circunscribe el concepto de cláusula abusiva a la relación entre un profesional con un consumidor, teniendo en cuenta que la LCGC, será aplicable a los contratos con condiciones generales celebrados por un profesional con cualquier persona física o jurídica, se impone una distinción clara entre las condiciones generales, con un ámbito subjetivo más amplio, y las cláusulas abusivas.

---

<sup>138</sup> Sobre este punto es muy interesante el trabajo de GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles en general y del Registro de Condiciones Generales de la Contratación en particular», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 692, 2005, pp. 1929-1934.



La doctrina critica esta diferenciación excluyendo del control y defensa frente a las cláusulas abusivas a aquellos contratantes que son parte débil del contrato pero que no son consumidores como pueden ser los pequeños empresarios. Esta distinción que se agudiza con la reducción del concepto de consumidor no es sin embargo igual en todos los ordenamientos jurídicos; por ejemplo en Alemania donde el movimiento consumerista es anterior, el BGB contiene una formulación especial de la regla de prohibición del desequilibrio abusivo que sea contrario a la buena fe, de modo que también es aplicable a la contratación entre empresas, aunque es distinto el nivel de control y no se apliquen las listas de cláusulas abusivas como en la contratación con consumidores<sup>139</sup>.

En nuestro Derecho sin embargo aparece claramente reducido a la contratación con consumidores la protección frente a las cláusulas abusivas. En la doctrina hay quien, como BERCOVITZ<sup>140</sup>, ve este vacío como una suerte de olvido que es fácil de cubrir por la jurisprudencia aplicando las normas del CC, sin embargo de manera más pesimista, MIQUEL<sup>141</sup> considera que el legislador habría buscado de manera consciente excluir un control específico de contenido en condiciones generales, pero que la jurisprudencia apoyándose en un uso adaptado del art. 1258 CC (integración el contrato conforme a las exigencias de la buena fe), dará lugar a un control de contenido que «a la postre será la mejor crítica que se pueda hacer a la ley». En este mismo sentido se pronuncia también PASQUAU<sup>142</sup>.

En nuestro ordenamiento esta delimitación es aún más necesaria, teniendo en cuenta que fue la LCGC, la que hizo la transposición de la Directiva 93/13/CEE, en materia de cláusulas abusivas, mediante la modificación de la LGDCU de 1984, añadiendo un artículo 10 bis relativo a las cláusulas abusivas y una Disposición Adicional en la que se recogía un listado de cláusulas consideradas abusivas. Por ello la confusión entre condiciones generales y cláusulas abusivas puede ser mayor.

La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas, de la que, como hemos señalado, trae su origen la LCGC, hacía referencia a contratos entre consumidores, considerados como la «*persona física que actúa en tales contratos con un propósito ajeno*

---

<sup>139</sup> BGB §§ 307 a 310 y ALBIEZ DORHMANN, K. *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 38-ss.

<sup>140</sup> BERCOVITZ, R. «Comentario al artículo 8 LCGC», en BERCOVITZ, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999-2000, pp. 264-ss.

<sup>141</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario al artículo 8 LCGC», en MENÉNDEZ Y DÍAZ PICAZO, (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 437.

<sup>142</sup> Para Pasquau, «*Lo que no ha hecho el legislador, lo va a hacer lenta y fragmentariamente la jurisprudencia (...) de la mano del artículo 4.1 del Código Civil*». PASQUAU LIAÑO, M. «Comentario al artículo 9 LCGC», en BERCOVITZ, R. (Dir.) *Comentarios...*, op. cit., p. 275.



a su actividad profesional», y el profesional, que sería «aquella persona, física o jurídica, que en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». En el artículo 3 de la Directiva definía las cláusulas abusivas diciendo que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato»

La regulación comunitaria pone el acento en un aspecto que no contemplaba el artículo 10.1.3º de la LGDCU de 1984 al definir la cláusula abusiva, que es la falta de negociación individualizada de la cláusula. La imposición de la misma desde el punto de vista del predisponente y la mera adhesión del adherente, sin poder negociarla ni, por tanto influir en su contenido. Se pone de manifiesto por tanto que la contratación por adhesión es un campo abonado para la existencia de cláusulas abusivas, ya que se dará ese primer requisito de no negociación, siendo necesario además la existencia de un «desequilibrio importante» en los derechos y obligaciones de las partes y que dicha cláusula vaya en contra de las exigencias de la buena fe.

Dicho esto hay que aclarar, aunque pueda resultar una obviedad, que no toda condición general es abusiva, ni tampoco toda cláusula abusiva ha de ser una condición general. Lo normal es, que las condiciones generales, a pesar de no haberse negociado individualmente, no supongan desequilibrio alguno entre los derechos de las partes, ni vayan en contra de la buena fe<sup>143</sup>. Al contrario, también puede que exista un contrato que no sea propiamente de adhesión, o mediante condiciones generales, y exista una concreta cláusula que no se ha permitido que se negocie en concreto y sí produzca ese desequilibrio esencial<sup>144</sup>. Así lo reconocía ya la Exposición de Motivos de la LCGC<sup>145</sup>, y lo ha puesto de manifiesto el propio TS en Sentencia de 29 de junio de 1995 (ROJ: STS 11266/1995 -

---

<sup>143</sup> Piénsese en la gran cantidad de contratos con condiciones generales de los que somos partes los ciudadanos, contratos de suministro eléctrico, gas, telefonía, o los contratos de transporte aéreo, ferroviario, etc.

<sup>144</sup> Por ejemplo, una cláusula en que se intente modificar el fuero aplicable, o que implique unas garantías desproporcionadas.

<sup>145</sup> Señalaba la Exposición de motivos que «Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. (...) El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual».

ECLI:ES:TS:1995:11266) al afirmar que «la contratación por adhesión no es, por sí misma, una fuente automática de nulidades».

Esta distinción es de gran importancia, puesto que la ley, como veremos más adelante, en el control registral de las cláusulas abusivas a través de la calificación sí que parecía circunscribir a dicha calificación a las que fueran condiciones generales de la contratación, exigiendo que se inscribiesen en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (arts. 10.6 LGDCU y 258 LH, ambos introducidos por la LCGC)<sup>146</sup>. Volvemos sobre esta contradicción de la ley más adelante.

La LCGC, en su disposición adicional primera, introdujo en la LGDCU de 1984, la concepción de cláusula abusiva siguiendo el criterio de la Directiva. Así el nuevo artículo 10 bis de la Ley de Consumidores señalaba que «*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley*», y también se añadió un catálogo de cláusulas que en todo caso debían considerarse como abusivas en la disposición adicional primera de la LGDCU.

El artículo 3 de la Directiva señalaba que «*1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

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

*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*

*El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba*».

---

<sup>146</sup> En este mismo sentido VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. «La protección extrajudicial de los consumidores: La calificación registral de las cláusulas abusivas» en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Año XLV, nº 170 (2ª época), julio-agosto de 2010, pp. 1687-1710.

Si lo comparamos con el artículo 10 bis, resulta que no se trasladó al Derecho interno lo que debía interpretarse como cláusula que no se ha negociado individualmente. De aquí puede venir también la equiparación que parece llevar a cabo nuestro ordenamiento (*vgr.* art. 258 LH) entre cláusula abusiva y condiciones generales, de modo que parece que sólo dichas condiciones pueden ser abusivas.

Además esta falta de concreción de qué ha de entenderse como cláusula no negociada individualmente daba lugar a una menor protección del consumidor en nuestro Derecho interno frente a lo dispuesto en la Directiva, ya que éstas, si bien pueden ser directamente aplicables, cuando se trate de la relación de un ciudadano comunitario con el Estado (quién tenía la obligación de trasponerla), carecen de ese efecto de aplicabilidad directa cuando se trata de relaciones horizontales entre particulares<sup>147</sup>.

Con posterioridad a la reforma de la LGDU operada en 1998 se introdujeron también novedades por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que entre otros aspectos reformó el art. 10 bis para incluir, con relación a las cláusulas abusivas una serie de aspectos que por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2004 (C-70/03 ECLI:EU:C:2004:505) se consideraba que no había sido adecuadamente traspuesto al Derecho Español conforme a la Directiva 93/13/CEE<sup>148</sup>. Y como consecuencia de esa modificación, se procedió a refundir todas las disposiciones vigentes en materia de protección de consumidores, por Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en cuyo Título II del Libro II regula concretamente las condiciones generales y las cláusulas abusivas.

En esta regulación, el artículo 80, con el que comienza, se refiere a los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente: *«en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes»* y cita como tales requisitos a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, b) accesibilidad y legibilidad y c) buena fe y justo equi-

---

<sup>147</sup> La doctrina de la eficacia vertical de las Directivas se empezó a aplicar desde la Sentencia «Sace», de 17 de diciembre de 1970, y la no aplicabilidad directa entre particulares (no eficacia horizontal), desde la Sentencia *Marshall*, de 26 de diciembre de 1986.

<sup>148</sup> En concreto, el Tribunal de Justicia entendió que el Reino de España no había adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de la citada Directiva.

librio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Reproduce en cierto modo los requisitos de la LCGC pero, al concretarlo en el texto refundido, podemos entender que lo que se pretende es una cierta aclaración de qué son cláusulas no negociadas individualmente, deslindándolo de los contratos con condiciones generales de la contratación.

El artículo 81, prevé un sistema de aprobación previa de condiciones y clausulados en determinados casos, y la obligación (también de notarios y registradores) de información a los consumidores.

El artículo 82 el que define las cláusulas abusivas disponiendo que *«se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe<sup>149</sup> causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*. Se amplía el concepto puesto que se incluyen dentro del mismo *«todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente»*. Pero quizá habría que plantearse si este nuevo requisito junto con el de la negociación individualizada, puede suponer en algunos casos un límite a la protección del consumidor. Ya que podrían existir abusos, contrarios a la buena fe y que produzcan un desequilibrio entre las partes, pero que no puedan sancionarse con la nulidad por haberse negociado individualmente y consentido expresamente<sup>150</sup>. Si bien hay que tener en cuenta el apartado segundo del mismo artículo al decir que *«el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba»*.

También el artículo 82 sigue la tendencia marcada por la Directiva y que ya se había recogido en la reforma de 1998, de establecer junto a una definición de lo que se considera como cláusula abusiva, una serie de supuestos que en todo caso se considerarán

---

<sup>149</sup> GÓMEZ GÁLLIGO considera que esta buena fe a que se refiere este artículo es una buena fe objetiva, es decir, aquella a que se refiere el artículo 1258 CC. Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en GADEA SOLER, E. y SEQUEIRA MARTÍN, A. J., (Coord.) *La contratación Bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 245.

<sup>150</sup> Esto lo ha reconocido la propia Comisión Europea en el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/137CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Doc. COM (2000) 248. En dicho Informe se señala que existen prácticas comerciales dirigidas a impedir la aplicación de la Directiva, mediante el recurso de excluir el requisito de que se trate de cláusulas no negociadas individualmente.

prácticas abusivas. Así lo prevé el apartado 4<sup>a</sup> al señalar que *«no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.»* A su vez esos artículos (85 a 90) recogen un catálogo pormenorizado de cláusulas que en todo caso deben reputarse como abusivas, siguiendo la clasificación que señala el artículo 82.

El artículo 83 del TRLGDCU, por su parte, mantiene la sanción de nulidad que se establecía en el antiguo artículo 10.2, afirmando *«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.»*

El artículo 84, por último se refiere a la autorización e inscripción de las cláusulas declaradas abusivas ordenando que *«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 será objeto de un detenido análisis más adelante, pero podemos adelantar que la previsión de que, para no autorizar o no inscribir el contrato, se trate de una cláusula declarada nula por sentencia y que esta

esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, hacían prácticamente inaplicable este precepto, al menos de una manera directa, quedando por tanto como una «bonita» declaración de intenciones<sup>151</sup>.

El TRLGDCU aún ha sido modificado con posterioridad por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, entre otros aspectos en cuanto a la posibilidad del juez de integrar el contrato, quedando el artículo 83 con la siguiente redacción: *«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»*

Esta modificación se refiere a la posibilidad del juez de integrar el contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, como consecuencia de la declaración de nulidad que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

Como después veremos, toda esta regulación sobre protección del contratante débil frente a las cláusulas abusivas, no ha llegado a obtener del todo el objetivo pretendido: una efectiva protección frente a esas cláusulas y prácticas abusivas y la igualdad de las partes al contratar. Ello se debe quizá a la compleja regulación que para el ejercicio de sus derechos se enfrenta el consumidor individual que pretende hacer efectivos los derechos que la ley le reserva. Como señalaba DE CASTRO<sup>152</sup>, si se ha de proteger eficazmente al contratante débil, hay que tener muy en cuenta los aspectos procesales. Por ello no extraña que la reformulación de toda esta protección en nuestro ordenamiento haya

---

<sup>151</sup> Ahondaremos sobre este punto, pero exigir, para rechazar la inscripción de una cláusula, que ésta hubiera sido previamente declarada nula por sentencia inscrita en el RCGC, reducía los posibles supuestos a porcentajes cercanos al cero, teniendo en cuenta además que se exigía que fuese el mismo predisponente y que la redacción fuera idéntica. Si además sumamos las distintas posibilidades de redactar una cláusula para conseguir un mismo objetivo, se entiende por qué éste precepto ha quedado sin apenas aplicación efectiva durante tanto tiempo.

<sup>152</sup> Vid. DE CASTRO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en ADC, Vol. 35, Nº 4, 1982, pp. 1081-ss.



aparecido como consecuencia de la ineficacia de los medios procesales al alcance del consumidor para revertir la situación creada por las cláusulas abusivas (Caso *Aziz*), en definitiva por la necesaria aplicación del principio de efectividad de modo que la regulación procesal no impida la aplicación efectiva del Derecho comunitario de protección frente a cláusulas abusivas.

Este es el marco legal de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento, que con algunas otras normas especiales hemos de tener en cuenta para que el registrador califique como abusiva una determinada cláusula de un contrato que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad.

#### 4.- PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y CONSUMIDORES

##### 4.1. Introducción.

Ciñendo el objeto de este trabajo a la calificación registral de las cláusulas abusivas, tendremos que referirnos a aquellos contratos que sean inscribibles<sup>153</sup> conforme a los artículos 2 y 3 de la LH y que a su vez puedan contener cláusulas abusivas.

Si, como hemos dicho, es una característica de las cláusulas abusivas la no negociación individualizada, es en los contratos de adhesión donde se pueden incluir con mayor frecuencia este tipo de cláusulas, con lo que se reduce aún más el ámbito de la calificación registral de las cláusulas abusivas<sup>154</sup>.

Como paradigma de contrato de adhesión inscribible nos encontramos con los préstamos y créditos hipotecarios. El ámbito propio de la calificación registral de las cláusulas abusivas se centra en las que pueden contener los contratos de préstamos y créditos hipotecarios. No cabe duda, que pueden intentar acceder al Registro de la Propiedad otros contratos de adhesión que incluyan cláusulas abusivas, tales como contratos de *leasing*

---

<sup>153</sup> Fundamentalmente actos o contratos que consten en documento público (con las excepciones de admisión de documento privado como las de los artículos 14.3, 59.1 y 82 último LH y 155 RH) por los que se constituyan, modifiquen, transmitan o extingan derechos reales o situaciones jurídico reales inscribibles. Sin perjuicio de las contadas excepciones de situaciones o derechos que sin tener clara una naturaleza real se prevé por la ley su acceso al Registro, como arrendamiento, leasing inmobiliario, derecho de opción, entre otras.

<sup>154</sup> Ello sin perjuicio, de que, como hemos defendido antes, puedan darse cláusulas abusivas en contratos que no sean de adhesión (*vgr.* una opción de compra en condiciones leoninas, o que implique un pacto comisorio prohibido encubierto) pero lo cierto es que, en estos casos, la calificación negativa del registrador vendrá fundada no en las normas de protección de los consumidores y de prohibición de cláusulas abusivas, sino en otras normas civiles o hipotecarias como el artículo 1859 o 1256 del CC o principios hipotecarios como el de especialidad (artículo 9 LH y 51 RH).



inmobiliario, ventas de promociones de viviendas (en las mismas condiciones para todos los compradores) y los supuestos de transmisión de alojamientos en el régimen de aprovechamiento por turnos, etc., pero es la inscripción de los contratos de préstamo y crédito hipotecario la que se da de una manera continua en la práctica registral, y son estos, además, los que presentan una mayor cantidad de cláusulas calificables como abusivas entre su clausulado, así como los que han provocado en los últimos tiempos una situación que podemos calificar como de alarma social, que en cierto modo motiva este trabajo.

#### 4.2. Concepto de préstamo y crédito.

El préstamo simple o mutuo es definido por el Código Civil como aquel contrato por el cual una persona (prestataria) que ha recibido de otra (prestamista) dinero u otra cosa fungible, se obliga a devolverle otro tanto de la misma especie y calidad (arts. 1740 y 1753 CC). En el ámbito mercantil se perfila este concepto, considerándolo como un contrato consensual (no real) y bilateral. Además, el artículo 311 del Código de Comercio (CCo), exige para atribuirle carácter mercantil, que una de las partes sea comerciante y que las cosas prestadas sean destinadas a actos de comercio<sup>155</sup>.

Sin embargo en los supuestos comunes de préstamo que se producen en la actualidad, los prestamistas son entidades de crédito<sup>156</sup>, que se dedican profesionalmente a ello, con lo que nos encontramos con la figura del contrato bancario de préstamo<sup>157</sup>.

Por su parte el crédito, o apertura de crédito, es aquel contrato bancario por el que una de las partes (acreditante), a cambio de la percepción de una comisión, se compromete dentro de los límites de tiempo y cantidad pactados, a poner a disposición de la otra parte

---

<sup>155</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II. Aranzadi, 35ª edición, Pamplona, 2012, pp. 377-378.

<sup>156</sup> El artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, define qué ha de entenderse por entidades de crédito y cuáles son: «*Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.*

*Tienen la consideración de entidades de crédito:*

*a) Los bancos.*

*b) Las cajas de ahorros.*

*c) Las cooperativas de crédito.*

*d) El Instituto de Crédito Oficial»*

<sup>157</sup> Con relación al carácter mercantil de los préstamos bancarios, el TS, ya en una sentencia de 9 de mayo de 1944, basándose en el artículo 2 del CCo, y en otros artículos del mismo cuerpo legal que configuran como mercantiles las operaciones y contratos bancarios (arts. 175, 177 y 212 CCo), afirmó que aunque no se destinaran las cosas dadas en préstamo a actos de comercio, serán simple mercantiles los préstamos si el prestamista es una entidad de crédito.

(acreditado) una suma de dinero, que este se obliga a devolver junto a los intereses debidos por la cantidad dispuesta<sup>158</sup>.

A estos préstamos o créditos se le puede añadir una garantía para el caso de que no se cumpla la obligación principal (devolución del dinero prestado más sus intereses). Esta garantía puede ser personal (fianza o aval), o real. Y la garantía real puede ser mobiliaria (prenda común, prenda de efectos o valores, de acciones, pignoración de fondos etc.) o inmobiliaria (hipoteca), dando lugar, ésta última, a la figura del préstamo hipotecario.

Un préstamo o crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria entre una entidad de crédito y un consumidor es siempre un préstamo retribuido en el que el prestatario se obliga a restituir el capital prestado (o puesto a su disposición si es un crédito), junto con unos intereses que pueden ser fijos o variables en función de lo pactado. En el caso de interés variable, el tipo de interés viene determinado por dos sumandos: el tipo de interés de referencia -normalmente el EURIBOR<sup>159</sup>- y el diferencial o porcentaje fijo que se suma a aquél<sup>160</sup>.

Por otro lado, no cabe duda que la concesión de préstamos<sup>161</sup>, ya sean personales o hipotecarios, por parte de las entidades de crédito, se ha convertido en una manifestación clara de la contratación por adhesión. El aumento exponencial del consumo y de la adquisición de viviendas, y la necesidad de obtener dinero para ello, convirtieron, hace ya muchos años, las operaciones de activo<sup>162</sup> de las entidades de crédito en auténticos contratos de adhesión, en los que la entidad predispone las condiciones del contrato que oferta y el adherente adquirente del préstamo se limitaba a aceptar todas las condiciones del mismo, modificándose en cada caso el plazo y el importe percibido. La práctica registral pone de manifiesto que cada entidad de crédito utiliza no más de tres o cuatro

---

<sup>158</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...*, *op. cit.* p. 447.

<sup>159</sup> Acrónimo de *Euro Interbank Offered Rate* o tipo europeo de oferta interbancaria. El Euribor es el tipo medio de interés al que se prestan euros entre sí un gran número de bancos europeos (llamado el panel de bancos). Para la determinación de los tipos Euribor se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés recolectados.

<sup>160</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., *Cláusulas suelo en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusulas suelo*, Bosch, Barcelona, 2014.

<sup>161</sup> Con objeto de no ser repetitivos, englobaremos en el término «préstamo hipotecario», tanto los préstamos como los créditos cuyo cumplimiento se garantiza con hipoteca, siendo conscientes de las diferencias entre ambos contratos que hemos señalado más arriba.

<sup>162</sup> Dentro de la clasificación de los contratos bancarios, se distingue en la doctrina entre: operaciones activas (o contratos de financiación), operaciones pasivas y operaciones neutras o de gestión. Las operaciones activas son aquellas que se caracterizan por suponer la concesión de crédito a terceros de manera directa y sin mediar suscripción a adquisición de valores por parte de la entidad de crédito. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 443.

modelos, no permitiéndose desde las asesorías jurídicas respectivas modificar nada de los mismos<sup>163</sup>, salvo los campos previstos para el importe del capital, tasación o plazo. Las diferentes ofertas de tipo de interés se hacen de manera general articulándose estas ofertas mediante campañas destinadas a obtener nuevos clientes, no siendo un extremo que permita negociación individual. Determinadas circunstancias como la existencia de varias fincas, la existencia de hipotecante distinto del deudor o la intervención de consumidores se solventa añadiendo redacciones concretas alternativas a algunas de las cláusulas a las que pueda afectar.

La contratación bancaria en general es extraña a esta negociación individual, ya que tiende a la contratación mediante modelos unitarios que permitan rapidez y uniformidad en los contratos. Así lo resalta la STS de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401) que cita a su vez la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 (ECLI:EU:C:2014:10), caso Constructora Principado, en su párrafo 19, señalando que *«el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente»*. El hecho de que ofrezcan varias alternativas estandarizadas a los clientes, entre las cuales puedan elegir, no suprime el carácter impuesto del contrato, ni lo acerca más a un contrato de negociación, tal y como ya ha afirmado el Tribunal Supremo en la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ:STS 1916/2013 – ECLI:ES:TS:2013:1916).

En esta misma línea, cabe recordar, que el concepto de consumidor en nuestro Derecho se extiende a la persona jurídica (art. 3 TRLGDCU). La protección frente a las cláusulas abusivas, será también aplicable a los préstamos en que el prestamista sea una

---

<sup>163</sup> De esta cerrazón a modificar las minutas de los préstamos hipotecarios (texto pre-redactado del contrato por la entidad y que se envía al notario antes de la firma) hablaremos más adelante, pero llegan a jactarse de ello hasta el límite de advertir que «si el notario cambia una coma del texto, se cambia de notario». Esta limitación de la capacidad del notario de intervenir en el contenido del contrato convierte en nula su capacidad de control de las cláusulas abusivas del mismo, porque la realidad es que esa amenaza del banco de cambiar de notario surte su efecto, si tenemos en cuenta que los bancos no sólo son clientes del notario, sino sus mejores clientes.

empresa o profesional, el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, siempre que el destino de la operación sea el consumo, es decir, ajeno en su caso, a la actividad empresarial o profesional del deudor. La STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14 – ECLI:EU:C:2015:538), para decidir si un contrato está sujeto a la normativa de consumidores, señala que lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas de los contratantes, es decir, que sea una operación de consumo<sup>164</sup>. En este mismo sentido, la Resolución de la DGRN de 20 de junio de 2016 (BOE de 21 de julio de 2016), en un caso de hipoteca entre particulares entiende que si no se expresa en la escritura de préstamo, ni en la ficha de información personalizada, ni en la oferta vinculante el destino o finalidad del préstamo, entiende que se ha de presumir que el mismo es ajeno a la actividad comercial, empresarial o profesional de los prestatarios<sup>165</sup> y por lo tanto aplicable la normativa de protección de los consumidores.

Además, como señala OROZCO<sup>166</sup> el uso generalizado de los servicios bancarios por parte de los consumidores, sobre todo en lo relativo a obtención de financiación, ha generado una problemática muy variada, relacionada en gran parte con el uso de contratos con condiciones generales y falta de información de los productos comercializados<sup>167</sup>.

Los problemas relacionados con la contratación bancaria se reflejan en el número de recursos y quejas que se presentan ante los órganos de control intervención de estas entidades. La memoria anual del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, presenta un análisis estadístico de los expedientes tramitados

---

<sup>164</sup> A los servicios bancarios le es de aplicación la normativa de consumidores al considerar al cliente como consumidor final, tal y como ha declarado la SAP de Valencia, de 17 de octubre de 1990, y tal y como lo considera gran parte de la doctrina, entre otros: REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obra y financiación: comentarios y jurisprudencia*», Editora General de Derecho, D. L., 1993, p. 165; SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LDCU», en *RDBB*, enero-marzo de 1991, núm. 41, p. 222.

<sup>165</sup> Señala expresamente la Resolución que «*Por otra parte, en aplicación de lo dispuesto en el número 5 del artículo 22 de la Ley 2/2009 parecería que las obligaciones de información precontractual, transparencia, oferta vinculante, ficha de información personalizada (Orden EHA 2899/2011) y la normativa sobre cláusulas abusivas (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) referidas al préstamo o crédito hipotecario ofrecido y aceptado, solo serían aplicables si ese concreto préstamo o crédito, por razón de los sujetos intervinientes, objeto o finalidad, estuviera sujeto a dicha normativa, lo que en este caso, como se ha indicado, en principio, no tiene lugar*».

<sup>166</sup> OROZCO PARDO, G. «Protección de consumidores...» *Op. cit.*, p. 4.

<sup>167</sup> Téngase en cuenta la gran cantidad de demandas que se han presentado por la comercialización de productos financieros complejos como los llamados instrumentos híbridos de capital -principalmente, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas-, o la venta de *swaps*, o incluso la venta de acciones en la ampliación de capital de Bankia y que ahora se están resolviendo por los tribunales dando la razón a los demandantes basándose en esa falta de información y en la falta de conocimiento de qué era lo que en realidad se estaba adquiriendo.

en el que se indican, entre otras cuestiones, las materias sobre las que versan las reclamaciones y quejas presentadas ante el Banco de España, así como las entidades afectadas por las mismas. Del último informe publicado<sup>168</sup> resulta que un 67,7% de estas reclamaciones se refieren a operaciones de activo, esto es a préstamos y créditos, y que de éstas un 53% se refieren a limitaciones al alza o a la baja del tipo de interés, las conocidas como cláusulas techo y suelo.

Todas estas reclamaciones se producen a pesar del progresivo control que sobre la comercialización de productos financieros a los consumidores se han ido introduciendo en nuestra legislación entre los que destaca la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Aún queda por trasponer la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010. A estas normas nos referiremos más adelante, pero está claro que los mecanismos de control son por ahora ineficientes, teniendo en cuenta el número de reclamaciones presentadas y los problemas creados. Aún más como consecuencia de la crisis económica sufrida en los últimos años.

#### *4.3. El préstamo hipotecario.*

De las operaciones de activo de las entidades de crédito, destaca la figura del préstamo hipotecario, por el volumen de contratación de los mismos, por su valor económico (derivado del inmueble que sirve de garantía) y por las implicaciones sociales que conlleva, al hipotecarse en muchas ocasiones la vivienda habitual de quien contrata el préstamo. A su vez, ha sido un importante motor de riqueza económica permitiendo el crédito territorial, esto es, la obtención de dinero líquido a los propietarios de bienes inmuebles lo que, desde la época de la revolución industrial, ha contribuido a la reinversión de esos capitales contribuyendo al aumento de riqueza del país a través de la creación de puestos de trabajo y la obtención de beneficios.

---

<sup>168</sup> Datos tomados de la última memoria de reclamaciones publicada por el Banco de España correspondiente al año 2016. Se puede consultar en: [http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones\\_an/Memoria\\_del\\_Serv/](http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/). Fecha de consulta: 19 de agosto de 2018.

El préstamo, como tal, es un contrato que genera obligaciones, pero que no da lugar a ningún derecho real inmobiliario, por lo que no tendría acceso al Registro de la Propiedad. Es la hipoteca lo que se inscribe. La hipoteca, es un derecho real de garantía sobre un bien inmueble y por tanto inscribible. La hipoteca de acuerdo con su concepto sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación (cualquiera que sea su clase<sup>169</sup>) para cuya seguridad fue constituida (arts. 1876 CC y 104 LH), y como derecho de garantía, de carácter accesorio, la hipoteca tiene una estrecha relación con la obligación que garantiza o asegura, de manera que al acceder al Registro, no lo hace sola, sino que accede con ella la obligación garantizada (arts. 12 y 144 LH y 219 y 240 RH).

Además al ser la inscripción constitutiva<sup>170</sup> (arts. 1875 CC y 145 LH) si no se inscribe la hipoteca no existirá la misma y hasta que no se inscriba no se producirán los efectos que le son propios: afección de bienes, garantía para el caso de incumplimiento, prioridad frente a cargas posteriores de la misma finca, preferencia para el cobro mediante realización de la misma, oponibilidad *erga omnes*, etc. Pero no sólo supone que no existirá hipoteca sin inscripción, sino que, sólo lo inscrito es hipoteca<sup>171</sup>. Así resulta del artículo 130 de la LH cuando afirma que «*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.*»<sup>172</sup>. Por lo tanto, aquellas cláusulas del contrato de préstamo que no se hayan incorporado al Registro (excluidas por la calificación registral) no formarán

---

<sup>169</sup> La hipoteca puede constituirse en garantía del cumplimiento de cualquier obligación. Así lo dice expresamente el artículo 105 de la LH, y por tanto ya sean estas de dar, hacer o no hacer (Art. 1088 CC). Por tanto nada obstaría que se constituyese hipoteca en garantía de la obligación asumida de hacer una determinada obra; por ejemplo pintar un cuadro. Lo que sí se viene exigiendo por la doctrina y la jurisprudencia es que esa obligación tenga un contenido económico, una traducción pecuniaria, que será la cantidad por la que responde la finca hipotecada en caso de incumplimiento de la obligación. Sin perjuicio de lo dicho el supuesto más común de hipoteca es aquella que se constituye para garantizar la devolución de una suma de dinero que se ha prestado previamente: dando lugar al préstamo hipotecario.

<sup>170</sup> En la doctrina civilista hay algunos autores sin embargo que matizan el carácter constitutivo de la hipoteca. Así ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La hipoteca no inscrita y su valor jurídico: Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 junio (RJ 2016, 2320)», en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 42, 2017, pp. 287-308 y GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», en *ADC*, Vol. 54, Nº 1, 2001, pp. 5-257.

<sup>171</sup> En este mismo sentido ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 258.

<sup>172</sup> Artículo 130 redactado por el número 2 del artículo 11 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.



parte del préstamo hipotecario, como figura independiente de aquél. De modo que serían cláusulas personales (no formando parte del derecho real de hipoteca) que se podrían exigir mediante acción personal, pero no por la privilegiada acción real hipotecaria<sup>173</sup>.

Es por ello que tiene una gran importancia qué parte del contenido del contrato de préstamo pre-redactado por la entidad de crédito accede al Registro. Su inscripción o no, determinará si el incumplimiento de esa cláusula puede dar lugar a la efectividad de la garantía, de manera que si consta en el Registro podrá ejecutarse la hipoteca por el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados (681 a 698 LEC) en base al citado artículo 130 LH, si no, carecerá de esa posibilidad debiendo acudir al procedimiento ordinario (arts. 517 y ss. LEC), mucho más costoso en tiempo y dinero para el acreedor.

A la vez, estas especiales características de la hipoteca en su relación con el préstamo que garantiza, ha hecho que se plantee la naturaleza especial del préstamo o crédito hipotecario como una figura autónoma, o, cuando menos, especial. La unión entre el préstamo garantizado y la hipoteca es total al acceder al Registro, ya que por exigencias del principio de especialidad sólo así quedará perfectamente determinada cuál es la situación jurídica oponible. A esta realidad se le denomina crédito hipotecario<sup>174</sup>. La hipoteca, como consecuencia de su condición de derecho de garantía y por lo tanto accesorio, nace vinculado al préstamo que garantiza, pero por otro, como consecuencia de su naturaleza real y del carácter constitutivo de la inscripción, transforma el préstamo (en sí meramente personal) en préstamo hipotecario, con eficacia real, a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Para explicar esta realidad, hay autores que acuden al principio de accesoriedad de la hipoteca (arts. 1857 y 1876 CC, 104 LH y Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861) en relación con la obligación garantizada, entendiendo que es esta accesoriedad la que exige la constancia de las circunstancias del préstamo hipotecario en la

---

<sup>173</sup> En el fondo se encuentra aquí la clave de la tensión existente por la pretensión de los Bancos de que en el Registro conste todo el contenido del préstamo hipotecario. Esta presión ejercida por los bancos se intentó primero queriendo hacer ejecutable la hipoteca no por el contenido del registro, sino por el de la sola escritura pública, redactada e impuesta por ellos a la otra parte y al notario sin control alguno. Al no poder conseguir esto, (tras la confirmación por la LEC 1/2000 del artículo 130 de la LH, intentaron obligar como veremos a la mera transposición del contenido de la escritura en el Registro con la redacción del artículo 12 LH y la del artículo 130 antes señalado.

<sup>174</sup> La doctrina clásica lo denomina así, crédito hipotecario, para referirse a la hipoteca inscrita junto a la obligación garantizada. Preferimos para este trabajo la denominación de préstamo hipotecario para la misma realidad, ya que la figura del préstamo es mucho más frecuente en la práctica cuando se trata de garantizarlo con hipoteca, es la figura normal para la compra de vivienda y es más conocida fuera del mundo jurídico.



inscripción que se hará de la hipoteca en el Registro. Afirmando que además la hipoteca no tendría existencia sin la obligación que garantiza, pues no existe la hipoteca independiente ni la hipoteca de propietario en nuestro Derecho<sup>175</sup>.

Frente a ello AMORÓS GUARDIOLA<sup>176</sup> defiende la teoría de la unidad del crédito hipotecario y la inseparabilidad entre la hipoteca y la obligación garantizada, sin distinguir entre efectos personales o *inter partes* y reales o *erga omnes* llevando al extremo la vinculación entre ambos.

La DGRN ha mantenido esa consideración unitaria de la hipoteca junto al préstamo garantizado, entre otras, en Resolución de 20 de mayo de 1987 (BOE de 25 de junio de 1987), afirmando que *«junto al contenido típico del derecho real de hipoteca, se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante y correlativas facultades a favor del acreedor hipotecario, que tienen como pretensión constituir una situación jurídica unitaria de naturaleza real, que reclama la inscripción en su totalidad»*, pero esta afirmación se matiza diciendo que será necesario un examen minucioso del contrato de préstamo para depurarlo de aquellos elementos carentes de los requisitos estructurales necesarios para modificar el derecho de propiedad del inmueble afecto, o de los que traspasen los límites establecidos a la autonomía de la voluntad. Ese análisis depurativo y minucioso, no es otra cosa que la calificación registral.

También como característica propia del préstamo hipotecario se encuentran los sujetos de la relación jurídica, ya que no coinciden necesariamente los del contrato de préstamo con los de la hipoteca. El prestamista y acreedor hipotecario sí que coincidirán teniendo en cuenta el carácter accesorio de la hipoteca respecto del préstamo. Pero el prestatario puede ser quien hipoteque la finca a favor del prestamista dando lugar a la figura del deudor hipotecario, o bien, puede ser un tercero quien hipoteque su finca en garantía de la devolución del préstamo por el prestatario, dando lugar a la figura del hipotecante no deudor<sup>177</sup>. A su vez, teniendo en cuenta que la finca puede transmitirse con

---

<sup>175</sup> ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L. «Accesoriedad y causalidad, como notas de la hipoteca en nuestro Derecho», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Díez Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 3501-3520, señala que la accesoriedad de la hipoteca ha sido considerada como una de las notas típicas de la hipoteca, entendiéndose ésta como algo accesorio del crédito garantizado que sería el elemento principal.

<sup>176</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M., *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

<sup>177</sup> En la práctica vemos con excesiva frecuencia el supuesto en el que los padres, hipotecan su vivienda habitual en garantía de un préstamo concedido a sus hijos, o a un hijo y su mujer o marido. En estos casos, la existencia de cláusulas abusivas es aún más escandalosa puesto que produce como efecto en no pocos casos, la pérdida de la vivienda de aquellos que ni siquiera habían recibido prestación alguna del acreedor ejecutante de la hipoteca.

posterioridad subsistiendo la hipoteca como carga, nos encontraremos con la figura del tercer poseedor de la finca hipotecada, si el adquirente de la finca hipotecada no se subroga en la obligación principal, el préstamo. El juego de estos distintos intervinientes está específicamente regulado en nuestra legislación, para proteger los intereses de los terceros que adquieren derechos sobre la finca, de manera que puedan en todo momento saber hasta dónde se extiende la responsabilidad sobre la misma<sup>178</sup>.

Como hemos dicho, la figura del préstamo hipotecario habrá que estudiarla sabiendo que tiene una entidad propia, distinta del préstamo y la hipoteca considerados por separado, teniendo un marcado carácter real. Especialidad que viene dada por su acceso al Registro, junto con las circunstancias propias del derecho real de hipoteca, de aquellas necesarias cláusulas del préstamo garantizado que adquirirán un carácter real al inscribirse y que sirven para perfilar la obligación garantizada, como hacen por ejemplo parte de las llamadas cláusulas financieras del préstamo.

Ahora bien, no todo lo que se incluya en el contrato de préstamo deberá acceder al Registro, sino que será la calificación la que deba hacer ese examen minucioso de lo que devendrá el contenido del préstamo hipotecario. Y en esa calificación deberá tenerse en cuenta, sin duda, las normas sobre prohibición de cláusulas abusivas.

Una dificultad añadida a la calificación en los préstamos hipotecarios es la tendencia en la práctica a introducir toda una serie de cláusulas que por su contenido nada tiene que ver con el objeto del préstamo o la hipoteca. En principio el contenido del préstamo se referirá al importe de la cantidad prestada, el plazo y los intereses a pagar<sup>179</sup>. Sin embargo la tendencia es a añadir otras muchas cláusulas y pactos que son ajenos a la propia hipoteca y al préstamo. Así, como ejemplos que más adelante comentaremos, se encuentran obligaciones personales de contratar otros productos financieros diferentes, de aportar documentación periódica sobre el estado de solvencia del deudor, contratación de tarjetas de crédito, seguros de vida, etc. en los que aparece como beneficiaria la propia entidad de crédito. Gran parte de estas obligaciones extrañas se pretenden que también

---

<sup>178</sup> Como ejemplo el artículo 112 de la LH que señala hasta donde se extiende la hipoteca si la finca hipotecada ha pasado a un tercer poseedor, sin extenderse por ejemplo a las mejoras costeadas por el nuevo dueño.

<sup>179</sup> Como hemos señalado, el préstamo hipotecario supone que el prestamista presta una determinada cantidad de dinero al prestatario, que debe devolverla en un plazo y con unas condiciones determinadas. Entre esas condiciones está el pago de unos intereses, que suponen el precio a pagar por tener la disposición de esa suma de dinero durante un plazo determinado. Así afirma la doctrina, que el interés consiste en una fracción del género prestado por unidad de tiempo de duración del propio préstamo, destacando la ecuación del plazo/interés que es esencial en este tipo de contrato. *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, tomo II, vol. 1º.

accedan al Registro, para dotárseles de la eficacia propia del mismo, y su incumplimiento se incorpora además, como posible causa de vencimiento anticipado del préstamo.

A lo largo del presente trabajo estudiaremos las diferentes cláusulas de los préstamos hipotecarios que pretenden su acceso al Registro y que, sin embargo, no deben acceder al mismo y comprobaremos que no sólo se trata de cláusulas relativas a la obligación garantizada o a la conservación de la garantía, sino que son de muy diversa índole y algunas totalmente ajenas a lo que debía ser el propio préstamo hipotecario, como las obligaciones arriba mencionadas, prohibiciones de disponer u otras garantías reales o personales distintas a la hipoteca<sup>180</sup>.

Entre esas variadas cláusulas estarían por ejemplo las cláusulas de vencimiento anticipado, que es aquel pacto añadido al contrato de préstamo en virtud del cual el acreedor se reserva la facultad de dar por vencido de manera anticipada el préstamo, sin tener que esperar a la finalización del plazo, y como consecuencia reclamar el importe de lo prestado más los intereses al deudor en caso de que se produzca alguno de los hechos o se incumpla alguna de las obligaciones de los que se hacía depender ese vencimiento. Supondría por tanto, a declararse vencido el plazo concedido la posibilidad de reclamar la cantidad prestada y, en caso de que el deudor no pague, la posibilidad añadida de exigir la ejecución de la garantía por el acreedor.

Estas cláusulas serán objeto de un estudio detenido puesto que es uno de los principales pactos en los que se incluyen cláusulas abusivas. Sin embargo podemos adelantar que el criterio tradicional de la doctrina era entender que el vencimiento anticipado del préstamo y la ejecución de la garantía sólo tenía lugar simultáneamente cuando el deudor hipotecario incumplía una cláusula del préstamo o una obligación garantizada por la hipoteca con una cifra de responsabilidad propia (principal o intereses). Sin embargo ha sido habitual en la práctica bancaria que las escrituras de hipoteca recogieran una pluralidad variadísima de cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo respecto en las que se pacta expresamente su susceptibilidad para provocar también la ejecución de la garantía hipotecaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha terminado por admitirlas en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas, no sean abusivas y respondan a una causa justa que

---

<sup>180</sup> Un interesante análisis sistemático de las cláusulas no inscribibles en los préstamos hipotecarios lo hace GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario». Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2006.

se concreta en que guarden una relación directa con la conservación u obligaciones inherentes a la finca gravada, con el derecho real de hipoteca o con su ejecución, o tengan una carácter esencial, atendiendo a la naturaleza de la obligación garantizada<sup>181</sup>.

Como contenido posible del contrato de préstamo también se suele pactar una serie de cláusulas que penalizan al prestatario que devuelve anticipadamente el préstamo, y que aunque se les denomina comisiones por amortización parcial y anticipada, en realidad no son sino intereses<sup>182</sup>. En este mismo sentido la STS de 1 de marzo de 1987 afirmaba que *«el prestamista coloca su capital con la esperanza legítima de obtener una ganancia determinada, de la cual se vería privado a voluntad del deudor, desde el instante que éste pudiera lícitamente devolverle lo prestado antes del tiempo convenido, viniendo por este hecho a hacerse desigual la condición de los contratantes...»*.

Al tratar de la calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, tendremos ocasión de analizar todas esas cláusulas (extrañas al contenido esencial del contrato) que se pretenden que tengan acceso al Registro amparadas por la oponibilidad de la hipoteca. En muchas ocasiones esas cláusulas añadidas, serían nulas por abusivas, y en otras, los criterios utilizados para rechazarlas (principios hipotecarios o normas sustantivas de un ámbito distinto al de la protección de los consumidores) han servido para rechazar cláusulas lesivas para los consumidores que carecían de norma protectora específica para ello.

---

<sup>181</sup> Vid. por todas la STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8466).

<sup>182</sup> La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, establece unos límites a esas comisiones por amortización anticipada distinguiendo si se producen antes o después del transcurso de los cinco primeros años del préstamo.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EVOLUCIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

#### 1.- INTRODUCCIÓN

Un vez que hemos estudiado la calificación como actividad del registrador, la normativa aplicable sobre protección de consumidores, en especial contra las cláusulas abusivas y la figura del préstamo hipotecario como contrato de adhesión, hemos de adentrarnos en cómo se aplica esa protección específicamente en el ámbito registral, que viene dado fundamentalmente a través de la calificación de las cláusulas abusivas.

La calificación registral de las cláusulas abusivas es una de las materias en que ha existido una mayor evolución en la aplicación del Derecho Hipotecario, ya que se ha pasado por distintas etapas muy diferenciadas, marcadas por la jurisprudencia y en especial por las resoluciones de la DGRN. De no existir norma legal al respecto, se pasó a aplicar la normativa general de defensa de los consumidores de una manera directa, posteriormente se reconoció expresamente en la LH la intervención de los registradores en la protección de los consumidores, para después intentar reducirla al mínimo, vía resoluciones y a través de la modificación del art. 12 LH por la Ley 41/2007. En la actualidad, cuando se han puesto de manifiesto las nefastas consecuencias de esa limitación a la calificación registral, se vuelve a reconocer, vía jurisprudencia y resoluciones, el papel fundamental que puede desempeñar la calificación registral en la protección de los consumidores y del mercado en general, frente a las cláusulas abusivas.

En la doctrina, tampoco es pacífica, como veremos, la consideración del papel que han de tener los registradores en la protección de los consumidores en general y en la calificación de las hipotecas en particular, aunque de manera prácticamente unánime se reconoce la importancia que la función puede desempeñar en el control de la abusividad derivado del control de legalidad genérico que les corresponde como funcionarios que han de aplicar la ley<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> A favor de ese control legal MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (coords.), Civitas, Madrid, 2002, p. 443. Por su parte, PASQUAU LIAÑO, M., «Disposición adicional

A los registradores, no se les encomendó expresamente la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, hasta 1998, en que la LCGC, redactó el artículo 258 de la LH, ordenando que no se inscribiesen cláusulas declaradas nulas por abusivas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, remitiéndose a la definición de las cláusulas abusivas que se contenía entonces en el artículo 10.2 de la Ley de Consumidores de 1984. A su vez también como consecuencia de la modificación operada por la LCGC, se introdujo en el artículo 10.6 (actual art. 84 TRLGDCU) una mención similar relativa a la facultad-obligación de los registradores de no inscribir las cláusulas abusivas en el Registro de la Propiedad. Sin embargo ambas previsiones, que fueron las primeras en reconocer esa facultad tienen algunas diferencias que más adelante analizaremos.

Los citados artículos 10 TRLGDCU y 258 LH fueron la primera previsión legal sobre la calificación registral de las cláusulas abusivas. Sin embargo, con anterioridad ya se venían calificando negativamente e impidiendo su acceso al Registro, por aplicación directa de normas civiles e hipotecarias, muchas de las cláusulas que han venido después a ser declaradas como nulas por abusivas por los Tribunales.

Se produjo un cambio fundamental con la reforma del artículo 12 LH a través de la Ley 41/2007 y la posterior doctrina de la DGRN interpretando dicho precepto. En dicha reforma se intentó reducir al máximo la calificación registral de los préstamos hipotecarios. Esa doctrina fue a su vez matizada por los tribunales en recursos interpuestos contra las resoluciones de la DGRN y finalmente, el estallido de la crisis financiera e inmobiliaria y el aumento exponencial de las ejecuciones, puso de manifiesto las nefastas consecuencias del acceso al Registro de la Propiedad de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. La STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 ECLI:EU:C:2013:164) supuso una seria advertencia de los problemas causados por la existencia de esas cláusulas abusivas y puso de relieve las carencias de nuestra legislación en esta materia al no permitir la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato una vez iniciado el procedimiento de ejecución.

Ello dio lugar a una reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria, añadiendo una nueva causa de oposición por cláusulas abusivas y a la adopción de una batería

---

primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, 2000, pp.779-782, que en apariencia se muestra contrario a la calificación del registrador de las cláusulas abusivas, reconoce esa facultad en un gran número de casos al entender que en los mismos no hay juicio contradictorio.

de medidas relativas a la contratación de préstamos hipotecarios (Ley 1/2013), con las que se pretendía subsanar los efectos perjudiciales que se habían producido, por la relación en el control de las cláusulas abusivas entre otras razones, por las limitaciones impuestas a la calificación registral. El estudio de la evolución en esta materia es importante, porque, no sólo se ha tratado de cuestionar el alcance de la calificación de las cláusulas abusivas, sino la misma posibilidad de llevarla a cabo y, en definitiva, la propia esencia de la calificación. Además nos ayudará a comprender de una manera global el problema existente en la actualidad con relación a las cláusulas abusivas y arrojar algo de luz sobre las posibles soluciones para ello.

Para ello creo necesario distinguir las diferentes etapas por las que ha atravesado la calificación de las cláusulas abusivas, fijando tres grandes etapas: desde la promulgación de la LGDCU hasta la LCGC en 1998, desde ésta hasta la Ley 41/2007 y desde dicha ley hasta la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 ECLI:EU:C:2013:164) y por último la etapa actual que se abre desde la promulgación de dicha Sentencia.

## 2.- PRIMERA ETAPA: LA CALIFICACIÓN EN LA LGDCU Y LA PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES

### 2.1. *El control preventivo de notarios y registradores*

En el impulso dado por la Unión Europea a la protección de los consumidores y usuarios cuando estos contratan con los profesionales, podemos distinguir entre una protección previa a la conclusión del contrato y otra posterior. Así se hace en las diversas normas que sobre la materia se han dictado en el ámbito de la Unión y en los planes quinquenales de protección de consumidores que se han comentado más arriba. En estos instrumentos se señalan dos posibles medios de protección de los consumidores: una protección extrajudicial que se produce a través de mecanismos de seguridad cautelar o preventiva, seguridad «*ex ante*», y los mecanismos de resarcimiento y de resolución «*ex post*», que se producen fundamentalmente mediante resoluciones de los juzgados y tribunales que se dictan en ejercicio de las correspondientes acciones judiciales<sup>184</sup> ya sean

---

<sup>184</sup> Entre los medios de resolución extrajudicial de conflictos, aunque puede producirse una vez ya aparecida la controversia, hay que incluir el arbitraje y la mediación de consumo. Sería un medio «*ex ante*» o «*río arriba*», por cuanto evita la necesidad de intervención de los tribunales y se pacta en el momento inicial del



individuales o colectivas. En el lenguaje comunitario se utiliza la gráfica expresión de protección «río arriba» para referirse a los medios de protección anteriores a la producción del daño o abuso y «río abajo» para los medios de resarcimiento una vez producido aquel.

Entre los mecanismos de seguridad cautelar o «río arriba» que protegen los intereses de los consumidores antes de que se produzca el perjuicio tienen una gran importancia los profesionales que en nuestro país integran la llamada seguridad jurídica preventiva, con la finalidad de evitar la existencia de procedimientos judiciales: los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles. Ambas profesiones permiten ese control de abusividad previo o cautelar a través de la no inclusión de cláusulas abusivas en los contratos en escrituras públicas autorizadas por los notarios, o la calificación negativa por el registrador de dichas cláusulas que a pesar de ello se pudieran haber incorporado finalmente a los contratos. En el Derecho español en concreto este control vendría determinado por la aplicación del artículo 51 CE, los arts. 18 y 258.2 LH y 147 RN y las restantes normas de nuestro ordenamiento que establecen esa protección a los consumidores y entre los que no cabe olvidar las propias normas comunitarias que deben ser aplicadas por estos profesionales oficiales<sup>185</sup> en el ejercicio de sus respectivas funciones y como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad.

Respecto del control «río arriba» en nuestro Derecho, vamos a referirnos al control registral por ser el objeto de este trabajo y porque consideramos que es el que tiene una auténtica eficacia, porque la mayor independencia que tiene el registrador respecto de las partes del contrato le permite ejercer un verdadero control objetivo que los notarios muchas veces no pueden realizar por la presión a que se ven sometidos por los predisponentes: en estos casos el contrato se suscribe formalmente ante el notario que actúa como fedatario público, pero que no ha intervenido en la redacción del contenido del mismo,

---

contrato. Sobre este punto véase MATEO Y VILLA, I., «De la cláusula arbitral en materia de consumo», en *RCDI*, N° 723, 2011, p. 79-137. Sobre el arbitraje y la mediación como medios de resolución de controversias relativas a cláusulas abusivas hablaremos más adelante en este mismo trabajo. Véase también DEL REY BARBA, S., «¿Es posible el arbitraje hipotecario?», en *RCDI*, N° 758, 2016, pp. 3177-3192.

<sup>185</sup> Se denomina así por la doctrina a estas funciones por su doble carácter de funcionarios públicos y profesionales del derecho. Si bien en los notarios pesa más quizá el carácter privado, como defensores de parte (sus clientes) y estando en régimen de libertad de elección, mientras que en los registradores pesa más el carácter de funcionario público, ejerciendo una labor calificadora independiente e imparcial y en cuya actividad rige el principio de competencia territorial. La STS, 3ª, Sección 6ª, de 24 de febrero de 2000 (ROJ: STS 1407/2000 - ECLI:ES:TS:2000:1407), señala literalmente que «*los registradores de la propiedad desempeñan una función pública y no una función privada a título personal*»

de manera que el control notarial de las cláusulas abusivas es en la mayoría de las ocasiones inexistente o, al menos, muy difícil<sup>186</sup>.

Como queda dicho más arriba, ese control registral de las cláusulas abusivas tiene una manifestación fundamental en los préstamos hipotecarios, teniendo en cuenta el carácter de la hipoteca como derecho real, y el hecho de que los préstamos hipotecarios en la actualidad se conciertan mediante contratos con condiciones generales que se imponen a los prestatarios e hipotecantes.

La calificación del registrador de acuerdo con el artículo 18 de la LH exige que se realice una labor de control de legalidad de los documentos que se le presentan. Control que no sólo se refiere a las formas de los documentos sino también a la validez de los actos, validez que puede verse afectada por la existencia de cláusulas abusivas.

Si en ese concreto negocio inmobiliario del que surge un derecho o titularidad que pretende acceder al Registro existe una cláusula abusiva surgen las cuestiones fundamentales de este trabajo:

¿Puede el registrador denegar la inscripción de dicha cláusula basándose exclusivamente en ese carácter abusivo?; y por otro lado, ¿cuándo puede considerar acreditado ese carácter abusivo en una determinada cláusula, de acuerdo con la definición y regulación de las mismas que se establece en nuestro ordenamiento?

Sin duda las normas de protección de consumidores hasta ahora examinadas forman parte del ordenamiento jurídico que el registrador deberá tener en cuenta para calificar conforme al principio de legalidad. Pero, ¿puede apreciar el registrador la abusividad de una determinada cláusula y como consecuencia de ello, denegar su inscripción en el Registro de la Propiedad?

## 2.2. Inicios de la protección registral de los consumidores.

Hay que tener en cuenta, que la protección de la parte débil del contrato en el mercado no se inicia con la promulgación de normas concretas, sino que son el resultado de una evolución en la que la práctica pone de manifiesto la necesidad de esa protección.

---

<sup>186</sup> En este sentido *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J: «El control de las condiciones imprecisas y abusivas en el ámbito registral» en *RCDI*, núm. 168, septiembre-octubre de 1993, p.1423. Afirma este autor lo que después se ha visto corroborado por la práctica; «*La mayor independencia del Registrador le permite ejercer un control verdadero que el Notario muchas veces no puede realizar por la presión a que se ve sometido por parte de los predisponentes (el contrato formalmente se suscribe entre las partes contratantes, si bien su contenido es impuesto por una de las partes sin una intervención directa del Notario, que sólo actúa como fedatario público)*».

En el caso de los consumidores y usuarios, la protección de sus intereses se encontraba ya en numerosas normas de nuestro ordenamiento, no referidas exclusivamente a la figura del consumidor, pero sí a la parte débil del contrato o aquella contra la cual se pretendía cometer un abuso contrario a derecho. Los Códigos decimonónicos son un claro ejemplo de estas normas de protección, que pretendían a través de disposiciones concretas que se consiguiera una cierta igualdad entre las partes al contratar. Por ello mediante la aplicación de esas normas se obtenía de una manera general la protección de los intereses de los consumidores como parte débil, aunque no fueran normas específicamente dictadas con ese fin.

Como señala DÍAZ FRAILE<sup>187</sup> los principios consumeristas se localizaban ya en estado gestante en los principios e instituciones del Derecho contractual clásico, estos principios son, entre otros, el deber de comportarse de buena fe, la proscripción del abuso del derecho, la necesidad de equivalencia de las prestaciones, la prohibición del enriquecimiento injusto, el sistema de la atribución objetiva de la carga de la prueba, la proscripción de las limitaciones a la libre circulación de los bienes, la prohibición de la resolución unilateral del contrato de forma discrecional, etc. Y ello no sólo como valores abstractos o principios generales del Derecho, sino incluso bajo una clara formulación positiva, tanto en el Código Civil como en la Ley Hipotecaria, con preceptos concretos que venían a recogerlos (arts. 7, 1256, 1258 CC o arts. 26 y 27 LH).

Por lo que respecta a la protección registral de los consumidores hay quien ha defendido que hoy día el Registro de la Propiedad tiene como uno de sus objetivos la protección del consumidor<sup>188</sup> a través de la calificación registral, lo que sin duda es una realidad exigida por la sociedad actual y también quien afirma que el Derecho hipotecario y el Registro como institución, ya defendían al propio consumidor antes incluso de que éste tuviera conciencia de su carácter de tal<sup>189</sup>.

Pero con independencia de estas concepciones sobre el Derecho hipotecario y la protección de los consumidores, lo que resulta claro es que estas coincidencias entre el

---

<sup>187</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., «La ejecución de la hipoteca tras la sentencia del tribunal de justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013: el control de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución», Jornadas de Barcelona, 4 de abril de 2013, en *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, N° 171, 2013, p. 127.

<sup>188</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González: Su vigencia actual» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 69, N° 619, 1993 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Jerónimo González), pp. 1853-1902. Especialmente con ocasión de la aparición del artículo 51 de la CE y su posterior desarrollo por la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984.

<sup>189</sup> LÓPEZ MEDEL, J., «El derecho a la información registral...» *op. cit.*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000, pp. 1775-ss. Si bien con la diferencia fundamental de que el Registro no hace distinciones, los usuarios del registro son también consumidores inmobiliarios.

Derecho civil e hipotecario y el Derecho de consumo no son casuales. En nuestro Ordenamiento, el Derecho de consumo surge como consecuencia de la evolución de los postulados modernos que tienden a proteger a la parte débil del contrato y por tanto no constituye en origen una disciplina autónoma o independiente. Las distintas normas, comenzando por nuestra Constitución, que acogen la protección del consumidor lo hacen partiendo de su posicionamiento en los distintos contratos en que interviene: como comprador, arrendatario, prestatario, etc.. y esta protección se hace sin extraerlo de las relaciones jurídicas en que interviene. Aún cuando no existía una regulación concreta dedicada a la protección de los consumidores, éstos venían siendo protegidos en la calificación registral aplicando las normas positivas donde se encontraban todos esos principios señalados (arts. 7, 1256 y 1258 CC, etc.) que si bien trataban de conseguir la igualdad efectiva de las partes del contrato, serán aún más necesarios cuando aparezca la contratación en masa y con ella la necesidad de protección del consumidor.

Además muchos de estos principios, venían configurados para el ámbito registral por el enunciado de los principios hipotecarios y las normas de la LH de los que se abstraen los mismos (principio de especialidad en los arts. 9 LH y 51 RH, principio de legitimación en los arts. 38 y 97 LH, o la prohibición de limitar la libre circulación de los bienes que derivaría de los artículos 26 y 27 LH, etc.). En este sentido el propio Tribunal Supremo afirmaba en la STS de 18 de marzo de 1995 (STS 1631/1995 - ECLI: ES:TS:1995:1631), que la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios no es excluyente ni acaparadora de la protección de los derechos de estos y así declara en su art. 7 la primacía de los preceptos sustantivos civiles y mercantiles aplicables al caso, añadiendo que *«al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad además de las normas civiles y mercantiles, con lo cual estas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas»*.

La posterior existencia de normas concretas para la protección de los consumidores, podría haber servido para que a los fundamentos de derecho que ya existían en la calificación registral se añadiera, para la calificación de aquellas cláusulas que supusieran abuso o perjuicio para el consumidor, un nuevo fundamento jurídico reflejado en los preceptos de la LGDCU o incluso la invocación del artículo 51 de la CE. Sin embargo no resultó tan sencillo.

Publicada la LGDCU de 1984 que en su artículo 10.4<sup>190</sup> consideraba de modo imperativo nulas las cláusulas abusivas se planteó en la doctrina si el registrador debía o no tener en cuenta dicha norma en la calificación. Fueron muchos los autores<sup>191</sup> que se pronunciaron a favor de esa aplicación de la ley para calificar negativamente las cláusulas abusivas de los contratos e impedir su acceso al Registro, fundando dicha calificación en el art. 10 de la LGDCU y su relación con el 51 CE.

Sin embargo, también hubo quien se manifestó en contra de esa posibilidad de calificación por el registrador de las cláusulas abusivas, atendiendo fundamentalmente a la falta de datos o medios del registrador para apreciar la abusividad de la cláusula<sup>192</sup>.

La DGRN, tras la publicación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, asumió en parte la posibilidad de una cierta calificación de una cláusula como abusiva por parte del registrador. Así lo hizo en la Resolución de 7 de septiembre de 1988 (BOE de 22 de septiembre de 1988) en materia de variabilidad de intereses en préstamos hipo-

---

<sup>190</sup> Cuyo texto originario definía las cláusulas abusivas como: «*las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios*» y cuya sanción se recogía en el número cuatro diciendo que: «*Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo*».

<sup>191</sup> Así podemos citar entre otros: ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «El control de las condiciones generales merecidas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, 1993, p.1477; GARCÍA GARCÍA, J. M., «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610, 1992, p. 1338; VIDAL FRANCÉS, P., «Comentario a Resoluciones de la DGRN. Compraventa con condición resolutoria. Sobre aplicación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios. Facultades de calificación del Registrador (Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991)», en *RCDI*, núm. 608, 1992, p. 192; AMORÓS GUARDIOLA, M., «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», en *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 923; DÍAZ FRAILE, J. M., «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», *RCDI*, 1994, núm. 622, pp. 1023-1036; MANZANO SOLANO, A., «La inscripción del *leasing* sobre inmuebles el Registro de la Propiedad», *Jornadas sobre leasing de inmuebles (Madrid 27 y 28 de noviembre de 1989)*, Consejo General del Notariado, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1990, p. 234; GUILARTE ZAPATERO, V. «Pactos en la hipoteca mobiliaria», en *Tratado de las garantías en la legislación mercantil* (U. Nieto Carol, coord.). T.II (Garantías reales), vol.2 (Garantías inmobiliarias), Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid 1996, p. 170. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. «La calificación registral» en *La evolución del Derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Ed. CORPME-CER. Madrid, 1997, p. 187. BALLUGERA GÓMEZ, C., «La información registral (art. 332-334 y 335)», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil (por el Real Decreto 1.867/1998, de 4 de septiembre)*, Ed. CER, Madrid, 1998, p. 287.

<sup>192</sup> Por ejemplo: REY PORTOLÉS, J.M., «La defensa de los consumidores en algunos supuestos concretos: los préstamos hipotecarios y el *leasing* inmobiliario», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 282, 1991, p. 2068. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBB*, núm. 67, julio-sept. 1997, p. 890; ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca...*, *op.cit.*, p. 99.

tecarios, en la que admitió como criterio para denegar la inscribibilidad de ciertas cláusulas el ser contrarias a la LGDCU. Sin embargo posteriormente cambió de criterio, fundamentalmente a partir de la R. de 16 de febrero y 16 de marzo de 1990<sup>193</sup> (BOE de 12 de marzo y 2 de abril de 1990), para afirmar que los limitados medios de calificación de que dispone el registrador (el título y los asientos del Registro) le impiden apreciar si determinadas cláusulas de los contratos han de considerarse abusivas conforme a la Ley de Defensa de los Consumidores. Este argumento, junto al de falta de contradicción entre las partes en el procedimiento registral, serán los que repita siempre al plantearse la aplicación de normativa de defensa de consumidores y en concreto la existencia o no de cláusulas abusivas.

Así lo hizo en diversas resoluciones como las de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 (BOE de 2 de marzo de 1990), criterio abundantemente reiterado con posterioridad. Las resoluciones citadas, al igual que otras posteriores que las confirman como las de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 (BOE de 18 y 23 de diciembre de 1991); la de 4 de mayo de 1992 (BOE de 9 de junio de 1992), y otras de junio y julio de 1992, que resuelven una serie de supuestos prácticos muy similares entre sí, consistentes básicamente en la celebración de contratos de compraventa realizados en serie por una misma entidad con condición resolutoria en garantía del precio aplazado.

En 1992, dentro de las conclusiones del IX Congreso Internacional de Derecho registral (Torremolinos, mayo de 1992) se destacaba el papel de los registros de derechos inmobiliarios en la protección de los consumidores, en cuanto adquirentes de inmuebles y derechos reales inmobiliarios y se afirmaba expresamente en sus conclusiones<sup>194</sup> que *«El Registro Jurídico Inmobiliario, como institución específicamente destinada a dotar de publicidad al tráfico de inmuebles, tiene especial importancia en la protección jurídica del consumidor, en cuanto a adquirente de dichos bienes y de derechos reales sobre los mismos. Por tanto, los principios contenidos en la Carta de Buenos Aires y las recomendaciones del VIII Congreso Internacional sobre información y orientación registral sirven, también, para la tutela jurídica de los consumidores. En este sentido, la califica-*

---

<sup>193</sup> Un certero análisis sobre la importancia de estas resoluciones como reflejo de la posición de la DGRN en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Cláusulas de interés variable en las hipotecas (Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero y 16 de marzo de 1990)», en *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991, pp. 1129-1135.

<sup>194</sup> <http://ipra-cinder.info/congresos-cinder/congresos-antiores-2/ix-congreso-de-torremolinos/>. (Fecha de consulta: 25/08/2017).



*ción de tales aspectos sobre la validez del negocio inscribible, cuando aquella corresponda al registrador según cada legislación nacional, debe tener en cuenta las normas imperativas sobre derechos de los consumidores».*

También podemos señalar otras resoluciones que aunque se dictaron después de la reforma del TRLGDCU por la LCGC de 1998, las notas de calificación se pusieron con anterioridad a dicha reforma aplicando el artículo 10: resolución de 25 de julio de 1998 (BOE de 19 de agosto de 1998), 20 de mayo de 2000 (BOE de 23 de junio de 2000), 12, 13, 14 y 17 de junio de 2000 (BOE de 27 y 31 de julio y de 29 de septiembre de 2000), de 4, 5, 6, 7, 10, 11, y 20 de julio de 2000 (BOE de 15 de agosto de 2000), 28 de septiembre de 2000 (BOE de 27 de noviembre de 2000), 13 de marzo de 2001 (BOE de 18 de abril de 2001) y 5 y 9 de abril de 2001 (BOE de 6 de junio de 2001), entre otras.

En estos casos la Dirección General no permitió que el registrador calificase negativamente dichas cláusulas abusivas para evitar su acceso al Registro de la Propiedad. Por el contrario consideró que los registradores no pueden, basándose en el artículo 10 LDCU, reputar como nulas por abusivas dichas cláusulas, porque los medios de calificación de que goza el registrador conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, (documento y asientos del registro) son limitados, y además, porque al no haber contención entre las partes no se cumple el principio de *«audita parte»* en el procedimiento registral.

Aunque fuera de la calificación de las hipotecas con relación a la calificación de cláusulas abusivas en una escritura de constitución de propiedad horizontal, la Dirección General, en la Resolución de 24 de noviembre de 2003 (BOE de 29 de diciembre de 2003) admitía implícitamente que el registrador pudiera enjuiciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, pero estimaba que en el caso debatido no había tal, pues, aparte la imprecisión que supone calificar en forma tal genérica<sup>195</sup>, ni la cláusula supone un desequilibrio importante de las prestaciones (como exige el art. 10 bis 1 de la Ley) ni guarda analogía con ninguna de las cláusulas enumeradas como abusivas en la disposición adicional primera.

De todos modos es opinión común en la doctrina que en estas primeras resoluciones sobre la materia, la Dirección General no entra en profundidad en el tema de la posible calificación de las cláusulas abusivas, sino que lo resuelve de manera muy superficial,

---

<sup>195</sup> En una escritura de constitución de edificio en régimen de propiedad horizontal, el promotor se reservaba la facultad de instalar rótulos y antenas en la cubierta. La registradora rechazó la inscripción, entre otros defectos, por estimar que la reserva «es abusiva, conforme al art. 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios».



aunque hay que tener en cuenta que en muchas de las notas de calificación en las que se alegaba el artículo 10 de la LGDCU, tampoco se especificaba con claridad los argumentos para apoyar la calificación en dicha norma<sup>196</sup>.

De esta primera etapa, anterior a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, resulta que los registradores no podían calificar la abusividad de una determinada cláusula de un contrato basándose en el artículo 10 LGDCU, sino que, la nulidad y no aplicación de las mismas sólo podría llevarse a cabo por el juez nacional ante el que se hubiera ejercitado la correspondiente acción de nulidad o en su caso la acción colectiva. Sin embargo, como veremos, se conseguían resultados equivalentes mediante la aplicación, al calificar, de las normas tanto civiles como hipotecarias.

### 3.- SEGUNDA ETAPA: LA DIRECTIVA 93/13 Y LA LCGC

#### 3.1. Nuevas normas para la calificación.

Con la promulgación de la Directiva 93/13/CE el 5 de abril de 1993, nos encontramos por primera vez con una norma en materia de protección de consumidores que prevé una aplicación horizontal de la protección y por tanto exigible entre particulares y no sólo frente al Estado (siempre que hubiese una norma interna que la traspusiese), aplicable además a todo tipo de sectores, entre los que sin duda se encuentran la contratación inmobiliaria y el sector financiero y que afecta directamente a las operaciones de préstamos hipotecarios.

Esta Directiva establecía como límite para su trasposición al ordenamiento interno el 31 de diciembre de 1994, fecha que dejó transcurrir el Estado español. La trasposición no se realizó hasta la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Entre tanto no se produjo la trasposición obligatoria no pudo aplicarse en España el contenido de la misma al menos en las relaciones entre particulares. El efecto directo de los Reglamentos está reconocido por la jurisprudencia del TSJUE en diversas sentencias como la Sentencia *Simmenthal*, incluida una eficacia no sólo vertical (entre el

---

<sup>196</sup> Así por ejemplo en la Resolución de 16 de marzo de 1990 (BOE de 2 de abril de 1990), la registradora en la nota de calificación añadía como fundamento jurídico para denegar una cláusula de interés variable «por ser contraria al artículo 10 de la LGDCU». Con buen criterio el recurrente argumentaba generalidad en la cita de ese fundamento jurídico, ya que se trataba del artículo más extenso de toda la ley, y no especificaba la registradora en su nota en qué sentido se oponía la cláusula a dicho artículo. La DGRN, con buen criterio en este caso, dice que de modo general una cláusula de interés variable no es perjudicial para los consumidores, porque si fuera así, se les estaría obligando a contratar siempre préstamos a interés fijo.

Estado y los particulares) sino también horizontal (exigibilidad entre particulares) en la Sentencia *Marshall*. Sin embargo, con relación a las Directivas la eficacia directa de las mismas únicamente se haya reconocida en sentido vertical, de los particulares frente al Estado (Sentencia *Ratti*, 5 de abril de 1979) siempre que las disposiciones de la Directiva sean incondicionales, lo suficientemente claras y precisas, y no hayan sido objeto de transposición en los plazos previstos por la misma (*vid.* Sentencia del 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*). En consecuencia la falta de trasposición en el Derecho español de la Directiva de 1993, dado que su ámbito de aplicación está referido a la contratación en masa entre empresarios y consumidores, no fue directamente invocable en las relaciones entre los mismos hasta la entrada en vigor de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril.

Por lo que respecta a la regulación sobre cláusulas abusivas, la Directiva citada en sus artículos 7 y 8<sup>197</sup> se refiere a los medios de protección que deberían establecerse por los Estados miembros, sin perjuicio de que estos podían ampliar y fortalecer esas medidas de control. De acuerdo con ello se regularon las distintas acciones individuales y colectivas -cesación, retractación y declarativa de condiciones generales- de su artículo 12, pero también conllevó como queda dicho la modificación del TRLGDCU, que en su artículo 10, apartado 6, estableció una norma específica del control extrajudicial de las mismas afirmando que «*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*» y la modificación también de la LH en distintos preceptos, quedando el art. 258 LH redactado de la siguiente manera: «*El registrador denegará la inscripción de aquellas*

---

<sup>197</sup> Estos artículos de la Directiva 93/13 establecen lo siguiente:

Artículo 7. «1. *Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.*

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

3. *Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares».*

Artículo 8 «*Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*».

*cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Para un adecuado análisis de la materia añadiremos que en dicho párrafo segundo se establece que «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas, integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato»<sup>198</sup>. De estos dos artículos resultaba ya una clara atribución a los notarios y registradores de facultades de control de las cláusulas abusivas que pudieran contener los contratos. Y parecía clara la intencionalidad de la ley en cuanto a la finalidad de control previo -la protección «río arriba» de que hablábamos antes- que se le atribuía a estos profesionales. Aunque debemos señalar aquí una diferencia que puede parecer de matiz pero que es importante, el art. 10 (posteriormente el art. 84 del TRLGDCU) habla de que los registradores no inscribirán los contratos mientras que el art. 258 LH es más preciso*

---

<sup>198</sup> El texto final que se aprobó respecto de estos artículos difiere del que se discutió inicialmente. En la tramitación parlamentaria de lo que se convirtió en la ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, el proyecto de ley presentado por el Gobierno, el artículo 10.6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios iba a tener la siguiente redacción:

*“Los registradores de la propiedad y mercantiles calificarán bajo su responsabilidad el carácter abusivo de las cláusulas que afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles, denegando su inscripción, sin perjuicio de los recursos judicial o gubernativos, regulados por la legislación hipotecaria que pudieran interponerse”*

Y, según el mismo proyecto de ley, el artículo 258 de la Ley Hipotecaria iba a quedar redactado del siguiente modo *“El registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas que sean nulas de conformidad con la legislación sobre condiciones generales y en aplicación del artículo 10 bis de la ley General de defensa de consumidores y usuarios”*.

El grupo parlamentario de Izquierda unida sí apoyó el proyecto de ley en cuanto a la calificación registral de las cláusulas abusivas diciendo que *“Es ridículo obligar a los consumidores al gasto que supone acudir a los tribunales y contribuir al colapso de éstos cuando el trámite judicial puede evitarse con la denegación de inscripción”*.

Sin embargo otros grupos políticos impulsados por presiones de quienes no estaban interesados en que se calificasen las cláusulas abusivas, se opusieron a esa redacción, considerando esta medida como un fortalecimiento de la función registral, alegando que se le daban funciones cuasi-jurisdiccionales. Con lo cual, al cambiar la expresión de «cláusulas que sean nulas» por la de «cláusulas declaradas nulas», se consiguió que el registrador no pudiera calificar ni apreciar por sí mismo la nulidad de una cláusula, como condición intrínseca de la misma, y sino solo comprobar si ha sido declarada nula (por los órganos judiciales).

al hablar de no inscripción de cláusulas. La previsión del artículo 258 es mucho más precisa puesto que la denegación de las cláusulas por abusivas es a lo que daría lugar su consideración como tal, ya que dicha nulidad como recogía ya la propia LGDCU no produce la nulidad del contrato.

Sin embargo, en la interpretación de estos artículos se produjeron dos diferentes posiciones, los que consideraban que únicamente los registradores podrían calificar como cláusulas abusivas las que previamente hubieran sido así consideradas por un juez en sentencia que declarare su nulidad y se inscribiese en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCGC) siguiendo la literalidad estricta de la norma y que sería la tesis restrictiva defendida por autores como ABRIL CAMPOY, MARCO MOLINA o GARCÍA-VALDECASAS ALEX<sup>199</sup>. PASQUAU<sup>200</sup>, por su parte negaba tal posibilidad tanto al registrador como al juez, considerando que el problema de la apreciación de oficio por el juez de una cláusula abusiva, así como el relativo a su calificación como tal por el registrador, debían afrontarse y resolverse de la misma forma, manifestando serias dudas sobre lo adecuado de una solución u otra. Con relación al juez se posesionaba en contra de que pudiese declare de oficio una cláusula abusiva como nula atendiendo al principio de contradicción y de audiencia de parte, de manera que cómo podría declararse nula una cláusulas que el profesional hubiera tenido la oportunidad procesal suficiente de defender su validez. Con relación a los registradores, afirmaba que la calificación de una cláusula como abusiva revestía *«un grado de complejidad valorativa que no cabe, ni funcional ni conceptualmente en los estrechos márgenes de la calificación registral»*. Y CARRASCO<sup>201</sup>, afirmaba tajantemente que el carácter abusivo de las cláusulas contractuales es cuestión que «no compete» al registrador.

---

<sup>199</sup> ABRIL CAMPOY, J.M. «Comentarios a los artículos 11 y 13 de la LCGC», en ARROYO, I. Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 115.

MARCO MOLINA, J. «La modificación por la nueva LCGC del sistema de publicidad formal en el Registro de la Propiedad», en ESPIAU ESPIAU, S. (Ed.), *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998 de 13 de abril.*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 158.

GARCÍA-VALDECASAS ALEX, F. J., «Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre condiciones generales», en *RCDI*, núm. 680, noviembre-diciembre 2003, pp. 3171-3237.

<sup>200</sup> PASQUAU LIAÑO, M. «Comentario al artículo 8 LCGC», en BERCOVITZ, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, op. cit., pp. 779 y ss. Aunque como queda señalado ante, este mismo autor reconoce numerosos supuestos en que el registrador si puede denegar la cláusula al no existir falta de contención entre las partes sino resultar de aplicación directa de la ley la abusividad de la cláusula.

<sup>201</sup> Tanto Carrasco como Pasquau moderaron sus afirmaciones tras el cambio de tendencia que se produjo a partir de la jurisprudencia comunitaria y entre otras de la Resolución de 1 de octubre de 2010 (BOE de 8

Por otro lado nos encontramos con quien consideraba que habría que calificar como cláusulas abusivas aquellas que efectivamente fueran nulas por contravenir la normativa (en este caso de defensa de consumidores y usuarios), de manera que no sería necesaria dicha sentencia previa ni la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en aquellos casos en los que el carácter abusivo pudiera apreciarse o inferirse directamente al ser uno de los supuestos de la lista negra de la disposición adicional introducida en el TRLGDCU a que se remitía el propio artículo 10 bis. Esta segunda posición doctrinal amplia con autores como GARCÍA GARCÍA, GALLEGO DOMÍNGUEZ, BALLUGERA, ALBIEZ DOHRMANN o BUSTO LAGO<sup>202</sup>, afirmaba que de no ser así, se estaría conculcando el principio de calificación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en virtud del cual los registradores deben calificar bajo su responsabilidad la legalidad y la validez de los actos dispositivos cuya inscripción se pretenda. En concreto GARCÍA GARCÍA<sup>203</sup> señalaba que la expresión o el límite de calificar con lo que resulte de los documentos presentados que utiliza el artículo 18 de la LH «no significa límite en la aplicación de las Leyes, sino aplicación de las Leyes en relación con un determinado documento y no respecto de otro» y por lo tanto significa prescindir de pruebas extrínsecas y atenerse a la literalidad del documento presentado. Por lo que si de acuerdo con la literalidad del documento y con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, resultaba claramente que una de las cláusulas era abusiva por ser una de las de la lista negra, debería denegarse la misma. Más recientemente, CASTRO VÍTORES<sup>204</sup>, reflexiona basándose en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que si bien es cierto que el registrador no es juez, si hay una nulidad por contravención de la ley y el

---

de noviembre de 2010), Para examinar en general toda esta temática incluyendo la evolución del pensamiento de Carrasco Perera vid. MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 151-ss.

<sup>202</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M. defiende esta posición en su «Código de legislación hipotecaria...», Tomo I, Séptima edición, *op. cit.* al comentar el artículo 258 LH, pp. 431-433.

En este mismo sentido se han pronunciado otros autores como GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad», *Anales de la Cátedra Bienvenido Oliver de derecho registral / Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales*, Universidad de Córdoba, Vol. 1, 2010, pp. 253-310; BALLUGERA GÓMEZ, C., «La información registral», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil (por Real Decreto 1.867/1998, de 4 de septiembre)*. Ed. CER. Madrid, 1998, p. 287; ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «El control de las condiciones imprecisas...», *op.cit.*, p.1437; BUSTO LAGO, J.M. «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *RCDI*, núm. 667, pp. 1955-1957.

<sup>203</sup> GARCÍA GARCÍA, J. M., « La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», *op cit.*, pp. 1335-1336.

<sup>204</sup> CASTRO VÍTORES, G., «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», en *RCDI*, N° 746, noviembre-diciembre 2014, pp. 2827-2862.

registrador la aprecia, aunque no haya recaído sentencia el registrador no tiene más remedio que denegar la inscripción. Afirma en este sentido que «el acto nulo no debe producir efecto, y el registrador es un funcionario suficientemente preparado para valorar prudentemente, en muchas ocasiones esta circunstancia».

MIQUEL, afirma que la ignorancia de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho dio también lugar al «desgraciado» artículo 84 del TRLGDCU, antiguo art. 10.6. Señala que es nefasto si es artículo se lee a contrario, pues no sólo las cláusulas 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, sino todas las que sean nulas.

Considera que junto a los debates parlamentarios (en los que se acusó a los registradores de *lobby* que quería obtener más poder) en la nefasta interpretación (y redacción) del artículo 84 la Exposición de Motivos de la ley cuando dice en su apartado IV que «*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 señala que hay que tener en cuenta que ese texto de la exposición de motivos se refiere al control abstracto de las condiciones generales que sólo puede corresponder a los tribunales a diferencia de otros países en los que existe un control administrativo general como Reino Unido o Francia. Por último critica también el informe que en su día hizo el Consejo de Estado en lo relacionado a la posibilidad de calificar los registradores las cláusulas abusivas y afirma que no cabe argüir que la calificación registral pondría en peligro la tutela judicial de los derechos, porque en ningún caso cierra el acceso a los tribunales, sino que la cuestión consiste en quién quiere hacerse recaer la carga de acudir a los tribunales. Si el registrador deniega la inscripción de la cláusula abusiva será el empresario (entidad de crédito en caso de las hipotecas) quien tenga que recurrir y en su caso acudir a los tribunales, pero si se pretende que se inscriba dicha cláusula se hace recaer la carga de recurrir ante los tribunales cosa que difícilmente hará. Las consecuencias de esta doctrina en el caso de la ejecución de las hipotecas ha sido nefasta<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 27, 2013-I, pp. 223 a 252.



La posición de la Dirección General, a pesar de la aprobación de la Directiva de 1993, la trasposición de la misma en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la modificación de la LGDCU y la nueva redacción del artículo 258 de la LH, no cambió, sino que siguió defendiendo la no aplicación de las normas específicas de protección de los consumidores y usuarios, como fundamento directo de una calificación registral.

Las razones para ello pueden situarse en dos factores siguiendo a DÍAZ FRAILE<sup>206</sup>:

1º La existencia de ciertos conceptos jurídicos indeterminados en la configuración del concepto de cláusula abusiva, tanto en el artículo 3 de la Directiva 93/13, como en la definición que como consecuencia de la misma se contienen en el artículo 10 bis LGDCU. Estos conceptos son los de «*desequilibrio importante de las prestaciones*» y el de «*exigencias de la buena fe*», que implican que el registrador deba hacer un juicio para el que considera la DGRN no tiene medios suficientes.

2º El hecho de que la calificación como abusiva de una cláusula pueda determinar no sólo su ineficacia, sino la de todo el contrato cuando la supresión de aquella altere el equilibrio equitativo de las prestaciones recíprocas. Considerando el Centro Directivo que ello podría conllevar una modificación de la voluntad negocial con ausencia de las partes interesadas en dicho juicio.

Esto es, de nuevo los mismos argumentos de que no son suficientes los medios de calificación y la falta de contención y audiencia de las partes en el procedimiento registral.

Así, en la resolución de 19 de abril de 2006 (BOE de 30 de mayo de 2006)<sup>207</sup>, en la que la nota de calificación del registrador se basaba en la normativa sobre consumidores y sobre condiciones generales, la DGRN afirmaba que «*el registrador deniega el acceso al registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la*

---

<sup>206</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., «La ejecución de la hipoteca tras la sentencia del tribunal de justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013: el control de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución», Jornadas de Barcelona, 4 de abril de 2013, en *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 164, marzo-abril de 2013, Barcelona, pp. 132-135.

<sup>207</sup> Llama la atención la afirmación del notario en el recurso que dio origen a esta Resolución: «*La cuestión no es pues si las cláusulas son nulas o válidas. Ello no debe ser el objeto de la discusión, sino si el registrador puede arrogarse la competencia de apreciar la validez o nulidad de las cláusulas, cuando la misma no ha sido cuestionada por las partes judicialmente. Por consiguiente, en nuestro caso, el Registrador incurre en una clara extralimitación de sus competencias, e invade lo que, constitucional y legalmente, está reservado a los Tribunales de Justicia. Es importante subrayar aquí que de lo que en este Fundamento de Derecho se trata es de combatir el intento de los Registradores, en cuanto funcionarios, de invadir la esfera competencial de los Jueces y Magistrados, hasta tal punto patente que las más recientes Resoluciones de la DGRN se han visto obligadas a poner coto a tal pretensión. Baste citar por todas la Resolución de la DGRN de fecha 14 de diciembre de 2004, BOE número 10, de 12 de enero de 2005. Y de ahí también la trascendencia de cortar tal arrogación de funciones*».



*normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios. Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el registrador por las razones que a continuación se señalan. Primera, porque como se expuso el registrador no es un juez; por tanto, carece de la posibilidad de decidir la nulidad de una cláusula que es condición general de la contratación, en los términos de su mismo razonamiento. Segunda, porque tratándose de condiciones generales de la contratación que según la misma fundamentación del registrador se reputan abusivas, su calificación se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto afirma que el registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.». En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado lo único que hace es atribuir al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es «ad exemplum». Tercera, lo anterior, esto es la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito sine qua non para que el registrador deniegue el acceso al registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales». En consecuencia, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato*

*que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio. Habiendo el Registrador de la Propiedad basado su calificación en tal particular proceder, ha infringido los artículos 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, debiendo ser, en consecuencia, revocado este segundo defecto»<sup>208</sup>.*

### *3.2. Protección de los consumidores por los registradores de la propiedad, a través de la aplicación de las normas y principios civiles e hipotecarios*

Sin embargo a pesar de esta interpretación estricta de la Dirección General a la aplicación directa por los registradores de las normas de protección de los consumidores, se produjo una actuación generalizada por parte de estos, en los que se conseguía el objetivo de protección de los consumidores y usuarios, pero aplicando las normas generales ya existentes en materia civil e hipotecaria<sup>209</sup>. De este modo la propia DGRN admitía la alegación de normativa de protección de consumidores en las notas de calificación de los registradores, cuando el interés protegido lo estaba también mediante la aplicación de esas normas y principios civiles e hipotecarios, en la práctica, el fundamento jurídico aceptado por la DGRN sería la norma civil o hipotecaria alegada y no tanto el antiguo artículo 10.6 de la LDCU (actual art. 84 TRLGDCU).

El resultado sería el mismo, se evitaba el acceso al Registro de la Propiedad de cláusulas abusivas, posibilitando mediante vía de recurso que quién solicitaba dicho acceso argumentase a favor del mismo en vía de recurso gubernativo ante la DGRN. La cuestión concreta de sí el fundamento de esas calificaciones negativas estaba en la normativa de protección de consumidores o en otras normas civiles o hipotecarias, sólo tenía

---

<sup>208</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *op. cit.*, p. 224, afirma que la DGRN en esta Resolución al negar tan categórica como erróneamente el control de los registradores en esta materia que «*lo hace con palmario desprecio de las normas y principios del derecho de la unión Europea, de la LGDCU y de la Constitución española (art. 51)*».

<sup>209</sup> En este sentido recuerda DÍAZ FRAILE en «La ejecución...», cit. que «*si bien no cabe catalogar el derecho a la defensa de los intereses económicos de los consumidores entre los que tienen el carácter de derechos fundamentales, que son los que gozan de la protección propia del recurso de amparo - según se encargó de recordar el Tribunal Constitucional en un Auto de 10 febrero 1992 -, sin embargo existe un amplio consenso en la doctrina en torno a la idea de que la consagración constitucional del citado derecho (mediante la imposición a los poderes públicos del deber de garantizar la defensa de los intereses económicos de los consumidores) supone su asimilación a un principio general del Derecho (favor consumidoris) que ha de inspirar no sólo la legislación que se promulgue, sino también la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico*».

mayor importancia en aquellos supuestos en que o existía norma civil o principio hipotecario que evitase una concreta cláusula abusiva, en cuyo caso, la alegación por el registrador del artículo 10 de la LGDCU, no era aceptada como fundamento del rechazo a su inscripción. Los registradores luchaban contra las prácticas abusivas aplicando no sólo las normas de protección de los consumidores, sino también las normas civiles y mercantiles.

Cabe recordar aquí, que fue DE CASTRO, quien al abordar el estudio de las condiciones generales de la contratación en su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en el año 1960<sup>210</sup>, señalaba tres grandes caminos para luchar contra las prácticas abusivas: i) las normas imperativas como límite infranqueable del derecho contractual, ii) el orden público, recogido ya en el propio artículo 1255 CC; hoy debiendo entenderse como tales sin duda los valores constitucionales, y iii) las propias normas dispositivas que regirán en defecto de pacto, ya que el propio derecho comunitario atenderá a este criterio al establecer que debe atenderse para calificar la abusividad de una cláusula a si la norma que regiría en su defecto es mucho más favorable para el consumidor.

Este criterio de integración es algo más que un buen propósito o una idea abstracta, ya que se encuentra positivado en nuestro Derecho interno, y así el artículo 7º LDCU de 1984 ya declaraba que «*los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles...*»<sup>211</sup>.

Esas tres vías de lucha contra las prácticas y cláusulas abusivas (normas imperativas, orden público y valores constitucionales y las normas dispositivas del ordenamiento) pueden servir a la calificación registral, y en base a ello los registradores fueron denegando la inscripción de muy diversas cláusulas abusivas de los contratos de préstamos hipotecarios, basándose en las mismas:

- a) Cláusulas financieras: las de variación de intereses sólo al alza, o indexados a índices no objetivos, o las cláusulas de redondeo por encima del

---

<sup>210</sup> DE CASTRO y BRAVO, F., «*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*», en ADC, XIV-II (Abril-junio 1961), reeditado por Civitas en 1975, pp. 60-61. En él se refiere especialmente al significado del artículo 1288 del CC.

<sup>211</sup> Como ha destacado la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 marzo 1995 (ROJ: STS 10271/1995 - ECLI:ES:TS:1995:10271), la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 no es exclusiva ni acaparadora en la protección de los derechos de éstos, y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y debe ser declarada por no estar impedida por el artículo 7 de la misma.

1/8 de punto o sólo al alza (art. 1256 CC, D.A. 12ª Ley 44/2002 de reforma del sistema financiero);

b) Cláusulas de vencimiento anticipado en caso de que la parte prestataria sea declarada en concurso (art. 61.3 Ley Concursal 22/2003), o en caso de enajenación o gravamen o arrendamiento de la finca hipotecada (arts. 26, 27 y 107.3 LH), o en caso de embargo de la finca hipotecada o de iniciación de una ejecución contra otros bienes del patrimonio del deudor, o por insolvencia o fallecimiento del deudor, o por disminución del valor de la finca hipotecada por encima de ciertos valores «a juicio del prestamista» (art. 1256 CC), o por incumplimiento de cualquier obligación derivada del contrato, aún accesoria, etc...

c) Otras cláusulas que imponen limitaciones o renunciaciones a los derechos de los consumidores, como:

- las de que imponen al consumidor gastos o impuestos cuyo pago corresponde por ley al acreedor (art. 89.3 LGDCU),
- los pactos de sumisión expresa a tribunal distinto del que corresponda al lugar de situación del inmueble (art. 90.2 LGDCU y 684 LEC),
- los pactos comisorios (art. 1859 CC),
- los de renuncia del deudor a la cancelación parcial cuando el acreedor haya aceptado el pago fraccionado del crédito (art. 124 LH),
- el de renuncia del deudor a la notificación de la cesión del préstamo hipotecario (art. 149 LH; tras su modificación por Ley 41/2007, es pacto personal),
- o la cláusula que permite al acreedor descontar del precio del remate los gastos de formalización relacionados con la adjudicación del inmueble (art. 692 LEC).

Todas estas calificaciones encontraron el aval de la DGRN entre otras en Resoluciones de 4 de julio de 1984 (BOE de 7 de septiembre de 1984), 23 y 26 de octubre de 1987 (BOE de 18 y 21 de noviembre de 1987), 26 de diciembre de 1990 (BOE de 18 de enero de 1991), 8 de noviembre de 1993 (BOE de 19 de noviembre de 1993), 22 de julio de 1996 (BOE de 23 de agosto de 1996) y 22 de marzo de 2001 (BOE de 8 de mayo de 2001).

La modificación de la Ley Hipotecaria, en particular de su art. 12, por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, cambiará aún más el panorama, ya que la DGRN no sólo entenderá que no se pueden calificar negativamente las cláusulas abusivas, sino que ni tan siquiera cabría esa labor de calificación respecto a la mayoría de las cláusulas de la hipoteca.

#### 4.- TERCERA ETAPA: LA LEY 41/2007 Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA

##### 4.1. La génesis del problema. El nuevo art. 12 de la Ley Hipotecaria.

La ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, modificó, como su extenso nombre indica, diversas normas, entre otras la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario<sup>212</sup>, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios y la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, en concreto los artículos 12, 130, 149.1º y añadiendo un nuevo 153 bis.

En lo que a nosotros interesa dio una nueva redacción al artículo 12 LH fundamental para la calificación de los préstamos hipotecarios estableciendo que *«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. 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*

---

<sup>212</sup> Sobre los efectos de la Ley 41/2007 en materia de calificación registral pero referida a los fondos hipotecarios y fondos de titulización de activos véase DEL REY BARBA, S. «La inscripción de bienes inmuebles a favor de fondos de titulización hipotecaria y fondos de titulización de activos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 733, septiembre-octubre de 2012, pp. 2675-2723.

real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Hay que tener en cuenta la fecha en que se promulgó esta ley puesto que nos encontrábamos en el inicio de la crisis económica, cuando comenzaba a desinflarse la llamada «burbuja inmobiliaria»<sup>213</sup> y la «burbuja crediticia»<sup>214</sup> y con el escenario de fondo de la crisis financiera internacional en las que había tenido un importante papel las llamadas hipotecas *subprime*.

La crisis financiera se había gestado con la contaminación de los instrumentos de inversión de todo el mundo mediante activos denominados «tóxicos», con un alto riesgo de impago, entre ellos las denominadas hipotecas *subprime*, constituidas en garantía de créditos de baja calidad y en las que la ejecución de las garantías (si se llegaba realizar) no alcanzaba a cubrir la deuda. La posterior quiebra de entidades financieras como *Lehman Brothers*, entidades aseguradoras como AIG y de las dos mayores entidades hipotecarias estadounidenses *Fannie Mae* y *Freddie Mac* fueron consecuencia de aquella contaminación y el detonante del pánico inversor posterior provocando una de las mayores crisis económicas mundiales.

En España, la crisis económica se vio agravada por la existencia de la «burbuja inmobiliaria»; un crecimiento exponencial de los precios del suelo y de los inmuebles que no se veía respaldado por un crecimiento real de la economía. Esta situación venía apoyada por un descenso continuado de los tipos de interés, nominales y reales y por el fácil acceso a la financiación internacional de nuestro sistema bancario. La explosión de esta burbuja, o al menos un cierto desinflé de la misma ya había comenzado antes de que estallara la crisis económica mundial si tomamos como fecha aproximada de ésta el día

---

<sup>213</sup> La existencia de esta burbuja y sus consecuencias en todos los ámbitos, también en el incremento exponencial de la contratación de hipotecas es tratado con gran acierto por CAMPOS ECHEVERRÍA, J.L. en «*La burbuja inmobiliaria española*», Marcial Pons, 2008. El autor expone con claridad en esta obra el origen de la burbuja inmobiliaria señalando la existencia de dos burbujas interrelacionadas, la del precio de la vivienda y la del crédito.

<sup>214</sup> Sobre la burbuja crediticia, es cierto que no se ha hablado ni escrito tanto, sin embargo, no existiría la una sin la otra, y de hecho podría decirse que la burbuja del crédito, -el aumento incontrolado en la concesión de préstamos, basados en el precio por el que se adquiriría el inmueble que se daba en garantía-, es requisito previo y necesario para que se produjese la «burbuja inmobiliaria», y a la inversa, una retroalimentación nefasta para nuestra economía.

Sobre este asunto MÉNDEZ GONZÁLEZ afirmaba que cuando se utiliza la expresión de burbuja inmobiliaria «...hay que ser conscientes que este fenómeno no se ha producido exclusivamente en el sector inmobiliario, sino en otros muchos sectores. (...) La realidad ha sido que, debido a un exceso de liquidez, en buena parte relacionado con nuestro ingreso en el euro, la economía española ha vivido, toda ella, inmersa en una burbuja crediticia», en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 29-2011.

de la quiebra de *Lehman Brothers*<sup>215</sup>. Así ya en el año 2006 se comienza a producir una bajada generalizada, aunque aún es moderada, del precio de la vivienda, y se pone de manifiesto además un aumento del plazo normal de venta efectiva de un inmueble<sup>216</sup>.

Para comprender la génesis de la burbuja inmobiliaria tiene gran importancia entender el sistema de tasaciones que se llevaba a cabo por las entidades de crédito. En un momento de expansión en la concesión de créditos y préstamos, acentuada por la promesa de cuantiosos *bonus* ligados al número de operaciones y a la obtención de otras ventajas por objetivos, las entidades acudían a sistemas de concesión de préstamos según el valor del bien que se quería adquirir y que serviría de garantía, esto es según el valor de tasación o *loan to value*, sin tomar en cuenta para la concesión del préstamo los ingresos reales del deudor, o sistema de *loan to incomes*, en una valoración correcta de los riesgos de la operación. Se partía de que los precios de los activos inmobiliarios siempre crecerían, que es lo que había ocurrido hasta entonces y que la situación laboral y económica del deudor no cambiaría. Sin embargo como sabemos bien ese escenario no se materializó, sino que el valor de los inmuebles se desplomó y la crisis económica posterior hizo que muchos de los deudores perdiesen sus trabajos por lo que no pudieron hacer frente al pago de esos préstamos.

En el momento en que se promulgó la Ley 41/2007, ante el panorama descrito y que ya se empezaba a entrever, lo que convenían eran normas que enfriasen esa fiebre hipotecaria, de subida ilimitada de precios y de expansión del crédito. Sin embargo, el legislador optó por una norma que lo que hacía era fomentar aún más esa huida hacia adelante intentando acabar con uno de los obstáculos que las entidades de crédito encontraban a su política expansiva del crédito que no era otro que la calificación registral de las cláusulas de las hipotecas.

De hecho una de las pretensiones del legislador fue suprimir el carácter constitutivo de la hipoteca por la burda maniobra de introducir un inciso en el artículo 130 LH, de manera que donde dice que «*El procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo*»,

---

<sup>215</sup> El conocido banco de inversión americano *Lehman Brothers* presentó su declaración de quiebra el 15 de septiembre de 2008, y supuso un punto de inflexión en la crisis económica mundial.

<sup>216</sup> MATEO VILLA, B. en «*La verdad sobre el mercado inmobiliario*» en sus páginas 116 y ss, hace un certero análisis en el tiempo de la evolución del mercado inmobiliario, y pone de manifiesto que ya desde el año 2004 se notaban ciertos síntomas de debilitación del mercado inmobiliario, tras la constante subida de precios que habían experimentado en los años anteriores este tipo de activos.



añadir «o en el título». De este modo, pretendían las entidades financieras que una vez que ya habían conseguido incorporar en documento público todas las cláusulas (incluidas abusivas y de vencimiento anticipado contrarias a la ley) que les convenían en la hipoteca, se pudiese ejecutar la hipoteca no sólo sobre la base de lo que tras la calificación registral hubiese finalmente accedido al Registro, sino que se produjesen efectos frente a tercero y se tuviese en cuenta para la ejecución hipotecaria todo el contenido del título que la propia entidad de crédito había redactado, impuesto al cliente y el notario había autorizado, sin que hubiese control registral. Afortunadamente, no prosperó esta iniciativa y el artículo 130 quedó con la redacción señalada exigiendo para la ejecución que esta se base en el contenido del asiento registral respectivo en línea con el carácter constitutivo de la hipoteca que resulta del CC en su artículo 1875 y de la LH en su artículo 145 y el Tribunal constitucional ha recogido también en diversas Sentencias como la de 18 de diciembre de 1981 (STS 41/1981 ECLI:ES:TC:1981:41)<sup>217</sup>.

Por otro lado también era objetivo del legislador restringir la calificación registral de las hipotecas, de manera que las entidades financieras presionaban para conseguir que todo el contenido del título redactado por sus asesorías jurídicas una vez convertido en documento público accediese íntegro al Registro de modo que pudiese surtir efecto contra tercero, servir de base a la ejecución y gozar del rango registral y demás efectos de la inscripción.

La propia exposición de motivos de la ley se refiere a este objetivo de unificación de la calificación registral de las hipotecas para evitar las calificaciones extravagantes, y en aras de una mayor seguridad y certeza del tráfico diciendo que *«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la*

---

<sup>217</sup> El Tribunal Constitucional desde su Sentencia del Pleno 41/1981, de 18 de diciembre de 1981 (confirmada entre otras por las de 17 de mayo de 1985 (STS 64/1985 ECLI:ES:TC:1985:64) y 30 de junio de 1993 (STS 217/1993 ECLI:ES:TC:1993:217)) ha venido proclamando que «...7. La hipoteca voluntaria... se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Esta afirmación se tradujo en la nueva redacción del artículo 12 LH.

La intención del legislador con esa nueva redacción del artículo 12 era restringir la calificación registral de las hipotecas, de manera que prácticamente se transcribiese el contenido de la escritura de constitución de hipoteca. Para ello se presionó mucho desde las entidades de crédito (únicas a las que se aplica esta previsión en la ley) puesto que eran conscientes de que el artículo 130 de la LH seguía vigente. De manera que para poder hacer depender la ejecución de todas aquellas circunstancias que los bancos acreedores considerasen oportuno, la solución era que no hubiese control alguno por parte del registrador, sino que pasasen en bloque al contenido del asiento registral.

En lo que interesa en este trabajo, la nueva redacción del artículo 12 LH, al pretender excluir de la calificación determinadas cláusulas de los préstamos hipotecarios, iba mucho más allá de la limitación de la calificación de las cláusulas abusivas: en el escenario anterior, no se permitía denegar dichas cláusulas abusivas en base a las normas de la LGDCU, por esa falta de contención y la limitación de los medios de prueba, pero sí se podía conseguir el mismo efecto aplicando otras normas civiles e hipotecarias. Con esta nueva redacción se impedía también esto último, las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado se transcribirían. No habría calificación de las mismas.

La interpretación literal de esta nueva norma, aunque chocase con otras normas del ordenamiento, dejaba pocas dudas sobre la finalidad perseguida por el legislador de restringir la calificación registral de las hipotecas. Ello a pesar de que se intentaron ofrecer y luego se han matizado otras interpretaciones como la que hizo el Colegio de Registradores de España en el informe de 17 de enero de 2008 en el que se afirma que:

*«1.º La exigencia de homogeneidad en la calificación de la hipoteca y en la expresión de su contenido en la inscripción.*

*2.º, Que al Registro deben acceder no sólo las cláusulas de trascendencia real que forman parte estrictamente de la garantía hipotecaria, sino además las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (Anexo II, Orden de 5 de mayo de 1994) que, en cuanto configuran el contenido de la obligación garantizada, delimitan el propio del derecho real de hipoteca.*

3.º *El ámbito de la calificación registral no se ha modificado, si bien ésta debe ejercerse desde una perspectiva colectiva, ya que se trata de negocios en masa que exigen un tratamiento previsible y homogéneo. Y dentro de esta perspectiva, indica que sólo deben denegarse las cláusulas contrarias a una norma imperativa (v.gr. Art. 61.3 Ley Concursal, 84 T.R.L.G.D.C.U. etc.) o declaradas nulas en virtud de sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales<sup>218</sup>».*

Por su parte BALLUGERA GÓMEZ<sup>219</sup>, realizó una interpretación de este nuevo precepto sin duda con buena intención, pero que difería en mucho de la finalidad real de la norma. Este autor concluía el estudio de esta reforma señalando como consecuencia principal de la misma que las cláusulas abusivas no se debían calificar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 LH, pero que tampoco se deberían incorporar al Registro por ser nulas, quedando a disposición del predisponente de las mismas la posibilidad de recurrir judicialmente si pretendía dicha incorporación. Recurso que habría de ser judicial, no cabiendo el recurso gubernativo al no existir calificación.

Esta posición aunque bien intencionada es criticable, puesto que de acuerdo con las normas generales del procedimiento hipotecario, si no existe solicitud de inscripción parcial, como consecuencia del principio de rogación y el carácter unitario y global de la calificación el registrador no puede dejar de calificar parte del negocio jurídico ni determinadas cláusulas del mismo, alegando la nulidad de estas. La apreciación de esa nulidad por el registrador es ya una calificación (aunque no lo haga constar en la nota ni se señale la causa que provoca dicha nulidad).

En dicho informe es quizá excesivo afirmar (como hace VIGIL DE QUIÑONES OTERO<sup>220</sup>) que el referido informe del Colegio de Registradores aboga por la calificación de las cláusulas abusivas aún sin sentencia, pero sí que es partidario de que haya cierta calificación de las cláusulas abusivas en términos similares a los que posteriormente recogerá la DGRN, en aquellos supuestos en que la nulidad de la cláusula por abusiva pueda

---

<sup>218</sup> En particular, entiende el referido informe que no deben acceder al Registro las cláusulas como la de variación interés solo al alza o no objetivo (Disp. Ad. 12, Ley 44/ 2002, arts. 1.256 CC y 10 LGDCU); el redondeo por encima 1/8 puntos (art. 84 LGDCU) y comisiones o compensaciones que excedan del máximo legal. Igualmente, el vencimiento anticipado por realización de actos dispositivo de la finca hipotecada (art. 27 LH), por declaración de concurso del deudor y en general por su insolvencia o desequilibrio patrimonial (art. 61 LC), o por disminución del valor de la finca a juicio del prestamista o apreciada por perito designado por ésta (art. 1.256 CC).

<sup>219</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., «Tratamiento registral...», *op.cit.*, pp. 19-34.

<sup>220</sup> VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. «La protección extrajudicial de los consumidores: la calificación registral de las cláusulas abusivas», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 170 (2ª época), julio-agosto de 2010, pp. 1687-1711.

desprenderse de una manera objetiva, ya sea por coincidir con una de las de la llamada lista negra o ser contraria a norma imperativa o prohibitiva.

Ahora bien, si la doctrina como hemos dicho se pronuncia mayoritariamente a favor de la calificación, no fue esa la posición de la Dirección General de los Registros y el Notariado en la interpretación del artículo 12 y las consecuencias que para la calificación de las escrituras de préstamos hipotecarios se deducía del mismo.

La DGRN no sólo mantuvo su criterio en cuanto a la imposibilidad de los registradores de calificar como abusiva una cláusula hipotecaria, en base a las normas de consumidores por no tener suficientes medios para su apreciación y la falta de contienda entre las partes, sino que, atendiendo a la redacción del nuevo artículo 12 y a la interpretación que del mismo hacía, prohibía calificar la mayoría de las cláusulas de los préstamos hipotecarios ordenando la transcripción de las mismas en el Registro<sup>221</sup>.

Así lo hizo en numerosas resoluciones, entre otras muchas, las de 10, 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008 (BOE de 31 de marzo y 16 de abril de 2008), las de 5 y 6 de mayo de 2008 (BOE de 24 y 23 de mayo de 2008), y la de 24 de Julio de 2008 (BOE de 7 de agosto de 2008). En estas resoluciones en base a la nueva interpretación del artículo 12 afirmaba que *«en las hipotecas, la calificación registral alcanza a las cláusulas de trascendencia real, no a las obligacionales. Sólo se califican e inscriben cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria como son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Tras la reforma del art. 12 LH por la ley 41/2007, las cláusulas financieras, aunque no tuvieran trascendencia real, se transcribirán tal cual se recojan en el título»*.

4.2. *Primera interpretación de la DGRN del artículo 12 de la LH. Negación por la DGRN de la calificación por los registradores.*

---

<sup>221</sup> MIQUEL coloca lo erróneo de esta doctrina de la DGRN como una de las causas principales que han favorecido las ejecuciones hipotecarias con cláusulas abusivas y las graves consecuencias que de ello se han derivado: MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art. 84 TR-LGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 768-788. También MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La nulidad de las condiciones generales» en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 193-223.

La posición adoptada por la Dirección General respecto de la calificación de las cláusulas abusivas por los registradores fue restringir aún más si cabe esa posibilidad, negando en virtud del artículo 12 de la LH, que los registradores pudiesen realizar cualquier calificación respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios con entidades financieras. Ello implicaba por lo tanto que si como adelantábamos una vez calificada positivamente las cláusulas de trascendencia real deben transcribirse las demás cláusulas financieras, están debían acceder al Registro aunque entre las mismas hubiera cláusulas abusivas.

Esta primera etapa comienza con la Resolución de 21 de diciembre de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008), en que se resuelve con la nueva redacción del artículo 12 un supuesto anterior a su entrada en vigor, y acaba con una última Resolución en este sentido de 24 de julio de 2008 (BOE de 7 de agosto de 2008)<sup>222</sup>. Durante todo este tiempo se dictan numerosas Resoluciones que van a hacer una interpretación pegada a la letra de la norma, y con ánimo de restringir incluso más allá la ya escasa capacidad de los registradores para la calificación de las cláusulas abusivas (ya hemos visto que no atiende ni siquiera al tiempo de aplicación de la norma y su entrada en vigor).

Existen doce Resoluciones idénticas: dos de 21 de diciembre de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008), de 14 de enero de 2008 (BOE de 29 de enero de 2008), de 1 de febrero de 2008 (BOE de 25 de febrero de 2008), de 8 de febrero de 2008 (BOE de 25 de febrero de 2008), de 22, de 28 y 29 de febrero de 2008 (BOE de 15 y 18 de marzo de 2008), estas tres anuladas por extemporáneas por sentencia de 21 de septiembre de 2001 del Juzgado de Primera Instancia 7 de Málaga, confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de diciembre de 2010. Y las Resoluciones de 14, 16, 19 y 20 de mayo de 2008 (BOE 9 y 7 de junio de 2008) que también fueron declaradas nulas por extemporáneas por Sentencia de 25 de septiembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia 8 de Málaga y confirmadas por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de septiembre de 2010 (ROJ:SAP MA 1702/2010 – ECLI:ES:APMA:2010:1702).

En estas Resoluciones y las que vinieron después hasta la que cerró esta fase en julio de 2008, la DGRN reitera dos ideas fundamentales:

- i) Que la calificación del registrador se ha de limitar a las cláusulas con eficacia frente a terceros, y configura como las únicas que tienen esa trascendencia

---

<sup>222</sup> Un acertado análisis y crítica de esta Resolución en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «Hipoteca: calificación de sus diferentes cláusulas. (Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)», en *RCDI*, Nº 711; enero-febrero 2009, pp. 440-475.

real inmobiliaria (art. 18 LH) debiendo limitar su actuación al ámbito de su competencia.

ii) Que teniendo en cuenta que el nuevo artículo 12 LH distingue entre las cláusulas de trascendencia real que son las recogidas en su número 1º y las restantes cláusulas recogidas en el número 2º, el registrador sólo debe calificar las del párrafo 1º, mientras que debe transcribir las restantes –con exclusivos efectos de publicidad-noticia-, en los términos que se hubieran pactado. De manera que una vez calificados esos únicos extremos y siendo la calificación positiva o favorable no se puede hacer ninguna calificación respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado sino que se deben transcribir en el Registro y no inscribir<sup>223</sup>.

iii) El conocimiento de la validez o nulidad de las cláusulas abusivas está reservado a los órganos jurisdiccionales competentes, entre los que no se encuentra el registrador que no desempeña función jurisdiccional alguna, sino que es un funcionario público cuya actuación fuera de su competencia material conferida es nula de pleno derecho<sup>224</sup>.

Partiendo de estas ideas, por tanto cuando se tratare de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado no va a permitir calificación alguna aun cuando fueran cláusulas nulas por ir en contra de norma imperativa, y en nuestro caso aun cuando se tratase de cláusulas nulas por ser abusivas.

Es más, como pone de manifiesto DÍAZ FRAILE<sup>225</sup>, hay supuestos de cláusulas de trascendencia real que no son las que limitadamente recoge la Dirección General en sus resoluciones y que no son cláusulas financieras o de vencimiento anticipado por lo que deberían ser objeto de calificación por el registrador. Estos serían:

- los pactos relativos al derecho real de hipoteca: la cláusula de constitución, los relativos a la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 109 a 113 LH), pactos sobre

---

<sup>223</sup> Ello atendiendo a la distinción clásica que se hace dentro de los distintos sistemas registrales en el sentido de que la inscripción conlleva una depuración y un análisis y confrontación de lo que se pretende acceda al Registro (calificación) y la mera transcripción no conlleva análisis alguno, únicamente se limita a trasladar el contenido al Registro. Realmente la Ley 41/2007 no utiliza nunca la expresión de transcribir, sino que la misma se utilizó por la DGRN, partiendo de la redacción del artículo 12 cuando dice en su último inciso «en los términos que resulten de la escritura de formalización».

<sup>224</sup> En la R. de 24 de julio de 2008 (BOE de 7 de agosto de 2008) funda la nulidad de la calificación de la registradora en la normativa de procedimiento administrativo, en concreto en el art. 62.1.b) de la LRJPAC. Esta Resolución como veremos fue después anulada por Sentencia de la AP de Tarragona de 1 de abril de 2011 (SAP T 575/2011 - ECLI: ES:APT:2011:575). Sin embargo la resolución fue finalmente confirmada por STS de 13 de septiembre de 2013 (STS 5706/2013 - ECLI: ES:TS:2013:5706).

<sup>225</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., *Op. Cit.* pp. 130-131.



la modificación del rango registral de la hipoteca (arts. 227 y 241 RH), o sobre duración de la hipoteca (arts. 82 y 153bis LH);

- los pactos relativos al crédito: limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados (art. 140 LH), cláusulas de estabilización (art. 219 RH), sobre distribución del crédito o de la responsabilidad hipotecaria (arts. 119 y siguientes LH), pactos el carácter mancomunado o solidario de la titularidad crédito y de la garantía (art. 54 RH) y;

- los pactos sobre la ejecución judicial de la hipoteca: que se refieren a la venta extrajudicial del bien hipotecado (art. 129 LH), sobre tasación, domicilio a efectos de notificaciones (art. 682 LEC), sobre administración y percepción de rentas (art. 690 LEC), sobre determinación del saldo de la deuda (art. 695 LEC), entre otros posibles.

Por otro lado las cláusulas de vencimiento anticipado, habrían también de calificarse teniendo en cuenta el carácter real de las mismas, por cuanto configuran los contornos o extensión del derecho real de hipoteca con trascendencia *erga omnes*. De acuerdo con el art. 7 RH la trascendencia real de los actos o cláusulas viene dado por afectar de algún modo a las facultades inherentes de los derechos reales y en el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado lo hace sin duda en cuanto afecta a la duración del derecho por la facultad de realización del bien mediante la ejecución hipotecaria.

Esta interpretación dada por la Dirección General al artículo 12 de la Ley Hipotecaria al resolver los recursos contra calificaciones negativas de las escrituras de préstamo hipotecario no hacía sino dificultar aún más la defensa de los consumidores y usuarios en los contratos celebrados con los predisponentes (entidades de crédito).

Resumiendo el panorama que se les presentaba a los deudores hipotecarios nos encontramos que debían aceptar el contenido del préstamo hipotecario de la entidad de crédito que había redactado y predispuesto el mismo con condiciones generales que no se habían podido negociar individualmente. Que la escritura se firmaba ante un notario que normalmente la redactaba según la minuta facilitada por los servicios jurídicos del banco, con la advertencia de no poder modificar nada e incluso a veces la amenaza velada de acudir a otro notario para la firma del instrumento público si se le planteaban excesivos problemas al banco acreedor. Cerrando el círculo, las entidades de crédito consiguieron con la redacción dada al artículo 12 y bajo la bandera de la necesidad de homogeneización y la previsibilidad de las calificaciones prácticamente acabar con el control registral. Como había calificaciones diversas de las hipotecas, el artículo 12, sirvió de excusa y arma para acabar con cualquier calificación de dichas hipotecas. El círculo vicioso se



cerraba con un sistema de ejecución que no permite la alegación de causas de oposición distintas a las estrictamente tasadas por la ley y la imposibilidad de recuperar la finca por un procedimiento declarativo posterior una vez que se ha adjudicado en subasta e inscrito la adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas posterior consecuencia del procedimiento de ejecución. Una auténtica bomba en situaciones de crisis hipotecaria como la actual y que ha hecho que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea haya sacado los colores a nuestro país en cuanto a la protección de los derechos de los consumidores se refiere.

Esta interpretación del artículo 12 que hacía la DGRN, además de ser errónea y sesgada, y claramente perjudicial para los consumidores se opone tanto al espíritu de la regulación existente en materia consumerista, como al esquema de ejecución hipotecaria que existe en nuestro país y que había asumido como tal la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional y que basaba gran parte de su justificación y adecuación a la necesaria protección de los consumidores y usuarios en la intervención de los operadores jurídicos que ejercen la seguridad jurídica preventiva, en el control preventivo de las cláusulas nulas y abusivas, y en definitiva en la calificación de los registradores. El TC en la Sentencia de 18 de diciembre de 1981 (STS 41/1981 ECLI:ES:TC:1981:41), afirmaba que la combinación entre el carácter constitutivo de la hipoteca y la calificación registral es precisamente lo que permite la favorecida posición del acreedor hipotecario en el procedimiento de ejecución de la hipoteca, *«que está compensada con las garantías registrales que la ley le concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título»*. De manera que si se acaba con dicha calificación estamos disparando a la línea de flotación del sistema, sin que la celeridad y efectividad de los procedimientos de ejecución puedan fundarse en que ya ha habido un control previo para la protección del consumidor.

#### *4.3. La ley 2/2009 de 31 de marzo. Control para el resto de acreedores.*

Entretanto esta interpretación del artículo 12 de la LH era recogida por la DGRN, vio la luz una norma sobre protección de consumidores en relación con la concesión de créditos y préstamos que venía a establecer otros principios radicalmente distintos de los que se habían recogido en la Ley 41/2007, fundamentalmente porque no estaba dirigida a las entidades de crédito.

Esta norma es la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Dicha norma se refiere fundamentalmente a dos supuestos que se encontraban deficientemente regulados en nuestra legislación<sup>226</sup> como son:

1º.- Los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito. Dado que en el ordenamiento español esta actividad no está reservada exclusivamente a las entidades de crédito, cuando es desarrollada por otro tipo de empresas, hasta ahora sólo quedaba sometida a la legislación general de protección de los consumidores y a la norma general sobre préstamos civiles y mercantiles.

2º.- Y los servicios de intermediación del crédito entre los que destacan las actividades de agrupación de deudas, realizadas por empresas que no entran dentro de la categoría de entidad de crédito.

El ámbito subjetivo de la ley se refiere a empresas distintas a las entidades de crédito como concedentes del préstamo o servicio, esto es a personas o sociedades que no siendo entidades de crédito, se dediquen profesionalmente, como prestamistas, a la intermediación financiera<sup>227</sup>. Por otro lado se señala como adquirentes a los consumidores, que serán aquellas personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

---

<sup>226</sup> La norma en su Exposición de Motivos hace referencia a otras leyes en que en cierta manera regulaban esta materia como son:

- La Ley 7/1995, de 23 marzo, de Crédito al Consumo, que incorpora la Directiva 87/102/CEE.
- La Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que establece el régimen de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos.
- La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que transpone la Directiva 2002/65/CE.
- La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.
- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- La Ley de 23 de julio de 1908, de nulidad de los contratos de préstamos usurarios

<sup>227</sup> En este punto existe una cierta laguna legal puesto que es la afirmación del concedente del préstamo al notario de que no se dedica habitualmente a ello lo que determinará la no aplicación de las previsiones de la ley. Sin embargo la DGRN entre otras en la Resolución de 4 de febrero de 2015 (BOE de 2 de marzo de 2015), ha reconocido la posibilidad del registrador al calificar de destruir esa presunción de no habitualidad y por tanto del carácter profesional del prestamista, consultando mediante el sistema de interconexión de registros si tenía el acreedor otras hipotecas inscritas a su nombre, y de acuerdo con ello aplicarle las exigencias de la ley como el seguro de responsabilidad civil o aval (art. 7) y la inscripción en el Registro de Intermediarios Financieros (*Vid.* nota siguiente).

El ámbito objetivo viene determinado por las operaciones de concesión de préstamos o créditos hipotecarios y la intermediación o asesoramiento en la concesión de préstamos o créditos.

Se excluye a las entidades de crédito, sometidas a las normas de ordenación y disciplina de crédito y supervisadas por el Banco de España y se respeta el régimen actualmente vigente en materia de crédito al consumo, venta a plazos de bienes muebles y comercialización a distancia de servicios financieros.

Sin entrar a fondo en la regulación que establece la nueva ley cabe destacar que el artículo 2 establece que *«Los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables, siendo nula la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil»*.

Entre esos derechos están una serie de obligaciones de transparencia, que se concretan en que:

Las condiciones generales de contratación estarán a disposición de los consumidores en la web o en los establecimientos donde deberán contar con tablón de anuncios (art. 4).

Las tarifas, en principio libres, han de ser dadas a conocer en folletos y al Registro<sup>228</sup> que se cree indicando supuestos y periodicidad. Corresponderán a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, no siendo posible cargar comisiones o gastos por servicios no pedidos de forma expresa.

En los nuevos préstamos o créditos hipotecarios será de aplicación lo dispuesto en materia de amortización anticipada por la legislación específica reguladora del mercado hipotecario.

En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros (art. 5).

---

<sup>228</sup> Este es el Registro de Intermediarios Financieros creado por Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de estas actividades. Este Registro depende de la Subdirección General de Calidad del Consumo del Instituto Nacional del Consumo, que administrativamente se inserta en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Las personas o entidades que se dediquen a estas actividades han de contar con un seguro de responsabilidad civil o aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores (art. 7)<sup>229</sup>.

Asimismo, se establecen obligaciones previas al contrato, regulando las comunicaciones comerciales y los folletos informativos (arts. 12 y 13), y estableciendo el art. 14 las informaciones que la empresa debe facilitar al consumidor, con una antelación mínima de cinco días a la firma del contrato, sobre la propia empresa, sobre el producto o servicio ofrecido y sobre el contrato, incluyendo el precio total que debe pagar el consumidor. Estas exigencias de información se sancionan con nulidad, determinando el art. 14.3 *«el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos 61 y 65 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias»* .

El control del cumplimiento de todas estas obligaciones corresponde a notarios y registradores de una manera amplia conforme al artículo 18 de la Ley. Se preveía inicialmente un control exclusivo por parte de los notarios. Sin embargo ante una denuncia de la Unión de Consumidores de España<sup>230</sup> se introdujo el control de los registradores para garantizar que efectivamente se llevaría a cabo esa protección.

---

<sup>229</sup> Las exigencias impuestas al acreedor no entidad de crédito en la constitución de préstamos hipotecarios con consumidores de la Ley 2/2009 (seguro de responsabilidad civil o aval bancario y la inscripción en el Registro de Intermediarios Financieros), son también predicables del cesionario de un préstamo hipotecario, puesto que como señala la DGRN, una de las finalidades de la Ley es cubrir las responsabilidades en que el acreedor pueda incurrir frente a los consumidores, que no sólo se pueden producir en el momento de la constitución sino en cualquier momento de la vida de dicho préstamo. Así lo ha afirmado en diversas Resoluciones la DGRN como las de 13 de julio de 2015 (BOE de 22 de septiembre de 2015) y 24 de noviembre de 2016 (BOE de 15 de diciembre de 2016)

<sup>230</sup> Esto dio lugar a una protesta vía nota de prensa de la Unión de Consumidores de España (UCE), en la cual se denunciaba que se *«consagra una política de total ausencia de control preventivo, al excluir a los registradores de los deberes de control de la legalidad de los créditos. Con esta exclusión, serían únicamente los notarios quienes ejerzan ese control, cuando curiosamente sus clientes preferentes son bancos y constructoras»*. Según la UCE esta medida respondía a la presión que ejerce la banca española, para que no se controle las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios. La asociación también denunció el riesgo de iniciar en España las «hipotecas basuras» al dejar la redacción de las cláusulas en manos única y exclusivamente de las propias entidades financieras y de notarios, como únicos filtros del principio de legalidad. Véase: <http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-economia-finanzas-uce-pide-incluir-registradores-propiedadproyectorunificación-deudas-20081119122551.html>.

Como hemos adelantado resulta cuanto menos llamativo el distinto rasero que utiliza el legislador para la protección de los consumidores y usuarios según que la financiación (préstamo o crédito en su caso) se conceda por una entidad de crédito o por una empresa que no tiene esa condición. Sin entrar en la diferencia por los controles externos (léase Banco de España) que existen entre ambas, es cierto que el consumidor resulta mucho más protegido cuando contrata con empresas distintas de las entidades de crédito.

Ante ello cabe afirmar como señala VIGIL DE QUIÑONES OTERO<sup>231</sup> que existían en ese momento tres categorías de hipotecas con diferentes regímenes de intervención de los registradores y una protección de los consumidores de intensidad variable según los casos:

1º Las hipotecas en garantía de créditos concedidos por entidades del mercado hipotecario (art. 12.2 LH), en las que según la DGRN debían transcribirse las cláusulas financieras y no es posible la calificación de las mismas por parte del registrador, aunque sean abusivas.

2º Las hipotecas en garantía de cualesquiera obligaciones concedidas por contratantes no incluidos en el mercado hipotecario ni en la Ley 2/2009, en las que el registrador puede calificar todo lo que afecte a la validez del negocio (art. 18 L.H.), y no se inscriben las cláusulas financieras.

3º Las hipotecas en garantía de préstamos concedidos por las entidades sujetas a la Ley 2/2009 (personas físicas o jurídicas, que no sean entidades de crédito y que se dediquen habitualmente a la concesión de préstamos o actividades de agrupación de créditos), en las que no se inscriben las cláusulas financieras; el registrador califica la validez con normalidad, denegando por tanto las cláusulas abusivas; y en las que hay un plus de protección que se traduce en la denegación de la inscripción cuando nos encontremos con el incumplimiento de las obligaciones legales, aun sin nulidad. En estos casos, a la intervención protectora del registrador, se une de manera singular la del notario, pues además de la intervención que le es propia y aplicable en el resto de casos, puede denegar la autorización de la Escritura en escrito motivado, conforme a la ley 2/2009.

No era coherente que existiese esa disparidad de criterios para la calificación de cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores, ello porque la normativa reguladora de los mismos sí que seguía siendo la misma y había sido confirmada por el TRLGDCU aprobado por Ley 1/2007, manteniendo la definición de

---

<sup>231</sup> VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. *Op. Cit.* p. 1699.

cláusula abusiva en su artículo 82 y recogiendo la lista negra de cláusulas abusivas de la antigua disposición adicional en los nuevos artículos 85 a 90 del nuevo texto refundido.

#### 4.4. Segunda interpretación de la DGRN del artículo 12 de la LH.

Sin embargo se va a producir un cambio en la doctrina de la DGRN influenciado por el cambio de las circunstancias sociales y por la nueva conciencia de que el impedir la calificación de las cláusulas abusivas lo que estaba consiguiendo es trasladar esa apreciación de abusividad al delicado momento procesal de la ejecución hipotecaria, en que las causas de oposición a dicha ejecución están tasadas<sup>232</sup>. El procedimiento de ejecución se coordina de mala manera con la protección frente a cláusulas abusivas, si previamente no ha habido ese control.

También hay que tener en cuenta el apoyo a estas calificaciones negativas de determinadas cláusulas de préstamos hipotecarios que supuso la STS de 4 de junio de 2008 (ROJ: STS 2599/2008 - ECLI:ES:TS:2008:2599) y 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8466)<sup>233</sup>. La DGRN, para ese cambio de postura se basó como decimos en la jurisprudencia del supremo, en especial en la sentencia citada de 2009 (inscrita en el registro de Condiciones Generales de la Contratación), pero también en la directiva 93/13/CEE que se había traspuesto a nuestro ordenamiento mediante Real Decreto legislativo 172007. Después esta invocación de la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas se produciría también en resoluciones posteriores como la de 21 de diciembre de 2010 (BOE de 14 de febrero de 2011) y 11 de enero de 2011 (BOE de 14 de febrero de 2011). Por ello y en sede, en concreto, de hipoteca inversa se dictaron por la DGRN diversas Resoluciones que comienzan con la R. de 1 de octubre de 2010 (BOE

---

<sup>232</sup> El Tribunal Constitucional español ha declarado reiteradamente que la sumariedad de este procedimiento y la limitación de las causas de oposición por parte del deudor en su seno (exclusivamente la cancelación de la hipoteca y el error en el saldo), no vulneran el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, derecho paralelo al que consagra la Directiva 13/1993 a favor del consumidor a no ver suprimido u obstaculizado el ejercicio de las acciones judiciales en términos útiles para la defensa de sus derechos. Recientemente ha confirmado la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria en su Auto de 19 de junio de 2011 (que inadmite una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de primera instancia nº 2 de Sabadell). DÍAZ FRAILE, J.M., *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>233</sup> Con anterioridad a esas Sentencias que luego comentaremos se habían producido algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas, pero con relación a temas distintos del de los préstamos hipotecarios: la STS de 3 de noviembre de 2006 (ROJ: STS 8748/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8748), relativa a cláusulas abusivas en un contrato de suministro de gas, la de 17 de octubre de 2007 (ROJ: STS 6164/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6164), en relación a un contrato de seguro y también la STS de 3 de junio de 2008 (ROJ: STS 3275/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3275) que aplicaba el artículo 10bis de la LGDCU declarando abusiva una cláusula de arras penitenciales en caso de desistimiento en una compraventa de inmuebles.

8 de noviembre de 2010), confirmada después por las de 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 (BOE de 30 de diciembre de 2010 y 14 de febrero de 2011), y 11 de enero y 8 de junio de 2011 (BOE de 14 de febrero de 2011 y 1 de julio de 2011). La DGRN da una serie de razones para fundamentar su cambio de criterio que podemos sistematizar del modo siguiente:

*i)* La necesidad de una interpretación sistemática del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, y no una interpretación aislada y literal del mismo como en las Resoluciones anteriores. Dicha interpretación sistemática precisa poner en relación dicha norma con otras de la propia LH como el artículo 18, y del ordenamiento jurídico como las de protección de consumidores y usuarios, la mencionada de 2/2009 de contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación.

*ii)* Que partiendo del origen comunitario de las normas de protección de consumidores y usuarios se recuerda la necesaria conformidad de la interpretación dada a las normas nacionales con el Derecho Comunitario. En concreto se pone de relieve el «principio de efectividad» de las Directivas. Que en ningún caso se puede afirmar que la nulidad de una cláusula abusiva deba necesariamente ser declarada judicialmente de conformidad con la jurisprudencia comunitaria en sentencias como la de 21 de noviembre de 2002 (C-473/00 ECLI:EU:C:2002:705), 27 de junio de 2000 (C-240/98 ECLI:EU:C:2000:346), y 14 de junio de 2012 (C-618/10 ECLI:EU:C:2012:349) entre otras<sup>234</sup>. Y por supuesto que la jurisprudencia comunitaria en ningún caso permite que pueda entenderse que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en su actual redacción, deroga el artículo 84 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando ordena a los «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus

---

<sup>234</sup> La sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C-473/00 ECLI:EU:C:2002:705), en la que declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos; y en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 ECLI:EU:C:2000:346), en la que subrayó que queda excluido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita en tal sentido. En el mismo sentido se había pronunciado también la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05 ECLI:EU:C:2006:675). De nuevo ha ratificado el TJUE este criterio en su reciente Sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10 ECLI:EU:C:2012:349, Banco Español de Crédito) en el marco de una reclamación de cantidad en un procedimiento monitorio en el que el deudor no presentó oposición, indicando que la depuración por el juez de la cláusula abusiva debía realizarse incluso de oficio. Estos pronunciamientos excluyen, pues, cualquier interpretación que pretenda afirmar que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. DÍAZ FRAILE, J.M. *Op. Cit.*



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».

iii) Que la interpretación anterior suponía alterar las normas sobre eficacia del Registro, así la pretendida inscripción con efectos sólo de publicidad-noticia, sin norma alguna que la sustentase, no se podía mantener frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria y que además la eficacia *erga omnes* o frente a todos de lo que accede al Registro y afecta a la garantía hipotecaria en este caso, tampoco dependía de la voluntad de la DG sino de las normas que regulan dichos efectos del Registro de la Propiedad.

iv) Destaca también la DGRN con ciertas manifestaciones proféticas que la interpretación que se había mantenido hasta el momento del artículo 12 sería perjudicial para el mercado hipotecario, puesto que fomentaría que los préstamos hipotecarios quedasen trufados de cláusulas abusivas o al menos con la apariencia de tenerlas y daría lugar a numerosas demandas (con sus consecuentes anotaciones preventivas) por cláusulas abusivas cuando los deudores sospechasen una pronta ejecución. (Aún así no se imaginaba el redactor de esas resoluciones todas las consecuencias que vendrían después llegando a la posibilidad actual de paralizar el propio procedimiento de ejecución mediante la alegación de existencia de cláusulas abusivas.)

De acuerdo con estas razones, como hemos dicho, la DGRN rectificó su criterio en cuanto a la calificación por los registradores de las cláusulas abusivas admitiendo esa posibilidad dentro de unas ciertas condiciones. Así afirma que el registrador podrá rechazar la inscripción de una cláusula siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme. No subordina dicha posibilidad a que la sentencia esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales, entre otros motivos porque la inscripción en este Registro es facultativa y no genera eficacia de inoponibilidad de la cláusula no inscrita (más allá de influir en la prescripción de las acciones colectivas de cesación no está clara su eficacia sustantiva). Por otra parte, aunque el art. 84 del TRLGDCU establece que los registradores no inscriban las cláusulas declaradas abusivas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales, no se cumplen las condiciones para poder inferir interpretaciones *sensu contrario*; esto es la posibilidad de calificar también aquellas declaradas nula por sentencia no inscrita en dicho Registro. Además, el art. 258.2 LH no contiene esta limitación. También podrá el registrador calificar en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo

pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Ello teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento además del listado de cláusulas abusivas se parte de dos conceptos jurídicos como son que se «produzca un desequilibrio importante» en los derechos y obligaciones y conforme a las «exigencias de la buena fe», del mismo modo que se hace en el artículo 3 de la Directiva 93/3/CEE.

Como resumen la DGRN afirma que en materia de calificación de cláusulas abusivas, el registrador sólo puede rechazar como tales aquellas cuya nulidad haya sido declarada judicialmente, y aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin tener que realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto (es decir, cuando quepa una subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente fijada en términos claros y concretos), o sea, que baste una apreciación puramente objetiva, sin que pueda entrarse en el análisis de aquellas otras cláusulas que, por estar basadas en conceptos jurídicos indeterminados, o cuyo carácter abusivo puede resultar incierto, sólo pueden ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

#### *4.5. Sentencias del Tribunal Supremo sobre cláusulas hipotecarias abusivas.*

También tuvo una influencia decisiva en el cambio de la posición de la DGRN las Sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8466), que vino a sistematizar gran parte de la doctrina jurisprudencial que se había venido recogiendo sobre cláusulas abusivas de la hipoteca, con especial mención de las cláusulas de vencimiento anticipado, las cuales como se señaló más arriba, habían sufrido una evolución desde un primer momento en que sólo se consideraban adecuadas las que hacían referencia al incumplimiento de la obligación principal de pago (devolución del principal más los intereses) hasta el momento actual en que se considera que puede provocar que la obligación quede vencida en un momento anterior al del plazo pactado en aquellos supuestos en que se haya pactado y que realmente tenga relación con el cumplimiento de la obligación principal, o también por aquellas otras circunstancias en que quede afectada la garantía (la propia finca hipotecada o la hipoteca, en cuanto a su extensión, rango o subsistencia), esto es todo lo que se denomina como incumplimiento esencial.

Las entidades de crédito, con la intención de que cualquier circunstancia que de alguna manera pudiera afectar al crédito o a la solvencia del deudor pudieran actuar ejecutando la hipoteca, han intentado extender esta facultad resolutoria a numerosos supuestos de obligaciones accesorias, que en nada tienen que ver con el cumplimiento del contrato o la subsistencia de la garantía, como la contratación de productos, seguros o tarjetas de crédito, o incumplimiento de otras obligaciones no relacionadas con el préstamo o la garantía. Incluso se pretendía hacer depender ese vencimiento anticipado en ocasiones de circunstancias que en nada dependían de la voluntad del prestatario como su propia muerte o las circunstancias del mercado. Por ello se hizo preciso una delimitación vía jurisprudencia de lo que podría considerarse y no como cláusula de vencimiento anticipado, que pudiese acceder al Registro produciendo sus efectos respecto de terceros y con el rango correspondiente a su preferencia registral.

En este sentido la STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8466), fue muy clarificadora pues fue analizando diversos tipos de cláusulas que se habían venido utilizando por las entidades acreedoras y señala en qué casos pueden tener trascendencia real (y por tanto inscribirse) y en cuáles no y por ello deberían calificarse negativamente como nulas por abusivas.

La propia sentencia se refería a estas cláusulas de vencimiento anticipado diciendo que *«la doctrina jurisprudencial más reciente, -SS. de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008-, solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes»*.

Otros supuestos de cláusulas declaradas abusivas por esta sentencia fueron las relativas a la exención de responsabilidad del banco por robo o sustracción de la tarjeta de crédito, teniendo en cuenta la indefinición del término para ponerlo en conocimiento de la entidad acreedora y por no resultar proporcionado hacer responder a la entidad de crédito sólo en los casos en que el PIN<sup>235</sup> hubiera sido sustraído con fuerza mayor o coacción.

Por lo que respecta a las cláusulas de vencimiento anticipado, no consideró abusiva el impago de una sola cuota del préstamo, (que luego fue uno de los motivos de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 ECLI:EU:C:2013:164) y dio lugar a una de las modificaciones por ley 1/2013 de la LH), por considerar que era acorde con el artículo

---

<sup>235</sup> *Personal Identification Number*, número que sirve de clave para transacciones bancarias electrónicas.

1255 CC, sin embargo sí que consideró abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por embargo de la finca hipotecada o disminución de la solvencia del deudor por cualquier causa, o por transmisión de la misma o arrendamiento salvo determinados supuestos en que pudiera afectar a la garantía como aquellas cláusulas que limitasen su ámbito a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga conforme al entonces vigente artículo 13 de la LAU. Todos estos supuestos se estudiarán detenidamente más adelante y de una manera sistemática. Lo que sí interesa en este momento es destacar que así como el legislador seguía una línea, podemos decir aperturista a que se incluyesen en los préstamos hipotecarios cláusulas de vencimiento anticipado y que estas accedieran al registro sin un control previo, el TS y la jurisprudencia en general sí era consciente del alcance de dichas cláusulas, de su carácter abusivo y -en el caso de constar inscritas en el Registro de la Propiedad- su trascendencia de cara a la ejecución de la hipoteca, razón por la que venían declarando su nulidad en esta y otras sentencias similares<sup>236</sup>.

El Colegio de Registradores de España con motivo de esta Sentencia redactó una comunicación de su Centro de Estudios en la que se analizaban las consecuencias de esta sentencia en la calificación registral y el alcance que debía darse a la misma. En este sentido señaló como conclusiones las siguientes:

1.- Que a pesar de referirse la parte recurrente -OCU- a la declaración de nulidad de distintas estipulaciones bajo el prisma del carácter abusivo de estas, de la propia sentencia y de la LGDCU, se desprende y hay que tener en cuenta, que una cosa son las cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas que empleen conceptos jurídicos objetivos y que según dicho Centro de estudios deberían denegarse *«per se»*, como por ejemplo aquellas estipulaciones que sean contrarias al art. 27 LH, y por otro lado, las cláusulas propiamente abusivas- que son aquellas en las que su declaración de nulidad precisa que lo haga un juez, puesto que en su configuración intervienen conceptos jurídicos indeterminados, y además sería necesario que se inscribiesen en el RCGC.

2.- Que con relación a esto último, el Colegio de Registradores señala que teniendo en cuenta que la sentencia es firme y en ella se ordena la inscripción de la misma

---

<sup>236</sup> Como otras Sentencias del TS que se habían dictado en materia de cláusulas abusivas, aunque no todas en supuestos de préstamos hipotecarios podemos señalar las 13 de marzo y 15 de septiembre de 1999 (ROJ: STS 1738/1999 - ECLI:ES:TS:1999:1738 y ROJ: STS 5543/1999 - ECLI:ES:TS:1999:5543), y las de 14 de abril y 29 de noviembre de 2000 (ROJ: STS 3150/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3150 y ROJ: STS 8729/2000 - ECLI:ES:TS:2000:8729). En la STS de 13 de marzo de 1999 (ROJ: STS 1738/1999 - ECLI:ES:TS:1999:1738) destacaba en cuanto a la necesaria claridad en la redacción de las cláusulas que *«la cláusula ha de ser legible físicamente, y comprensible intelectualmente»*.

en el RCGC, no es necesario esperar a que se produzca efectivamente esa inscripción para proceder a la denegación de las cláusulas consideradas abusivas.

3.- Que las cláusulas no inscribibles de acuerdo con dicha sentencia o serán sólo las que expresamente se refiere la misma sino también todas aquellas otras con la que exista identidad de razón, o -aclara- igual falta de justa causa.

## 5.- CUARTA ETAPA: LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE MARZO DE 2013

### *5.1. La Sentencia de 14 de marzo de 2013, el comienzo del cambio.*

Resumiendo lo hasta ahora expuesto nos encontramos que en los últimos años se habían ido dificultando -a través de las normas que se promulgaron y su interpretación a través de resoluciones- las posibilidades de calificar negativamente las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. En parte por presión de las entidades de crédito y en parte también por dejación de funciones de otros operadores jurídicos con responsabilidad en la materia como eran los notarios. De manera que si eran préstamos hipotecarios concertados con una entidad de crédito de las del artículo 2 de la LMH, en la práctica las entidades crediticias imponían la redacción del contenido de la escritura, sin permitir al notario intervenir o controlar la posible existencia de cláusulas abusivas. Una vez otorgada la escritura pública, se presentaba a inscripción, donde el registrador no podía calificar las cláusulas financieras ni de vencimiento anticipado, sino transcribirías y sólo calificar las cláusulas que la DGRN -conforme a la interpretación que hacía del art. 12 LH- consideraba como de «contenido real» debiendo limitarse a transcribir el resto.

Pero la crisis económica sacó a la luz las consecuencias nefastas de este diseño hipotecario. La subida de los tipos de interés, y la crisis económica que provocó el cierre de numerosas empresas con el aumento exponencial del desempleo determinó que muchos de los deudores hipotecarios a los que se les había dado un préstamo atendiendo no tanto su solvencia o capacidad de hacer frente al pago de la deuda, sino en función de la tasación de la garantía que ofrecían (para la hipoteca del inmueble) no pudiesen hacer

frente a sus deudas y provocase por parte de la entidades de crédito el inicio de miles de procedimientos de ejecución<sup>237</sup>.

Ante ese panorama, son diversos los factores que hicieron que las cláusulas abusivas adquirieran relevancia jurídica y especialmente social:

En primer lugar la confusión de conceptos (en la que tienen gran responsabilidad los medios de comunicación) entre cláusulas abusivas y las ejecuciones hipotecarias y desahucios en general que se están produciendo en la actualidad como consecuencia de la crisis económica y financiera, algunos de ellos no lo negaremos, con tintes y consecuencias muy dramáticos. Y confusión porque, por un lado, no todas los desahucios se producían como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, sino que la mayor parte de los mismos eran consecuencia de incumplimientos de contratos de alquiler y por otro, porque el hecho de que existieran cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario, no determinaba que se hubiese ejecutado la hipoteca, sino en todo caso puede hacer que las consecuencias o circunstancias de esa ejecución sean más onerosas y en algunos supuestos desproporcionadas, pero no hay que olvidar que lo que produce la ejecución y posterior desahucio es el impago de la obligación principal, en estos casos la devolución del préstamo y de sus intereses pactados.

Un segundo factor de gran importancia es la publicación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea<sup>238</sup> de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 ECLI:EU:C:2013:164) ante una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona<sup>239</sup>, el cual planteaba si era o no conforme con el derecho comuni-

---

<sup>237</sup> Según datos del poder judicial, desde el inicio de la crisis, en 2007 hasta el primer trimestre de 2017 se han llevado a cabo en los tribunales españoles 731.586 ejecuciones hipotecarias. Así resulta de una estadística minuciosa, que distingue entre ejecuciones hipotecarias, lanzamientos, y procedimientos de desahucio. En: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales>. (Fecha de consulta: 24/08/2017).

<sup>238</sup> Con carácter previo a esta sentencia de gran importancia nos encontramos también con otra del TSJUE de 6 de junio de 2009, que recordó que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho sin necesidad de impugnación y declaración judicial.

<sup>239</sup> Sentencia en el asunto C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164) Mohamed Aziz / CatalunyaCaixa. Son numerosos los artículos que se han publicado comentando esta sentencia y las consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico, indicativo de la importancia de la misma en toda la problemática que sobre el tema de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios se ha planteado, así entre otros muchos: BERROCAL LANZAROT, A. I., «La protección del deudor hipotecario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013. ESTRADA ALONSO, E., FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)», en *RCDI*, N° 737 Año LXXXIX, mayo-junio 2013, pp. 1415-1475. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El procedimiento de ejecución de

tario que en el procedimiento de ejecución de hipoteca, al existir causas tasadas de oposición al mismo, entre estas no estuviesen la alegación de cláusulas abusivas y la escasa eficacia (respecto a la recuperación de la vivienda) que tiene la alegación e incluso declaración de nulidad de cláusulas abusivas en el declarativo posterior, al ordenarse la cancelación de la eventual anotación de la demanda en el Registro<sup>240</sup>.

Como hechos podemos destacar los siguientes de acuerdo con las conclusiones de la Abogado General y de la Sentencia:

El señor Mohamed Aziz concertó un contrato de préstamo hipotecario con la entidad Caixa Catalunya, formalizado en escritura pública el 19 de julio de 2007. La finalidad del préstamo, cuyo importe por capital ascendía a 138.000 euros, era cancelar la deuda pendiente con otra entidad crediticia para la adquisición de su vivienda. El inmueble dado en garantía era la referida vivienda del señor Aziz, que se tasó a efectos de una eventual subasta en 194.000 euros.

Las condiciones del préstamo eran las siguientes; plazo hasta el 1 de agosto de 2040, con 396 cuotas. Los intereses ordinarios o remuneratorios eran fijos hasta el 30 de enero de 2009 y a partir del día siguiente se pasaba a un sistema de interés variable (Euribor más 1'10 puntos). Intereses de demora de un 18'75%. por último, la cláusula 15.<sup>a</sup>, que dio lugar al procedimiento declarativo ante el juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, establecía el pacto de liquidez, en caso de ejecución judicial de la hipoteca es la entidad crediticia la que determina unilateralmente la deuda exigible presentando la

---

bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, en *RCDI*, N° 738 Año LXXXIX, julio-agosto 2013, pp. 2667-2690. JIMÉNEZ PARÍS, T.A. «Las Sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español», en *RCDI*, N° 738 Año LXXXIX, julio-agosto 2013, pp. 2716-2770.

<sup>240</sup> El propio TSJUE afirmaba con relación a ello que «*La normativa española enumera los motivos (extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad) muy limitados, por los que un deudor puede oponerse al procedimiento de ejecución de una hipoteca. Entre esos motivos no figura la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario. De este modo, esta circunstancia sólo puede invocarse en un procedimiento declarativo separado, que no suspende el procedimiento de ejecución hipotecaria. Además, en el procedimiento de ejecución español, la adjudicación final de un bien hipotecado a un tercero –como un banco– adquiere, en principio, carácter irreversible. Por consiguiente, si la decisión del juez que conozca del proceso declarativo por la que declare abusiva una cláusula de un contrato de préstamo –y, por tanto, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria– se pronuncia después de que se haya llevado a cabo la ejecución, esa decisión sólo puede garantizar al consumidor una protección a posteriori, meramente indemnizatoria, sin que la persona expulsada pueda recuperar la propiedad de su vivienda».*



escritura pública en que se formalizó el contrato de préstamo hipotecario y la liquidación de las cantidades pendientes de pago calculada según lo convenido en la escritura.

A partir de junio de 2008 el señor Aziz dejó de abonar sus cuotas mensuales. En consecuencia, la entidad de crédito otorgó acta notarial de determinación de la deuda, liquidación que ascendía a 139.764'76 euros, cantidad comprensiva del principal más los intereses ordinarios y moratorios debidos. Tras requerir al interesado infructuosamente, la entidad acreedora inició procedimiento de ejecución reclamando 139.674'02 euros en concepto de principal, 90'74 euros de intereses vencidos, y 41.902'21 euros de costas y gastos.

El demandado no compareció ni formuló oposición, por lo que el procedimiento siguió su curso, celebrándose el 20 de julio de 2010 la subasta sin ningún postor, por lo que resultó adjudicada la vivienda a la entidad financiera por el 50% de su valor de tasación<sup>241</sup>, fijándose como fecha para la transmisión de la posesión del inmueble al adjudicatario el 20 de enero de 2011, día en el que el señor Aziz fue expulsado de su vivienda.

Habida cuenta lo anterior, el ejecutado perdió su vivienda y no quedó totalmente liberado de la deuda, pues seguía debiendo más de cuarenta mil euros a la entidad financiera (la diferencia entre el importe reclamado y los 97.000 euros que son la mitad del valor de tasación).

El 11 de enero de 2011, el señor Aziz presentó demanda en procedimiento declarativo ante el juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona para que se declarara nula por abusiva la cláusula 15.<sup>a</sup> que establecía el pacto de liquidez, (en caso de ejecución judicial de la hipoteca es la entidad crediticia la que determina unilateralmente la deuda exigible) y, en consecuencia, se anulara el procedimiento de ejecución hipotecaria.

---

<sup>241</sup> Hay que tener en cuenta que el procedimiento se siguió de acuerdo con la normativa vigente en ese momento que admitía esta adjudicación por el 50% del valor de tasación. Actualmente no habría sido posible la adjudicación por ese porcentaje al tratarse de una vivienda habitual. La Ley 37/2011, de 10 de octubre, la Disposición Adicional sexta establece que: «En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección vi del capítulo IV del título IV del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70% o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura» y con la reforma operada por el Real Decretoley 8/2011, de 1 de julio, el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento dispone que: «si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciera uso de esa facultad, el secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

Dada la imposibilidad de alegar la abusividad de la cláusula como motivo de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria, así como el efecto no suspensivo del proceso declarativo posterior, el juez de lo Mercantil se planteó la conformidad de determinados preceptos del ordenamiento español con la normativa comunitaria, planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia de la Unión Europea al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En concreto las cuestiones prejudiciales planteadas fueron:

1) *«Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.*

2) *se requiere al Tribunal de justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:*

a. *A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.*

b. *La fijación de unos intereses de demora –en este caso superiores al 18%– que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.*

c. *La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia*

*cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble».*

Con relación a la primera cuestión planteada, sobre si el sistema de ejecución de bienes hipotecados es contrario a la normativa comunitaria sobre tutela del consumidor, hay que señalar que la cuestión prejudicial en los términos que se planteaba no guardaba relación con el litigio principal por lo que se reformuló<sup>242</sup> por la Abogado General, en el sentido de determinar si es conforme a la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la regulación procesal española en relación con *«las posibilidades que tiene el consumidor de obtener, cuando menos a través del procedimiento declarativo, protección jurídica frente a la ejecución»*. El Tribunal de Justicia hace suyos, con algunas variaciones, los argumentos de la Abogado General, para entender que no se cumple con el principio de efectividad. Así, destaca que en la regulación española, el deudor ejecutado únicamente puede impugnar una cláusula contractual por abusiva en un procedimiento declarativo que, dada la sumariedad del ejecutivo, normalmente cuando tiene lugar aquél éste ya ha terminado, sin que produzca efectos suspensivos en la ejecución ni impida que ésta suceda. Lo que se prevé es una indemnización por daños y perjuicios, en su caso, pudiendo el juez que conozca del proceso declarativo ordenar la retención de cantidades procedentes de la adjudicación en la ejecución para garantizar el cobro de la indemnización y, como otra medida de protección al deudor citada por el Tribunal de Justicia, obviada sin embargo por la Abogado General, existe la posibilidad de solicitar anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la demanda de nulidad de la hipoteca. El problema viene de la mano del principio de efectividad. A la imposibilidad de alegar motivo de oposición distinto a los previstos en el artículo 695 LEC y de suspender la ejecución a través de medida cautelar adoptada en el proceso declarativo correspondiente, el TJUE añade el *«riesgo no desdeñable»* de que el consumidor afectado no realice la anotación preventiva de demanda de nulidad de la propia hipoteca (que, si es posterior a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, se cancelará con la adjudicación derivada de la ejecución en virtud del artículo 131 LH) *«ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos»*.

---

<sup>242</sup> Gracias a la reformulación de la pregunta por la Abogado General se permite el pronunciamiento del TJUE sobre una cuestión en otro caso inadmisibile por hipotética al no ser el objeto del litigio la ejecución propiamente dicha.

Tanto la Abogado General como el Tribunal concluyen, por lo tanto, que al no poder alegar el deudor la abusividad de una cláusula en el proceso ejecutivo y no poder suspender la ejecución una vez iniciado el declarativo, por medio de la adopción de una medida cautelar en tal sentido, la regulación española en este punto se opone a la Directiva 93/13. En cuanto a esta primera cuestión, el TJUE declara que *«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 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la decisión final»*.

De la sentencia del TJUE se vislumbra una doble posibilidad a estudiar por el legislador español a la hora de acomodar la normativa procesal al principio de efectividad comunitario:

– o bien se establece un motivo de oposición en el seno del proceso de ejecución hipotecaria relativo al carácter abusivo de alguna cláusula;

– o bien se establece la posibilidad de que en el procedimiento declarativo donde se impugne alguna estipulación por abusiva se establezca que el mismo produce efectos suspensivos de la ejecución.

El TJUE, en la sentencia objeto de estudio, señala que, para calificar la validez del pacto, el juez remitente debe comprobar:

– si el vencimiento anticipado depende del incumplimiento por el consumidor de una obligación esencial;

– en los casos en que el incumplimiento es *«suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo»*;

– y si dicha facultad por parte del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo es una excepción en relación con las normas aplicables en la materia y si *«el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»*.

No puede negarse que el impago de las cuotas del préstamo constituye un incumplimiento de una obligación esencial del prestatario (artículos 1.124, 1.129 del Código Civil). Del propio artículo 85.4 TRLGDCU, en sentido contrario, se desprende la admisibilidad de la cláusula, pero siempre que el incumplimiento por el deudor sea de una obligación esencial. En definitiva, el problema radica, pues, en determinar cuántos impagos constituyen un incumplimiento grave, y en qué circunstancias, por cuanto no es lo mismo la falta de pago de la primera cuota del préstamo que de la última. Esto se refería directamente a la posibilidad de iniciar la ejecución y declarar vencido el préstamo por impago de una sola de las cuotas lo que se consideró por el tribunal como desproporcionado y abusivo<sup>243</sup>.

En relación con los intereses de demora, la sentencia atendía por un lado a que se establecían en las normas internas del Estado miembro para el caso que no se hubiese estipulado nada sobre intereses de demora, y por otro a su relación con el interés legal del dinero, de modo que no supusiese el interés de demora una sanción desproporcionada por el incumplimiento.

Siguiendo las conclusiones de la Abogado General, el TJUE dispone que el juez de lo mercantil deberá decidir acerca de la abusividad o no abusividad de la cláusula de intereses de demora que establecía un tipo de un 18'75% en atención a lo siguiente:

– *«a las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores»* y

– *«el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos»*. En definitiva se trata de comparar el interés de demora pactado en relación con el que se aplicaría en defecto de pacto, el interés legal y determinar su adecuación también en función de los objetivos o finalidad de este tipo de intereses.

---

<sup>243</sup> Autores como BALLUGERA defendían la necesidad de establecer objetivamente cuándo se puede entender como un incumplimiento grave en relación con el contrato, atendiendo a la duración del préstamo y al momento de ese incumplimiento, articulando una fórmula objetiva que tuviese en cuenta todos esos factores. Así explica este autor que en los regímenes alemán, francés e italiano se tiene en cuenta la parte ya devuelta por el prestatario, el número de cuotas impagadas, y se concede un plazo para que el deudor cumpla voluntariamente en BALLUGERA GÓMEZ, C., «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, N° 7507, sección Doctrina, 11 de Noviembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

La Abogado General indicaba más pautas en sus conclusiones para la resolución del proceso por el juez nacional añadiendo que: *«para efectuar el examen concreto puede ser relevante qué tipo de interés de demora suele acordarse en los préstamos hipotecarios»* así como el tipo previsto para los demás créditos al consumo pues *«ello puede servir de indicio para apreciar un posible desequilibrio, al igual que la circunstancia de que los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios, debido a la garantía concedida, son por regla general mucho menores que en los demás créditos al consumo»*,

Por último en cuanto a la cuestión relativa a la liquidación unilateral por la entidad acreedora del importe de deuda impagada, el TJUE afirma que *«el juez remitente deberá determinar si –y, en su caso, en qué medida– la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa»*. En lo que atañe a esta cláusula, cabe destacar que el artículo 153 bis LH prevé expresamente este posible convenio en relación a las hipotecas de máximo, así como el artículo 153 en relación con las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito. Este último precepto garantiza el derecho de defensa del deudor en sede procesal por cuanto dispone que en caso de que se incluya este pacto en el contrato, *«para proceder a la ejecución se notificará judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta, pudiendo éste alegar en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad»*, siendo aplicable sin duda a las hipotecas de máximo del precepto siguiente (artículo 153 bis) que además se remite al artículo 153.

Las consecuencias de dicha sentencia, ya han sido ampliamente comentadas en distintos trabajos y sin duda la actualidad del tema que analizamos, sobre calificación registral de cláusulas abusivas tiene también origen en esta sentencia, por cuanto entendemos que de haberse producido una adecuada depuración de las cláusulas abusivas en la calificación no habría necesidad de modificar el procedimiento de ejecución judicial de bienes hipotecados ni se habría producido esos pronunciamientos del TSJU tan críticos con el sistema de ejecución español.

Las conclusiones a las que llega el TSJUE<sup>244</sup> hubieran sido otras si se hubiese planteado bien la existencia de un control previo de las cláusulas abusivas a través de la

---

<sup>244</sup> La STSJUE de 21 de abril de 2016 (C-377/14 – ECLI:EU:C:2016:283) llegó a la misma conclusión respecto del procedimiento concursal, en el sentido de que el consumidor concursado debe poder impugnar



calificación independiente que realizan los registradores de la propiedad tal y como defendemos en este trabajo. De ese modo había venido pronunciándose el Tribunal Constitucional desde la sentencia 41/1981, de 18 de diciembre<sup>245</sup> (BOE de 14 enero 1982) como ya se ha apuntado antes. Según el Tribunal Constitucional, en los casos que se había planteado la constitucionalidad de nuestro procedimiento de ejecución judicial directa de bienes hipotecados (antes de ejecución sumaria), no se produce indefensión ni es contrario al derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 CE puesto que dicha protección advierte el tribunal se produjo en el momento de la constitución de hipoteca y la inscripción a través del control preventivo ejercido por el registrador. El proceso ejecutivo se presentaba como un procedimiento de realización de valor, que carecía de fase de cognición, siendo puramente de apremio, entendiéndose que la tutela judicial efectiva estaría salvaguardada por cuanto no se produce el efecto de cosa juzgada y cabe que el deudor inicie un procedimiento declarativo. Además, la calificación registral de las hipotecas, se convierte así en palabras de nuestro Tribunal Constitucional en la garante de la constitucionalidad y legalidad del procedimiento de ejecución, de modo que el hecho de que el procedimiento de ejecución sólo pueda basarse en aquellos extremos de la hipoteca inscritos en el Registro (art. 130 LH) unido al control, ejercido por el registrador para evitar que accedan cláusulas nulas (también las abusivas) hubieran hecho imposible que se ejecutaran hipotecas con dichas cláusulas abusivas y por tanto innecesaria esa necesidad de alegar en el procedimiento la existencia de esas cláusulas nulas.

---

en el procedimiento concursal la validez de las cláusulas abusivas que hubiera en el contrato con acreedores profesionales. Vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A. «El control de las cláusulas abusivas en el procedimiento concursal» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 761, mayo-junio 2017, pp. 1564-1590.

<sup>245</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 (STS 41/1981 ECLI:ES:TC:1981:41), 24 de enero de 1995 (STS 21/1995 ECLI:ES:TC:1995:21), 9 de mayo de 1995 (STS 69/1995 ECLI:ES:TC:1995:69), 4 de diciembre de 1997 (STS 223/1995 ECLI:ES:TC:1997:223). Recientemente, puede citarse el Auto del TC de 19 de julio de 2011 (AUTO 113/2011 ECLI:ES:TC:2011:113A) por el que inadmite una cuestión de inconstitucionalidad sobre el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados y afirma el mantenimiento de la doctrina de 1981 aunque la regulación haya cambiado, porque «*el procedimiento sumario de ejecución introducido por la Ley hipotecaria de 1909, (...) ha perdurado en sus rasgos fundamentales hasta su sustitución por el régimen recogido en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que reproduce, por lo que aquí interesa, los perfiles esenciales (cognición limitada y medios de defensa limitados) del procedimiento de ejecución hipotecaria (también sobre viviendas) entonces examinado*» (...) «*en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión (...) es un procedimiento de realización de valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título (...) El procedimiento es una vía de apremio, en que el juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo, porque se lo impide el principio de paz jurídica (...) la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo*».



Como sabemos este argumento no era defendible en el momento en que se publicó la Sentencia del TSJUE, puesto que la práctica ponía de manifiesto que las inscripciones de hipoteca en nuestro país contenían cláusulas abusivas.

También junto a la sentencia del TSJUE, es de destacar la STS 241/2013, de 9 de mayo (ROJ:STS 1916/2013 – ECLI:ES:TS:2013:1916) relativa a la declaración de nulidad de cláusulas suelo en las hipotecas dictada en el marco de una acción colectiva ejercitada por una asociación de consumidores contra varias entidades bancarias, que estableció el carácter abusivo de las cláusulas suelo, declarando su nulidad. En este fallo, el Pleno de la Sala de lo Civil del TS partió del concepto de «control de transparencia», entendido como aquel en el que «el consumidor tenga un conocimiento real de cuál es el sacrificio económico y de la carga jurídica que se deriva del contrato». Como consecuencia de ello, el Tribunal en el caso concreto consideró nulas las cláusulas suelo que había por falta de transparencia, y condenó a las entidades de crédito a eliminarlas y a abstenerse de ponerlas con esa redacción en el futuro.

Sin embargo, lo más polémico de esta Sentencia fue que establecía que tal declaración de nulidad no afectaría ni a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a las cantidades satisfechas antes del 9 de mayo de 2013<sup>246</sup>. Se decantaba por tanto por la irretroactividad de los efectos de esa nulidad, esto es la no obligación de devolver las cantidades indebidamente satisfechas por los consumidores, señalando en la Sentencia como uno de los argumentos «el posible riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público» por las ingentes cantidades de dinero que la banca se vería obligada a devolver.

Como veremos el TS se ha visto obligado a replantearse esta cuestión por ser contraria esta interpretación relativa a la irretroactividad a la Directiva 93/13/CEE, según la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016:980).

---

<sup>246</sup> Esta limitación de la eficacia retroactiva fue confirmada por el propio Tribunal Supremo en su otras sentencias como la de 8 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903), -con voto particular del magistrado Sancho Gargallo- y la de 25 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1280/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1280), en las que se fijó como doctrina que, cuando en aplicación de la doctrina establecida en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916) se declarase abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuaría a partir de la fecha de publicación de dicha sentencia de 2013, esto es el 9 de mayo.

Sin embargo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016:980), ha declarado que esa jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios derivados del carácter abusivo de una cláusula es contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

## 5.2. La Ley 1/2013.

La situación que hemos venido describiendo desembocó en una norma con carácter excepcional por las circunstancias en que se promulgó y por todo el movimiento social que se había generado en torno a la situación económica, las ejecuciones hipotecarias, los desahucios y las cláusulas abusivas. El detonador fue la STJUE antes<sup>247</sup> citada y la norma

---

<sup>247</sup> Para no perder el hilo del tema de la presente tesis no nos pararemos a analizarlas distintas normas que como consecuencia de la crisis económica y del aumento de las ejecuciones hipotecarias fueron publicándose en nuestro país en una carrera por legislar intentando paliar a posteriori los efectos negativos de la crisis económica. Como tales normas: el Real Decreto 1.975/2008, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, que establecía una moratoria temporal para determinados deudores. El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, elevó el umbral de inembargabilidad para determinados deudores. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, introduce, la obligación de las entidades financieras de conceder responsablemente crédito, precediendo siempre un estudio en profundidad de la solvencia del deudor y dándole acceso a toda la información necesaria para que se forme un juicio razonado sobre sus necesidades de financiación y sus posibilidades de obtenerla. En 2011, se reformó nuevamente la L.E.C. con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, conocida como ley de «desahucio express». A lo largo del año 2012, han sido aprobados numerosos reales decretos justificándose su aprobación en las circunstancias «de extraordinaria y urgente necesidad» (artículo 86 CE). Así, se ha aprobado el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que introdujo una serie de medidas de protección para aquellos deudores que se encuentren en el umbral de exclusión, la limitación de los intereses moratorios, el acceso al alquiler de las viviendas procedentes de ejecuciones hipotecarias y un Código de Buenas prácticas bancarias, de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito, junto con varias reformas fiscales. Finalmente, el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios introduce una moratoria de dos años en las ejecuciones hipotecarias, suspendiendo el lanzamiento sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. Muchas de estas normas serían recogidas y ampliadas en la Ley 1/2013. Próximo a finalizar el plazo de dos años fijado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y dado que muchas familias aún se encontraban en situación de vulnerabilidad, se consideró oportuno ampliar el plazo de suspensión de los lanzamientos tres años más. Con tal motivo, el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, modificó la Ley 1/2013, ampliando el plazo de suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2017.

Últimamente, por medio del RD ley 5/2017, se modifican los anteriores. Se sigue considerando conveniente ampliar el ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, lo que supone tanto modificar el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas como el de aquellas personas que se pueden beneficiar de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas. En segundo término, se amplía en tres años adicionales, desde la entrada en vigor de esta norma, la aplicación de la suspensión de lanzamiento. Finalmente, se establecen mecanismos de alquiler en favor de los deudores ejecutados sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión.

Estas medidas tienen un efecto desincentivador del crédito al implicar un retraso indefinido e inexplicable de lo que le es debido al acreedor. Para ilustrar esta afirmación puede acudirse al ejemplo de Argentina. En la década de los noventa tenía un saldo vivo hipotecario respecto del PIB de 6,42% (pequeño incluso al resto de países de su entorno) pero tras la crisis económica del Corralito en 2001 debido al proceso recesivo que culminó con el abandono de la paridad peso/dólar se produjo una imposibilidad de pago de los préstamos hipotecarios que culminó en la paralización de las ejecuciones hipotecarias y no solo de los lanzamientos de viviendas habituales y de inmuebles que constituyeran unidades productivas de pequeñas y medianas empresas por plazo de 180 días y la conversión en pesos de los préstamos dolarizados por ley. Un año después, en septiembre se prorrogó esta situación durante 90 días más y esta situación se fue prolongando el año 2006, año en que la ley extendió la suspensión de los desalojos en cualquiera de sus modalidades, volviéndose de nuevo a la paralización de las ejecuciones hipotecarias en 2007 en tanto se constituyera la llamada “Unidad de reestructuración” que tenía por objeto reestructurar todos los préstamos hipotecarios. Este conjunto de prórrogas e inseguridad ha provocado que el saldo vivo en créditos hipotecarios argentinos

de carácter excepcional la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social<sup>248</sup>, que comienza diciendo en su preámbulo que «*la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios*».

Cabe destacar que dicha norma comenzó a través de una Iniciativa Legislativa Popular sobre desahucios<sup>249</sup> lo que pone de manifiesto el nivel de preocupación ciudadano que existía en el momento de su promulgación por las ejecuciones hipotecarias y los desahucios, habiendo venido precedida por diversas normas como el Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en los que se regulaba un código de buenas prácticas bancarias, alquileres sociales y en última instancia la posibilidad de acudir a la dación en pago<sup>250</sup>.

Sin embargo el texto que finalmente vio la luz difería en mucho de las medidas radicales que se proponían en un comienzo<sup>251</sup>. La Ley estructura cuatro partes diferenciadas en cuatro capítulos:

---

haya descendido hasta situarse en el 0,82 % no obstante la recuperación de la economía argentina y el crecimiento de la construcción residencial.

<sup>248</sup> Son muchos también los artículos doctrinales relacionados con la presente norma, por citar sólo algunos ejemplos: JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013, anti-desahucios, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 e abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional», en *RCDI*, N° 743, mayo-junio 2014, pp. 1465-1489. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *RCDI*, N° 746 Año LXXXX, noviembre-diciembre 2014, pp. 3109-3143. GÓMEZ MATEO, J., «Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios», en *RCDI*, N°739 Año LXXXIX, septiembre-octubre 2013, pp. 3125-3150.

<sup>249</sup> En un sentido gramatical el término desahucio procede de «ahuciar», que significa esperarar o dar confianza, por lo que literalmente significaría quitar la confianza puesta en algo o alguien. Desde un punto de vista jurídico, el desahucio se refiere al procedimiento que tiene el arrendador o propietario de una vivienda o finca para desalojar al arrendatario por impago de rentas, por lo que no guarda relación con las ejecuciones hipotecarias y los lanzamientos derivados de las mismas, salvo por el mismo efecto de dejar a una persona sin el lugar donde residía o habitaba. Fuera de estas precisiones en la sociedad y la prensa se entienden como sinónimo prácticamente de las ejecuciones.

<sup>250</sup> Sobre esta norma *vid.* VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *RCDI*, N° 735, Enero-Febrero 2013, pp. 481-507.

<sup>251</sup> Se proponían una serie de medidas que de haberse aplicado supondría el final del crédito hipotecario: la dación en pago antes de la celebración de la subasta, que no se pudiera proseguir la ejecución dineraria aunque lo conseguido con la subasta fuera insuficiente para pagar el crédito (limitar la responsabilidad a la garantía hipotecaria sin el juego del artículo 1911 del CC contra el artículo 105 LH), la paralización de los desahucios cuando el impago del préstamo fuera debido a motivos ajenos a su voluntad, el derecho a un

El primero de ellos, el capítulo I, se refiere a la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Se refiere a la vivienda habitual y a personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. No se afecta al proceso de ejecución en sí, sino que se suspende el lanzamiento o desahucio.

El capítulo II, contenía diversas modificaciones de la Ley Hipotecaria, la Ley de Mercado Hipotecario, y la Ley 41/2007, entre ellas la limitación de los intereses de demora que podrán exigir las entidades de crédito cuando se trate de ejecución de vivienda habitual a tres veces el interés legal del dinero (art. 114.3 LH), y también la posibilidad de alegar y que el notario suspenda el procedimiento de venta extrajudicial de finca hipotecada (art. 129 LH) cuando se alegue cláusula abusiva, ambas medidas como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 ECLI:EU:C:2013:164).

El capítulo III introduce numerosas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al procedimiento de ejecución especial de bienes hipotecados, siendo quizá la fundamental el añadir una nueva causa de oposición al mismo : la existencia de cláusulas abusivas permitiendo que el órgano judicial que conozca de la ejecución, pueda de oficio o a instancia de parte declarar nulas por abusivas cláusulas de la hipoteca y de acuerdo con ello, o dejar sin efecto el procedimiento de ejecución, o instar que continúe sin aquellas (art. 695 LEC). También se introdujeron otras medidas para fomentar que en la subasta se obtuviera un valor más cercano al de mercado del bien, como la disminución del importe del aval que han de presentar los posibles postores al 5% del valor de tasación (art. 647 LEC), el establecimiento de mínimos por el que se podrá adjudicar el bien dependiendo si se trata o no de vivienda habitual (art. 671 LEC), así como que el valor de tasación pactado no puede ser inferior a un 75% del que conste en el certificado de tasación que sirvió para conceder el préstamo (art. 682.2.1ª LEC).

Por último el capítulo IV se destina a la reforma y actualización del R Decretoley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, tanto en lo que afecta al ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas.

La Ley 1/2013, no deja de ser una amalgama de medidas diversas que pueden verse como parches puestos a un sistema que hacía aguas. Se intenta abarcar mucho y los

---

arrendamiento forzoso del ejecutado y la aplicación de todas estas medidas con carácter retroactivo. *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes generales, Congreso de los Diputados, Serie B, N° 102-3, de 20 de febrero de 2013.

resultados fueron pobres. Nada tiene que ver la suspensión de los procedimientos con la posibilidad de condonar parte del préstamo (la conocida quita desde siempre), ni las limitaciones de intereses de demora con la modificación de las normas del procedimiento de ejecución. Y la referencia y modificación del llamado código de buenas prácticas bancarias, no deja de ser un brindis al sol por parte del legislador que deja en manos de las entidades de crédito el establecimiento de medidas excepcionales como puede ser la concesión de aplazamientos, rebaja de tipo de interés o la dación en pago en última instancia.

Sin embargo ¿se podía hacer otra cosa?, realmente la presión social era muy intensa, se exigían medidas drásticas y la posición de la mayoría parlamentaria era propensa a tomarlas. Por lo que visto con un poco de perspectiva, la ley fue la menos mala de las que podían haber salido.

Había un grave problema y exigía una solución. Sin embargo el problema aún subsiste, y ahora que hay tiempo sería preciso plantearse una solución calmada, estudiando a fondo los problemas de nuestro procedimiento de ejecución y la necesidad de evitar que en el mismo puedan oponerse la existencia de cláusulas abusivas, ya que este incidente de oposición lo que hace es ralentizar el procedimiento con las consecuencias económicas y de incertidumbre en el resultado que conllevan para el ejecutante, todo lo cual radica finalmente en un encarecimiento de las hipotecas como producto financiero, porque la efectividad de la garantía ya no es la misma que antes de la crisis.

Ya se ha producido un daño a la hipoteca, lo que se trata ahora es de recuperarla, de que todos los interesados en la misma, no solo los bancos sino nosotros como consumidores y la sociedad en general vuelva a recuperar la confianza en este instrumento que ha permitido la financiación de millones de hogares durante décadas y que permitiendo esta financiación a tipos de interés muy bajos ha contribuido de manera muy importante al desarrollo y modernización de nuestro país.

### 5.3. Situación actual: ¿Cambio de paradigma?

#### A) Un nuevo escenario.

Lo que ha ocurrido en nuestro país con las cláusulas abusivas puede calificarse como un auténtico «*tsunami*» jurídico. Un terremoto con consecuencias aún no del todo previsibles. Ha cambiado la concepción de la ciudadanía y arrastrados por ella la de nuestros políticos, legisladores y tribunales. A pesar de que esta problemática no es nueva, llevamos desde 1984 con una ley específica de la materia y en el ámbito europeo con una

Directiva específica sobre cláusulas abusivas desde el año 1993. Sin duda la crisis económica ha influido mucho en esta transformación, pero también el que no se hayan hecho los deberes necesarios ni por el legislador al hacer correctamente la transposición del derecho europeo, ni por parte de los agentes económicos y jurídicos para aplicar de una manera seria y efectiva las medidas que nuestro ordenamiento ofrecía para evitar las cláusulas y prácticas abusivas. ¿Se ha producido un cambio de paradigma? Sin duda. Pero no se ha parado aquí, continúan los cambios normativos y las resoluciones judiciales que ponen de manifiesto que aún queda mucho por hacer en lo que respecta a la defensa de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

La situación actual confirma que no se trataba de una cuestión exclusiva de la crisis económica, sino que ha habido un cambio real de la sociedad, por lo que todos los operadores jurídicos y económicos debemos hacer un especial esfuerzo por no cerrar en falso esta crisis de confianza en el sistema y arbitrar los medios necesarios para que no vuelva a ponerse en entredicho la solvencia del Estado español para luchar contra las prácticas abusivas.

En la actualidad siguen abiertos diversos frentes: la correcta inteligencia e interpretación de la Directiva 93/13 y su adecuada aplicación a través de las normas nacionales puesta de manifiesto por nuevas Sentencias del TJUE, las interpretaciones y correcciones jurisprudenciales de las normas nacionales cuando los tribunales consideran que se conculcan la prohibición de cláusulas abusivas, y una nueva Directiva sobre contratos de crédito con consumidores que ha de trasponerse a nuestro ordenamiento y respecto de la cual ya existe un Anteproyecto, y junto a todo ello la cuestión del papel que deben desarrollar los notarios y registradores en el control de las cláusulas abusivas.

#### B) Modificaciones de la Ley 1/2013.

Aún después de la publicación de esta norma que modificó el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados se han producido modificaciones posteriores como consecuencia también de pronunciamientos del TSJUE, como con la Sentencia de 3 de julio de 2014, que consideró que no era conforme a la Directiva 93/13, que el acreedor ejecutante pudiese recurrir en apelación si el juez que conocía de la causa de oposición estimaba la misma, mientras que el deudor ejecutado no tenía esa posibilidad si el juez no estimaba la oposición del ejecutado, cuestionándose la compatibilidad del artículo 7.1 de la Directiva 93/13 con el artículo 695.4 de la LEC porque no permite que el procedi-



miento de ejecución hipotecaria pueda ser suspendido por el juez que conozca del procedimiento declarativo y por otro lado, por la diferencia comentada en cuanto el acreedor ejecutante puede apelar la decisión que sobrase la ejecución, mientras que el ejecutado no podía hacerlo si se desestimaba su motivo de oposición a la ejecución.

Esta sentencia dio a su vez lugar a la modificación del art. 695 LEC por la disposición final tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y hoy establece que *«4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.*

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

También a través de una STJUE, en concreto la de 26 de enero de 2017 (C-421/14 – ECLI:EU:C:2017:60), se ha producido otra modificación de la Ley 1/2013. Esta Sentencia se pronuncia sobre diferentes cuestiones como las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago y al examen de oficio del juez nacional sobre la abusividad cuando ya existe un pronunciamiento de carácter firme sobre la legalidad del conjunto de cláusulas a la luz de la Directiva 93/13/CE, y hace alusión también al plazo preclusivo de un mes previsto en la reforma del art. 557.1 y 695 LEC por la Ley 1/2013 afirmando que *«los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley».* Como consecuencia de esta afirmación se ha entendido que el plazo de un mes debería computarse desde que efectivamente se le haya notificado la existencia de ese plazo al deudor ejecutado para que en



su caso pueda oponer la existencia de cláusulas abusivas que afecten a la ejecución o a la determinación de la cantidad exigible.

Por otro lado, previsiones que la Ley 1/2013 hizo respecto a cuestiones señaladas por el TJUE como los intereses de demora y las cláusulas de vencimiento anticipado por impago, que la Ley había fijado de un modo objetivo en tres puntos por encima del interés legal del dinero para determinados casos y en el impago de tres cuotas han venido a ser superados por resoluciones judiciales tanto de nuestro Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con relación a los intereses de demora, la STJUE de 21 de enero de 2015 (Unicaja Banco y Caixabank) (C-482/13 – ECLI:EU:C:2015:21) el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 1723/2015 – ECLI:ES:TS:2015:1723 y ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618) y de 18 de febrero de 2016 (ROJ:STS 626/2016 – ECLI:ES:TS:2016:626), en relación a los intereses de demora considerados abusivos, el Tribunal Supremo, distingue la declaración judicial de abusividad, del control notarial y registral previo de la cláusula de intereses de demora que procede conforme al artículo 114.3 LH (introducido por Ley 1/2013), que además es sólo aplicable a algunos supuestos (préstamos o créditos para financiar adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda).

Señala que no excluye la consideración como abusivo del interés de demora el que la ley haya fijado un límite para determinados supuestos. Conforme a la jurisprudencia europea el art. 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica (tres veces el interés legal del dinero), pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan el límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la *«imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, en los términos del art. 85.6 TRLGDCU»* [STS 23 diciembre 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618)]. De acuerdo con ello, la propia sentencia añade que: *«el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 LH (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables*

*en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles».*

Por lo tanto, atendiendo a ese posible carácter abusivo de los intereses de demora, porque constituyan una indemnización por incumplimiento desproporcionadamente alta, el Tribunal Supremo en las Sentencias antes citadas ha venido a fijar un criterio objetivo para poder considerar como abusivos los intereses de demora, primero en los préstamos personales [STS de 22 de abril de 2015 (ROJ:STS 1723/2015 – ECLI:ES:TS:2015:1723)], y más tarde extendiéndolo también a los préstamos hipotecarios. Este es el mencionado criterio de los dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio. Sobre este punto, por las importantes consecuencias que tiene para los deudores volveremos más adelante.

De manera parecida ha quedado diluida la exigencia de al menos el impago de tres cuotas mensuales o su equivalente para que pueda establecerse como causa de vencimiento anticipado. Las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618 y ROJ:STS 626/2016 – ECLI:ES:TS:2016:626) que (en aplicación de los criterios del TJUE) declararon que las cláusulas de vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda por impago de cualquier cuota periódica de amortización del préstamo hipotecario son nulas de pleno derecho. Esta afirmación ya la hizo con anterioridad la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso *Aziz* C-415/11 – ECLI:EU:C:2013:164), y por ello se operó la reforma de la ley en este punto, exigiendo el incumplimiento al menos de tres cuotas mensuales. Lo grave es que este criterio (que se basa en la aplicación de una Directiva de 1993, es decir, transcurridos 20 años desde su aprobación) se contradice con otras en sentido opuesto del propio TS español como la STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ:STS 8466/2009 – ECLI:ES:TS:2009:8466), que durante años ha sostenido una jurisprudencia distinta. Ahora, se afirma lo contrario, dejando en cierta situación de incertidumbre a muchas miles de hipotecas contratadas con arreglo a los criterios jurisprudenciales entonces vigentes. Hoy, la STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14 – ECLI:EU:C:2017:60) sobre esta materia afirma que en cuanto a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de de-

clarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. E igualmente dice que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

Señala expresamente el TJUE en relación a este punto que *«tal como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el art. 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula»*. En definitiva, que a pesar de que la Ley 1/2013 señaló como mínimo el impago de tres cuotas mensuales para que pudiera ejercitarse el vencimiento anticipado por impago (art. 693.2 LEC), este límite legal no obsta que la cláusula pueda considerarse abusiva atendiendo al plazo del préstamo y al importe de las cuotas. Esta cuestión ha sido resuelta además de distinta forma por diversos órganos jurisdiccionales<sup>252</sup>, lo que ha generado aún mayor confusión.

---

<sup>252</sup> Como la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 30 de octubre de 2015 (AAP PO 1/2015 - ECLI: ES:APPO:2015:1A), que afirmaba que *«el precepto (art. 693 LEC) se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual impide ex lege el vencimiento anticipado, pero ello no obsta que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato»*.

Con relación a ello debemos además esperar la resolución que adopte el TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por el TS con fecha de febrero de 2017 y donde plantea lo siguiente:

*«1- Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota (como acordó la sentencia recurrida) manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.*

*2- Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo.»*

Sobre esta cuestión del vencimiento anticipado por impago de cuotas volveremos más adelante con un estudio específico de la cláusula.

Sobre las llamadas «cláusulas suelo», que establecían un límite a las bajadas del tipo de interés remuneratorio variable ya hemos adelantado que el TS en Sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ:STS 1916/2013 – ECLI:ES:TS:2013:1916) declaró su abusividad en base al control de transparencia material, pero limitando los efectos retroactivos de esa nulidad a la fecha de publicación de la propia sentencia. Esta limitación de la eficacia retroactiva fue confirmada por el propio Tribunal Supremo en otras sentencias como la de 8 de septiembre de 2014 (ROJ:STS 3903/2014 – ECLI:ES:TS:2014:3903), -con voto particular del magistrado Sancho Gargallo- y la de 25 de marzo de 2015<sup>253</sup> (ROJ:STS

---

<sup>253</sup> En este sentido, la sentencia del TS de 24 de marzo de 2015 (ROJ:STS 1279/2015 – ECLI:ES:TS:2015:1279) afirmaba que «(...) la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados». Asimismo, la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618) señala que «las cláusulas suelo no transparentes son nulas porque pueden inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato como es el precio y llevarle a adoptar una decisión irracional, a saber, elegir una oferta cuyo diferencial es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior que otra oferta del mercado a tipo variable puro con un diferencial superior (al aprovecharse de las bajadas en el tipo de referencia durante toda la vida del contrato). Por todo ello, apreciada la falta de transparencia de las cláusulas empleadas por las entidades demandadas en el presente procedimiento, se ha de declarar la nulidad de las mismas».

1280/2015 – ECLI:ES:TS:2015:1280), en las que se fijó como doctrina que, cuando en aplicación de la doctrina establecida en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ:STS 1916/2013 – ECLI:ES:TS:2013:1916) se declarase abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuaría a partir de la fecha de publicación de dicha sentencia de 2013, esto es el 9 de mayo.

Éste era el criterio mayoritariamente adoptado por los tribunales inferiores tras las sucesivas sentencias del TS, pero el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, plantearon sendas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si la limitación de los efectos de la declaración de nulidad a partir de la fecha en que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, ya que, según esta Directiva, tales cláusulas no deben vincular en modo alguno a los consumidores.

El TJUE en su S. de 21 de diciembre de 2016<sup>254</sup> (C-154/15 – ECLI:EU:C:2016:980) entendió que la jurisprudencia española que limita en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario en España es incompatible con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, afirmando que «*el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula*». La declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula y debe permitir la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor.

---

<sup>254</sup> Esta importante Sentencia del TJUE ha sido comentada ampliamente en la doctrina. Así, CÁMARA LA-PUENTE, S., «Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo», en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, Nº. 1, 2017, pp. 383-395 y «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016 : Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1, 2017 en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2993878](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993878). Fecha de consulta: 26 de junio de 2018. Sobre el alcance de la sentencia también GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016», en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, Nº. 1, 2017, pp. 430-443.

La limitación en el tiempo resulta una protección de los consumidores incompleta e insuficiente que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas, en contra de lo que exige la Directiva<sup>255</sup>.

En aplicación de esta doctrina, el TS en la sentencia de 24 de febrero de 2017<sup>256</sup> (ROJ:STS 477/2017 – ECLI:ES:TS:2017:477) acordó la retroactividad total de la nulidad de las cláusulas suelo adaptando la jurisprudencia de la Sala sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 – ECLI:EU:C:2016:980).

### C) Nueva posición de la DGRN.

Del mismo modo que tras la STJUE el legislador adoptó la Ley 1/2013, el contenido de la sentencia también ha sido recogido en manifestaciones de la DGRN y de los Tribunales de Justicia.

Así con relación a la interpretación del artículo 12 LH y la posibilidad del registrador de calificar las cláusulas de vencimiento anticipado, la R. de 3 de octubre de 2014 (BOE de 31 de octubre de 2014), señalaba lo siguiente: «*Dicha interpretación acerca de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras a que se refiere el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, resulta de la doctrina de este Centro Directivo mantenida en las Resoluciones más recientes, a partir de las Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, y luego en las de 8 de junio (de especial importancia para el supuesto de este expediente por la similitud del supuesto de hecho, según luego se verá) y 16 de agosto de 2011, completadas por las de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013. Esa es*

---

<sup>255</sup> La solución de no extender los efectos de la nulidad retroactivamente iba en contra de toda lógica jurídica. No se podía afirmar la nulidad de una cláusula y a la vez no reconocer los efectos jurídicos de esa nulidad -*quod nullum est, nullum effectum producit*-, sin embargo para hacer esa pirueta jurídica se alegaron motivos de orden social y económico del país. No podemos olvidar la delicada situación financiera e que se encontraban muchas de nuestras entidades de crédito en el momento de publicarse la Sentencia del TS, con importantes problemas de liquidez y solvencia, estando además nuestro sistema financiero en el punto de mira de los reguladores europeos. Quizá sirva este pequeño excursus para justificar lo que desde el punto de vista estrictamente jurídico pueda parecer una barbaridad puesto fuera de las circunstancias del tiempo histórico en que dicha Sentencia fue dictada.

<sup>256</sup> La STS 9 de marzo de 2017 (ROJ:STS 788/2017 – ECLI:ES:TS:2017:788), se dicta en ejercicio de una acción individual, no de cesación como la de 7 de mayo de 2013 y extiende el control de transparencia no sólo al documento en el que está inserta, sino que valora todo aquello que le permite determinar si fue o no negociada. Estas diferencias como más adelante comentaremos se han visto por un sector de la doctrina como una vía de salida para las entidades de crédito, de manera que pueda probarse que el consumidor tenía conocimiento efectivo de lo que se estaba pactando. Volveremos sobre ello.



también la doctrina que puede deducirse de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (sobre la fundamental exigencia del principio de especialidad en la determinación del contenido de los derechos reales), de 16 de diciembre de 2009 (sobre requisitos de inscripción y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado) y de 13 de septiembre de 2013 (sobre calificación registral de la nulidad «apud acta» de las cláusulas de vencimiento anticipado).

Partiendo de esta interpretación sistemática del citado párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta las referidas sentencias y resoluciones, lo relevante, a efectos del presente expediente, es que el párrafo segundo de dicho precepto no excluye la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, sin perjuicio de las matizaciones de la misma en los supuestos del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal como resulta de las propias Sentencias y de las Resoluciones de este Centro Directivo.

Lo que en todo caso resulta del precepto, al incluir dichas cláusulas en la inscripción del derecho real de hipoteca como objeto de inscripción dentro del contenido de la misma, es la aplicación a las mismas de los efectos de toda inscripción, una vez que hayan sido inscritas en el Registro, como son la legitimación registral, la salvaguarda del asiento por los tribunales, la fe pública registral, la preferencia y rango registral y la inscripción constitutiva propia de la hipoteca y de su total contenido inscrito, lo que requiere precisamente el requisito de la calificación registral conforme al principio de legalidad, sin perjuicio de las particularidades de dicha calificación en este concreto ámbito».

También con relación a la interpretación que había de darse al artículo 12.2 LH, y la posibilidad de los registradores de calificar los actos nulos hemos de tener en cuenta la STS de 13 de septiembre de 2013 (ROJ:STS 5706/2013 – ECLI:ES:TS:2013:5706), entre cuyas manifestaciones sobre la necesidad de una interpretación sistemática del precepto señalaba que «No obstante, el artículo 3, apartado 1, del Código Civil, al referirse al contexto de las normas, también impone buscar el sentido de ellas de acuerdo con el conocido canon hermenéutico de la totalidad, pues manda al intérprete que se sirva de la recíproca iluminación que ofrecen las demás normas del propio sistema (...) es lo cierto que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por más que merezca la consideración de básico sobre la materia, no es el único a ella referido. Así, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de



*préstamo o crédito, tras destacar, en el artículo 2, que los derechos reconocidos por ella a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables y que son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, proclama, en el artículo 18, con ocasión de referirse a los deberes de los notarios y registradores, que estos últimos 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 la propia Ley. Así también los apartados 1 de los artículos 552 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución (...) En general, las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea, contienen una llamada al referido elemento sistemático de interpretación».*

Seguidamente, la propia Sentencia destaca la necesidad de calificar los actos nulos diciendo *«finalmente, no hay que olvidar las consecuencias que se derivan de los que nuestra doctrina ha venido denominando actos nulos «apud acta», las cuales se imponen de una manera inmediata, entre ellas, la de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos».*

De una manera clara y apartándose de la posición que había adoptado en épocas anteriores con relación a la calificación por los registradores de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, la DGRN en RR. de 5 de febrero de 2014 (BOE de 27 de febrero de 2014), 28 de abril de 2015 (BOE de 1 de junio de 2015) y de 25 de septiembre de 2015 (BOE de 14 de octubre de 2015), ha declarado que *«Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaría del derecho (art. 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario. Y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con*

las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada “lista negra” de los artículos 85 a 90 de la LGDCU o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114-3 de la Ley Hipotecaria (respecto de los intereses moratorios en su ámbito concreto de aplicación), con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013». También esta misma Resolución de 5 de febrero de 2014 (BOE de 27 de febrero de 2014) aborda la cuestión del control registral de transparencia en relación con el artículo 6 de la Ley 1/2013, que ya había adelantado la R. de 13 de septiembre de 2013 (BOE de 14 de octubre de 2013) y que se manifiesta conforme a la posibilidad de que el registrador de la propiedad rechace la inscripción de un préstamo garantizado con hipoteca y con un instrumento de cobertura asociado por no constar con la expresión manuscrita de dicho art. 6 de la Ley 1/2013.

Las resoluciones de 22 de enero de 2015 (BOE de 24 de febrero de 2015) y de 19 de mayo de 2017 (BOE de 9 de junio de 2017), siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, señalan que la contratación con condiciones generales tiene un régimen propio que va más allá del consentimiento para centrarse en el cumplimiento por el predisponente de sus deberes de transparencia y equilibrio. En concreto en la de 22 de enero de 2015 (BOE de 24 de febrero de 2015) afirma que «*la omisión de la entrega al consumidor de la oferta vinculante impide la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en su conjunto, sin que proceda inscripción parcial alguna en caso de que ello fuere posible (vid. Resolución de 20 de junio de 2016), ya que la deficiencia informativa, afecta a todas las cláusulas contractuales*». Por lo tanto podemos afirmar que se incluye dentro de la calificación registral, tanto la calificación de los requisitos legales de transparencia del predisponente, como los específicos exigidos por la legislación sectorial aplicable al proceso de contratación.

Asimismo, las Resoluciones de 4 de febrero de 2015 (BOE de 2 de marzo de 2015) y 28 de julio de 2015 (BOE de 30 de septiembre de 2015), se refieren a una hipoteca entre particulares a la que teniendo en cuenta la habitualidad en el otorgamiento de préstamos del acreedor, se considera aplicable la normativa de protección de los consumidores y en especial la Ley 2/2009, en una interpretación que la propia DGRN, califica de pro-consumidores.

Por último, la Resolución de 14 de julio de 2017 (BOE de 4 de agosto de 2017) confirma la calificación de la registradora por la necesidad de aplicar las normas de protección a los consumidores (arts. 123 y 251.6 CConC) al tratarse de un hipotecante no

deudor que reunía las condiciones para ello por ser consumidor, frente al recurrente que alegaba que el deudor del préstamo era empresario y el importe dedicado a su actividad profesional.

D) Nuevo marco legal.

Junto a esta nueva posición jurisprudencial y de la DGRN hemos de destacar la publicación de nuevas normas sobre protección de consumidores y en el ámbito procesal relativas a los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Así, podemos señalar como tales; la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que modifica diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos al procedimiento de ejecución. La llamada Ley de la segunda oportunidad, Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que modifica la Ley 1/2013 y el Real Decreto-ley 27/2012, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. También, como consecuencia de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 – ECLI:EU:C:2016:980), se ha dictado el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, en el que a la vista de la doctrina del TJUE sobre la no limitación de los efectos retroactivos de declaración de abusividad de una cláusula, y ante el previsible incremento de demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, se arbitra un cauce extrajudicial de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito<sup>257</sup>. Por último, el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012 y la Ley 1/2013, modificando las condiciones para acceder a las medidas de protección establecidas por dichas normas, regulando a través del Código de Buenas Prácticas, la posibilidad de acordar con el acreedor ejecutante un alquiler en los casos de suspensión de lanzamientos y la posibilidad de ampliar el plazo de suspensión

---

<sup>257</sup> Con relación a esta norma y para completarla se ha dictado recientemente el Real decreto 536/2017, de 26 de mayo, por el que se crea y regula la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real decreto-ley 1/2017, se adscribe al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, con la naturaleza de órgano colegiado representativo que publicará semestralmente un informe en el que se evalúe el cumplimiento del Real Decreto-ley 1/2017 y establece una serie de obligaciones de suministro de información que han de cumplir las entidades de crédito, entre otras la relativa a la información necesaria para constatar que se realiza con carácter especial a personas vulnerables para lo que se define este concepto.

de dichos lanzamientos en las ejecuciones judiciales y extrajudiciales cuando se trate de vivienda habitual, si la adjudicación se ha producido a favor del acreedor.

a) La Directiva 2014/17/UE.

El horizonte próximo de regulación en la materia viene constituido por las previsiones de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010, que nuestro país debería haber incorporado a nuestro ordenamiento como fecha límite el 21 de marzo de 2016, habiendo sido denunciado el Reino de España por la Comisión por este motivo<sup>258</sup>.

La Directiva vino precedida de la recomendación 2001/193/CE de la Comisión de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas en caso de créditos sobre vivienda. Esta Recomendación contenía un Anexo con la información preliminar a proporcionar al consumidor que después se ha trasladado a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que regula la nueva Directiva. También como antecedentes de la directiva 2017/17/UE tenemos el Libro Verde de la Comisión de 2005 sobre «El crédito hipotecario en Europa», y el Libro Blanco sobre la «Integración del mercado europeo de crédito hipotecario» de la Unión adoptado en diciembre de 2007. Este Libro Blanco anunciaba la intención de la Comisión de evaluar la incidencia de, entre otras cosas, las distintas opciones de actuación en relación con la información precontractual, las bases de datos sobre créditos, la solvencia, la tasa anual equivalente (TAE) y el asesoramiento sobre contratos de crédito, materias todas ellas recogidas en la Directiva. Por lo tanto no puede decirse que las previsiones que contiene dicha Directiva con el deber de trasponerlas a los ordenamientos internos de los Estados miembros sean nuevas, sino que llevan años propugnando la bondad y conveniencia de las mismas para la mejora del mercado crediticio y en particular la protección de los deudores en los supuestos de préstamos con hipoteca sobre vivienda (o residencia, término empleado por la Directiva).

---

258

Véase el comunicado de prensa de 27 de abril de 2017: *Commission refers Croatia, Cyprus, Portugal and Spain to the Court of Justice for failing to fully enact EU rules on mortgage credit* en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1049\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1049_en.htm). Fecha de consulta 20/08/2017.

La Directiva, tiene un claro origen además en la preocupación por las consecuencias de la crisis financiera mundial, que ha generado una crisis de confianza, fundamentalmente de los consumidores pero de todos los operadores del mercado en general, frente a la actuación de las entidades de crédito y de los intermediarios del crédito. Así señala el Considerando 3 de la directiva que *«La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzadas»*.

El objetivo de la Directiva partiendo de esa preocupación es establecer un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, sobre bienes inmuebles de uso residencial, así como los contratos de préstamo o crédito concertados para la adquisición de esos mismos bienes inmuebles. En concreto señala en su Considerando 15 que *«El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial»*.

Con la finalidad de conseguir un verdadero mercado interior con un alto grado de protección de los consumidores cuando intervenga en este tipo de contratos, la Directiva prevé una serie de disposiciones que son de máxima armonización, como la relativa al suministro de información contractual a través de la ficha europea de información normalizada (FEIN) y para el cálculo de la TAE. Respecto de las disposiciones que no se

configuran como de máxima armonización, se reconoce a los Estados miembros la facultad de mantener esas disposiciones o adoptar otras más estrictas<sup>259</sup> (Considerando 7). Respecto de los ámbitos a los que no se refiere la directiva y que también afectan a la materia, los Estados miembros tendrán la posibilidad de mantener o adoptar nuevas disposiciones nacionales y se refiere concretamente a *«la validez de los contratos de crédito, el Derecho de propiedad, el registro de la propiedad, la información contractual y, en la medida en que no están reguladas en la presente Directiva, las cuestiones postcontractuales»*.

Con el objetivo también de conseguir una máxima armonización en el ámbito de la Directiva se establecen una serie de definiciones de conceptos clave que como señala el Considerando 14 determinan el alcance de la armonización de modo que *«la obligación de los Estados miembros de transponer las disposiciones de la presente Directiva se limita a los contratos de crédito celebrados con consumidores, es decir, con personas físicas que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúen al margen de su actividad comercial o empresarial o de su profesión»*.

Así en el artículo 4 se nos da la definición de: 1) «consumidor»: persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional<sup>260</sup>; 2) «prestamista»: la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito incluido en el ámbito de aplicación definido en el artículo 3 en el ejercicio de su actividad comercial o profesional; 3) «contrato de crédito»: el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3, en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar. También se dan la definición de otros conceptos como servicio accesorio, entidad de crédito, tasa

---

<sup>259</sup> Como ejemplos de materias que no son de armonización máxima la Directiva se refiere por ejemplo a los requisitos en materia de conocimientos y competencia del personal o a lo relativo a las instrucciones para cumplimentar la FEIN (Considerando 7). Vid. También el artículo 12 de la Directiva que establece que *«La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el artículo 14, apartado 2, y el anexo II, parte A, con respecto a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), y el artículo 17, apartados 1 a 5, 7 y 8, y el anexo I, por lo que respecta a una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)»*.

<sup>260</sup> Según se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo, a la que se remite el artículo 4 de la Directiva 2014/17/UE.



anual equivalente, personal, importe total del crédito, etc. Y otras que centran la regulación de la Directiva y que facilitan en mucho la adecuada transposición de la misma a los distintos ordenamientos de los Estados miembros.

El ámbito de aplicación concreto se contempla en el art. 3 de la Directiva que señala que la misma se aplicará: «a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir», y excluye de su ámbito de aplicación a productos que tienen una mayor complejidad y difieren por su naturaleza y riesgos de los créditos hipotecarios estándar como los concedidos a los empleados, los que no tienen gastos ni coste alguno, los que son resultado de un acuerdo ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad pública, o los contratos de crédito de pensión hipotecaria o la hipoteca inversa en las que es el prestamista el que efectúa pagos al consumidor (Considerandos 16 y 17 y artículo 3.2).

Llamativa resulta la atención prestada a obligaciones naturales de las partes en estos contratos, dedicando un capítulo a la educación del consumidor (art. 6) y otro al comportamiento honesto, transparente y responsable que deben tener las autoridades y las entidades financieras: prestamistas, intermediarios de crédito y responsables designados (arts. 7, 8 y 9), incluidas las referencias a políticas de remuneración compatibles con «una gestión sana y eficaz del riesgo». Se regula además la información previa que debe contener la publicidad precontractual (arts 10 y 11), la prohibición de las ventas vinculadas, pero sí las combinadas, esto es aquellas en aquellos casos en que en un mismo paquete se integre el préstamo o crédito con otros servicios o productos financieros y los distintos componentes del paquete puedan adquirirse separadamente (Considerando 24), información precontractual personalizada a través de la ficha FEIN (arts. 14 a 16 y anexo II) y concediendo a los consumidores de un periodo de reflexión que no exceda de 10 días y que se puede articular mediante un periodo suficiente de reflexión antes de la celebración del contrato, un derecho de desistimiento o una combinación de ambos (Considerando 23 y art. 14), el cálculo de la TAE (art. 17 y Anexo I), la obligación de evaluar de la solvencia del deudor señalando expresamente que «la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará, a menos que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación



*del bien inmueble de uso residencial*» (art. 18.3)<sup>261</sup>, la tasación imparcial y objetiva de los inmuebles (art. 19), una regulación específica de los préstamos en moneda extranjera garantizando como mínimo que el consumidor tenga derecho a su conversión en una moneda alternativa (art. 23) y otras disposiciones relativas a materias diversas como control y supervisión de los intermediarios de crédito, sanciones y cooperación transnacional, acceso a bases de datos o servicios de asesoramiento.

Con relación a cláusulas concretas, hemos de destacar la regulación que se hace en el art. 25 del reembolso anticipado, garantizando el derecho del deudor consumidor en este tipo de préstamos al reembolso total o parcial anticipado, y la previsión respecto de los intereses de demora y ejecución hipotecaria en el artículo 28 en el que se establece expresamente:

*«1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.*

*2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.*

*3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos.*

*4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.*

*5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecto al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.*

---

<sup>261</sup> Hay que llamar la atención sobre la afirmación que con relación a este punto hace el Considerando 58 de la Directiva al decir que «...al objeto de facilitar la evaluación de la solvencia, resulta oportuno que los consumidores suministren información, habida cuenta de que, de no hacerlo así, ello podría redundar en la denegación del crédito que tratan de obtener, salvo si la información puede obtenerse a partir de otras fuentes. Sin perjuicio del Derecho contractual privado, los Estados miembros deben garantizar que los prestamistas no puedan rescindir un contrato de crédito por el hecho de haberse percatado, con posterioridad a la firma del contrato, de que la evaluación de la solvencia se llevó a cabo de forma incorrecta debido a la falta de información completa en el momento de la evaluación de la solvencia». Esto deberá tenerse en cuenta por el legislador español a los efectos de regular las cláusulas de vencimiento anticipado en las que se hace referencia a la pérdida de solvencia sobrevenida del deudor.

*Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor».*

Este precepto se justifica en las importantes consecuencias que tiene la ejecución hipotecaria para los prestamistas y para los consumidores y para la propia estabilidad financiera, y se anima a los prestamistas a abordar de manera anticipada el riesgo de impago (Considerando 27).

*b) El anteproyecto de Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.*

La transposición de esta directiva se llevará a cabo a través de la Ley reguladora de créditos inmobiliarios que se encuentra en fase de Anteproyecto habiéndose publicado por el Ministerio de Economía el texto del mismo y habiéndose remitido al Consejo de Ministros con un informe del ministro de Economía, Industria y Competitividad sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario<sup>262</sup> (en adelante AL). Esta norma en proyecto pretende servir como instrumento de transposición de la Directiva 2014/17/UE cuyo objetivo es reforzar la protección al consumidor y mejorar la transparencia en los préstamos inmobiliarios estableciendo un régimen armonizado en la contratación por los consumidores de créditos y préstamos inmobiliarios. Dicho informe se publicó en el BOE el 17 de febrero de 2017 y en el mismo se señala las pautas de conducta que han de seguirse en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de préstamos inmobiliarios: la obligación del prestamista de entrega de la FEIN, que tendrá carácter de oferta vinculante durante un plazo de siete días, la capacitación del personal que evalúa la solvencia y comercializa préstamos inmobiliarios para asegurar que el prestatario recibe una información adecuada y ajustada a sus necesidades por parte del prestamista y se prohíben, además, las ventas vinculadas, aunque se permiten las ventas combinadas, en aplicación directa de la disposición de la Directiva que así lo prevee. Del mismo modo se establece el derecho del consumidor a convertir el préstamo denominado en moneda extranjera a la moneda en la que reciba sus ingresos o la del Estado miembro en el que resida, como mecanismo de cobertura y protección frente al riesgo de cambio. Y se regula, por último, la figura de los intermediarios de préstamos inmobiliarios, que pueden actuar el régimen de libre prestación de servicios en la Unión Europea, o los prestamistas inmobiliarios distintos de entidades financieras.

---

<sup>262</sup><http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/170217-creditoinmobiliari.aspx>. Fecha de consulta 07/07/2017.

En un segundo bloque el Anteproyecto de Ley introduce medidas de transparencia en la fase de contratación. Junto con la ficha normalizada de información precontractual (FEIN), se entregará al prestatario una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes (cláusulas suelo, posibilidad de vencimiento anticipado, distribución de gastos asociados a la concesión del préstamo y préstamos en divisas) y los riesgos asociados a las mismas. Además, si se trata de un préstamo con interés variable, la obligación del prestamista de entregar al prestatario un documento separado con las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

Se prevé asimismo que el consumidor tendrá en el proyecto de contrato que se le ha de entregar, una información desglosada de todos los gastos relacionados con la firma del contrato y lo que constituye en sí una importante innovación es que se prevé la regulación en norma reglamentaria de un modelo de contrato de préstamo inmobiliario<sup>263</sup> que los prestamistas y los consumidores o particulares podrán utilizar de forma voluntaria

El informe habla de un tercer bloque que se refiere a la fase de contratación y al papel que juegan en ella notarios y registradores diciendo que se refuerza el control de legalidad realizado por notarios y registradores sobre el contenido del contrato. Aunque en realidad, sólo se refiere en dicho informe al papel que se le atribuye al notario en la fase precontractual, encaminado principalmente a intentar probar que se supera el control de transparencia material<sup>264</sup>.

Sobre el Anteproyecto, en su última versión (ya que hubo otra anterior en julio de 2016<sup>265</sup>) se han publicado además informes como el del Consejo General del Poder Judicial, de 5 de mayo<sup>266</sup> o los del Colegio de Registradores de España de 14 de septiembre de 2016 y de 7 de marzo de 2017.

---

<sup>263</sup> Se entiende que diferenciando cuando se trate de un préstamo hipotecario sobre vivienda y de los préstamos a créditos personales o con garantía mobiliaria para la adquisición o construcción de inmuebles.

<sup>264</sup> Así señala expresamente el informe que «...no se autorizará la escritura si el prestamista no acredita, en particular, que se ha entregado la información precontractual siete días antes al prestatario. En estos siete días, el notario asesorará al prestatario sobre el proyecto de contrato de préstamo inmobiliario y, en particular, sobre las cláusulas contractuales en él contenidas. Dicho asesoramiento, junto con la expresión manuscrita del prestatario manifestando que se le ha remitido la documentación precontractual y que comprende y acepta su contenido, se documentará en un acta notarial que no tendrá coste para el prestatario». Es realmente sorprendente que se abogue por la no autorización de la escritura, lo que podría llevar a ser contradictorio como veremos con la función del Notario y ser contrario al principio de libertad de contratación.

<sup>265</sup> <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/sleg7880.pdf>. Fecha de consulta 07/07/2017.

<sup>266</sup> Vid. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario>. Fecha de consulta: 10/07/2017.

La valoración general del texto del AL es que se trata, en el caso de que sea éste el texto definitivo de una oportunidad perdida de regular de una manera completa y decidida todo lo relativo a préstamos hipotecarios con consumidores, a las normas de transparencia y a la existencia de cláusulas abusivas en los mismos. Materias sin duda ya reguladas de una manera fragmentaria en diversas normas, pero que incluso sin tener que modificar el régimen ya existente se podía haber regulado de una manera sistemática para estos supuestos de préstamos hipotecarios sobre vivienda de modo que se aclarase el sector más afectado por la desconfianza fruto de la crisis financiera y sobre el que se ha producido una mayor litigiosidad en los últimos años. Sería deseable que se apostase por una regulación que acabase de una vez por todas con la diversidad de pronunciamientos judiciales, muchos de ellos contradictorios entre sí, que no hacen sino aumentar la inseguridad jurídica con las pésimas consecuencias que ello tiene sobre el mercado.

Sin apostar por esa regulación global y sistemática, tampoco el texto ha supuesto una transposición completa de la Directiva 2014/17/UE, que en principio debería ser lo fundamental en el mismo, ya que no se hace referencia a materias como la regulación de la tasa anual equivalente (TAE), ni al contenido de la publicidad de los préstamos o créditos, ni a la valoración de la solvencia de los deudores. Esta falta de regulación del AL en algunos casos tiene su origen en la existencia ya de normas nacionales que se referían a las materias reguladas por la Directiva, como puede ser con relación a la TAE que se encuentra regulada en la Orden EHA/2899/2011 o los artículos 60, 61 y 80 del TRLGDCU que regula lo relativo a la información al consumidor y la publicidad del contrato. Sin embargo como decíamos hubiera sido recomendable que se hubiera optado por una regulación sistemática de la materia recogiendo todas esas normas previas ya existentes.

Por otro lado, otras muchas disposiciones de la Directiva quedan relegadas a un posterior desarrollo reglamentario que se ejercerá según los casos por el Gobierno, el Ministro de Economía o el Banco de España. Así en la DF 14<sup>a</sup>, se habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la Ley entre otras materias en las relativas a la información precontractual que deba darse a los prestatarios, la adecuada atención a los ingresos de los prestatarios y la valoración de los inmuebles y las condiciones y efectos de la evaluación de solvencia del potencial prestatario (con lo que se deja para un desarrollo reglamentario la importante disposición de la Directiva relativa a la obligación de evaluar

la solvencia del deudor<sup>267</sup>) o el acceso a bases de datos para dicha evaluación de solvencia que la Directiva regula en un artículo específico (art. 21).

En esa misma DF 14<sup>a</sup>, en el apartado segundo se habilita al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad para dictar normas en relación al contenido específico de la FEIN y la FiAE, principios y criterios a los que debe adaptarse la información publicitaria de los préstamos (también con artículo específico en la Directiva [art. 11]) y en la Disposición final novena se modifica el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, para habilitar al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad en relación con la protección de los intereses legítimos de los clientes de préstamos y de servicios o productos bancarios, para dictar disposiciones relativas a La información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia. La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España, la valoración de las garantías inmobiliarias, o La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable.

Con relación a esta técnica de trasposición debemos criticar el abuso que se hace de la misma, en una materia como esta que podíamos denominar sensible en la situación política actual y que de una manera tan flagrante se pretende hurtar al debate parlamentario entre todos los partidos políticos.

Pero no sólo la necesidad de un consenso político impone la correcta transposición por una norma con rango de ley, sin remisiones a Reglamentos u Órdenes, sino que al ser esta una materia de especial interés para el consumidor que pretende contratar un préstamo hipotecario sobre su vivienda, el que la regulación se encuentre en normativa reglamentaria impide su conocimiento por el principal destinatario de la misma hurtándole de una protección de la que el Estado debe ser el principal garante, y permitiendo que el

---

<sup>267</sup> Sobre este punto es muy clarificador el artículo de CUENA CASAS, M. «Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo...», en <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/> Fecha de consulta 20/08/2017.

control del cumplimiento de las previsiones sobre transparencia y publicidad etc., fuera competencia de la jurisdicción civil (de conformidad con el artículo 6.3 CC) y no quedasen en el ámbito administrativo. Y aún puede encontrarse una razón más para la crítica de esta técnica de remisión reglamentaria, que como hemos visto remite a la misma materias como la FEIN o la TAE, que constituyen el núcleo de la Directiva que se pretende transponer y que se configuran en la misma como de armonización máxima y que requerirían de acuerdo con esa importancia una norma con rango de ley.

Debería haberse dejado esa remisión al desarrollo reglamentario lo relativo a los prestamistas, intermediarios y asesores crediticios dentro de la competencia del Estado en el art. 149.1.1<sup>a</sup> CE, en cuanto a las bases de la ordenación del crédito y la banca que corresponde también, aquí sí, al Ministerio de Economía y al Banco de España.

El informe del CGPJ critica que se traspone parcialmente la Directiva y que se prevé un amplio desarrollo reglamentario por lo que desde el principio se está anticipando que no se cumple con el mandato comunitario con lo que serán necesarias nuevas normas para la trasposición total. Por lo demás, el Gobierno y el Ministerio -alguna vez el Banco de España- ven reconocidas competencias de desarrollo complementario del anteproyecto de ley (DF 9.a y 14.a), lo que asegura que el presente texto no es el final del proceso de normalización de la transparencia material hipotecaria. Se anuncia con ello el retorno a la maquinaria reglamentaria incansable del Gobierno, la destrucción de la unidad de esta ley, así como de la hipotecaria.

En el informe del CGPJ se hace una extensa crítica de este aspecto, aludiendo a la importante omisión de temas tan esenciales como la regulación de la tasación, la TAE, la concesión responsable del crédito, el contenido de la FEIN, o el derecho de desistimiento. También recuerda la existencia del Informe del Consejo de Estado de 2008 sobre «Inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español», en el sentido de que la transposición del derecho comunitario no puede llevarse a cabo en forma de circulares, instrucciones o normas desconocidas para los interesados exigiendo disposiciones precisas y claras, al margen de algunas otras materias (como el objeto y contenido de la relación contractual) que deberían tener asegurado el rango legal.

Por otro lado aunque no corresponde a este trabajo entrar en si hay o no invasión de competencias autonómicas, es claro que puede generar problemas el AL en este punto puesto que se establece con naturaleza de norma de competencia exclusiva, prohibiendo que las Comunidades Autónomas puedan modificar el régimen estatal ni exigir documentación complementaria (DA 5<sup>a</sup>, DF 9<sup>a</sup>.4, DF 12<sup>a</sup>). Con ello, no se tiene en cuenta que ya

existen diversas normas autonómicas sobre la contratación de préstamos hipotecarios y la protección al consumidor en los mismos. Por ejemplo, en Cataluña el Código de Consumo de Cataluña (aprobado por Ley 202/2010, de 20 de julio) y la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. En Andalucía, la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, crea documentos como el Documento de Información Precontractual Complementaria (DIPREC), el Documento de Información Personalizada Complementaria (DIPERC), así como el «Índice de Documentos de Entrega Preceptiva (IDEP), que pretende aportar claridad y transparencia. La propia exposición de motivos de esta ley afirma que dicha ley se ajusta al contenido de la Directiva 2014/17/UE, *«sin perjuicio del establecimiento de una mayor protección en todos aquellos aspectos que se han considerado oportunos para mayor garantía de las personas consumidoras y usuarias»*. O en la Comunidad de Madrid la Ley madrileña 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (recurrida ante el Tribunal Constitucional, que por Auto 124/2013, de 21 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:124A), acordó mantener la suspensión de diversos artículos).

El AL no contiene, como sí hace a Directiva, un conjunto de definiciones que sirvan a clarificar los conceptos que se regulan, con lo que puede causar confusión y dar lugar a distintas interpretaciones el alcance del mismo, hubiera sido recomendable introducir estas definiciones al menos trasladando las que se dan en la Directiva para que el objeto de la regulación quedase perfectamente definido. Junto a ello, en su potestad de extender o agravar el régimen de la Directiva como la misma admite (art. 2.1), el AL afirma que la Ley será aplicable a *« los contratos de crédito concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el garante o el titular de la garantía sea una persona física»*, por lo que no los circunscribe sólo a los consumidores sino en general a toda persona física, la justificación de ello se encuentra en la voluntad de proteger en este ámbito también a los trabajadores



autónomos<sup>268</sup> como señala la propia Exposición de Motivos AL (I.2). Sin embargo, no es así para todos los supuestos regulados puesto que, en el caso de créditos o préstamos -las referencias a unos u otros son indistintas (artículo 2.3 AL)- sin garantía hipotecaria cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificios construidos o por construir, la protección otorgada por la norma al prestatario, garante o titular de la garantía se limita exclusivamente al supuesto en el que se trata de un consumidor. Además no queda del todo claro si cuando el texto habla de el prestatario, garante o titular de la garantía se encuentra también el adquirente posterior de la finca hipotecada, o como se le conoce en la doctrina, el tercer poseedor de la finca hipotecada, que podría también intervenir en el caso de venta de la finca sin subrogación en el préstamo hipotecario.

El ámbito objetivo del AL si bien parece ser el mismo de la Directiva hay una cierta contradicción interna, puesto que en el art. 1 habla de préstamos o créditos que estén garantizados con hipoteca en el art. 2.1ª a) se refiere a préstamos o créditos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, concepto este último que es bastante más amplio que el de hipoteca sobre vivienda y que es más acorde con la letra y el espíritu de la Directiva que trata de transponer.

Distingue la propia Exposición de Motivos tres aspectos diferenciados que regula el AL: primero una serie de normas de transparencia y conducta que imponen obligaciones a los operadores y se dice que completa y mejora el marco existente de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios<sup>269</sup> y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En segundo lugar, se regula el régimen

---

<sup>268</sup> A pesar de que la Directiva deja expresamente al margen de su regulación a este tipo de empresarios. Como señala el informe del CGPJ antes citado: «Por otra parte, pretende extender el régimen de protección a todos los prestatarios o garantes personas físicas, lo que comprende también a los empresarios individuales, y, por tanto, permitiría aplicar a estos el mismo estatuto jurídico que el de los consumidores cuando se trate de préstamos hipotecarios cuya finalidad sea la adquisición de un bien inmueble para destinarlo a fines exclusivamente profesionales, o para destinarlas al alquiler, en la medida en que no parece que el prelegislador haya hecho uso de la facultad de decidir no aplicar el régimen legal de protección en estos supuestos, en los términos que autoriza la letra b) del apartado tercero del artículo 3 de la Directiva».

<sup>269</sup> Entró en vigor el 29 de abril de 2012, sin embargo las normas relativas a créditos y préstamos hipotecarios contenidas en el capítulo II de su Título III entraron en vigor el 29 de julio de 2012, (nueve meses desde la publicación en el BOE), con la excepción de la sección 3ª dedicada a los tipos de interés. Vid. APARICIO SANZ, A. Y MELENDO MARTÍNEZ, M.P., «Modelo de nueva advertencia a introducir en los préstamos hipotecarios, (en el ámbito de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), en <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/documentos/2012-modelo-advertencias-prestamo.htm>, fecha de consulta: 11/07/2017. Véase además la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos («B.O.E.» 6 julio).

jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios y por último se establece el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la Ley.

En cuanto a la formación del documento, y las normas de transparencia y conducta, el texto propuesto mantiene en vigor normas como la Orden EHA/2899/2011, lo que implica un solapamiento de medidas. Deberán coexistir (al menos hasta que se produzca el desarrollo reglamentario) la Ficha de Información Precontractual (FIPRE, art. 21 Orden EHA/2899/2011) y la Ficha de Información Personalizada (FIPER, art. 22 Orden EHA/2899/2011), con el FEIN y la FiAE que se regulan como hemos visto en el AL, a pesar de que muchas de sus previsiones son idénticas. Esto supone añadir a los requisitos de formalización del préstamo hipotecario los que se prevén como novedad en el AL en los artículos 5.1 y 6.

El nuevo texto sale al paso de las categorías jurídicas recientes elaboradas por la jurisprudencia en sus pronunciamientos sobre el concepto de transparencia material<sup>270</sup>, fundamentalmente en materia de cláusulas suelo, y elabora un protocolo complejo al que añade presunción de transparencia material: El prestamista debe entregar al prestatario con una antelación mínima de siete días a la firma del contrato la siguiente información: ficha europea de información normalizada (FEIN), con carácter de oferta vinculante (anexo II de la Directiva 2014/17, que constituye norma de máximo); la ficha de advertencias estandarizadas (FiAE) en la que se informe al prestatario de cláusulas relevantes, en especial, de las limitaciones a la baja de la variación del tipo de interés, cláusulas de vencimiento anticipado, gastos de concesión del préstamo y advertencia de que se trata de un préstamo en moneda extranjera, si procede; en caso de tratarse de un préstamo a interés variable, un documento con referencia a las cuotas periódicas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés; una copia del proyecto del contrato, con el desglose de todos los gastos asociados a la firma y la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que se haya designado para la elevación a público del contrato<sup>271</sup>, durante el mencionado plazo de

---

<sup>270</sup> Aunque quizá debemos entender que el concepto exorbitante de transparencia material que estableció el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ:STS:1916/2013 ECLI:ES:TS:2013/1916) parece haber sido corregido en parte por la Sentencia de 9 de marzo de 2017 (ROJ:STS:788/2017 ECLI:ES:TS:2017/788). Cfr. en este punto el artículo de GOMÁ LANZÓN, F., en <https://hayderecho.com/2017/04/04/continua-el-culebron-las-clausulas-suelo-son-validas-o-requiem-por-la-transparencia-material/>. Fecha de consulta: 24/08/2017.

<sup>271</sup> Que no es tal elevación a público de contrato sino otorgamiento de escritura pública, que es cuando se produce la contratación conforme a los arts. 145 LH y 1280 CC.

siete días. Esta documentación se remitirá por medios telemáticos al notario elegido por el prestatario. Si el prestatario compareciese ante el notario para recibir el asesoramiento, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos legales en la documentación y lo hará constar en un acta notarial previamente a la formalización del préstamo. El acta incluirá una referencia a las cuestiones planteadas por el prestatario y al asesoramiento prestado por el notario, recogándose también las «pruebas de entendimiento» por parte del prestatario de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras en diversos escenarios y de las cláusulas de cobertura de riesgos financieros, en su caso. Si el prestatario no compareciese ante el notario antes de la elevación a público del contrato, el notario extenderá el acta el día de su elevación y con carácter previo a su autorización. El notario informará de las cláusulas específicas de la FEIN y de la FIAE de manera individualizada y no genérica. En todo caso, si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones de información, el notario no podrá otorgar acta y, a falta de esta, no podrá autorizar la elevación a escritura pública. Como consecuencia de ello se presumirá, salvo prueba en contrario, que el principio de transparencia se ha cumplido en su vertiente material cuando se levantara acta en los términos previstos en la ley, pero esta presunción no quiere decir que no pueda acudir a los tribunales en reclamación de los derechos del consumidor. (arts. 5 y 6 AL).

Se trata por tanto de un complejo procedimiento que supone una alteración fundamental de la carga de la prueba al afirmar en el apartado 5º del art. 6 que *«se presumirá, salvo prueba en contrario, que el principio de transparencia se ha cumplido en su vertiente material cuando se levantara acta en los términos previstos en este artículo»*. Esta regla no puede admitirse por varias razones; porque debe ser el prestamista y no el prestatario quien acredite haberse cumplido los requisitos propios del control de transparencia en su aspecto material, porque en todo caso no parece que el hecho de haber otorgado dicho acta el notario acredite en forma alguna que se ha cumplido el control en el sentido de haber comprendido a lo que se sujeta el prestatario o deudor, por lo que hubiera sido mucho más coherente con la función del notario y la protección de los consumidores (que no olvidemos es el objetivo principal de la ley) darle al Acta el valor propio que tiene conforme a la propia legislación notarial, esto es, presunciones de integridad y veracidad (no de legalidad) de lo allí recogido, cuyas presunciones, de ser negadas por el usuario, sí parece razonable que deban ser destruida por éste. En este sentido esta norma de “protección del consumidor” terminaría siendo contraproducente y puede suponer incluso la

consagración normativa de la prohibición de alterar en perjuicio del usuario las normas sobre carga de la prueba (art. 82.4.c TRLGDCU)<sup>272</sup>.

Es más, tampoco tiene mucho sentido la obligación de otorgar dicha Acta, bastaría que el notario en la escritura, como ya viene haciendo, advirtiese del cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley y del cumplimiento de entrega de información correspondiente así como que el contenido del contrato se ajusta al del proyecto de contrato entregado al prestatario por el prestamista. Es más lo que sería fundamental y no se cumple con la mera Acta de declaraciones es que haya habido una verdadera comprobación activa por el fedatario del cumplimiento de esos requisitos de transparencia material<sup>273</sup>.

El Acta que parece ser la idea genial para acabar con los problemas de transparencia en los préstamos hipotecario es: contraria al interés de los consumidores por cuanto hace recaer en los mismos la carga de la prueba, farragosa en su tramitación, y además es un coste añadido, puesto que a pesar de que el texto del AL dice que no tendrá coste, también señala que se incorporará a la escritura que se otorgue, por lo que los folios que se añaden sí se minutarán por los notarios y con toda la información que se pretende que se incluya en la misma no serán pocos.

Se echa en falta además una referencia más específica al control que del cumplimiento de los requisitos establecidos han de hacer los registradores de la propiedad para garantizar la efectividad de la norma. Esto además si se tiene en cuenta que ni en el propio AL se contempla de una manera precisa todos los requerimientos exigidos por la Directiva. Como decíamos, a pesar de que se hable en el informe del Ministerio de Economía de medidas de control por parte de los notarios y registradores, el régimen de control de

---

<sup>272</sup> No hay duda que en este procedimiento late la pretensión de los prestamistas-entidades de crédito de atar de manos al que contrata con ellos para que en ningún caso pueda reclamarle en el futuro u oponerse a la ejecución hipotecaria (en este caso por falta de transparencia material), el notario servirá a ese fin, en lugar de velar por el consumidor, levantando acta de que se ha producido efectivamente el asentimiento a las condiciones impuestas por el acreedor predisponente.

Volveremos sobre ello, sólo advertir que por esta vía no se solucionará la cuestión. Mientras el notario se limite a exponer las condiciones impuestas por el predisponente, abusivas algunas de ellas no impide que el adherente, que en el momento de la preparación y firma del préstamo se encuentra en situación de inferioridad, acepte todo aquello que le impongan para recibir el dinero que ha solicitado en préstamo. Recordemos que en estos contratos de adhesión, la posición del adherente no es nunca de igualdad, ni hay negociación de las condiciones del contrato.

<sup>273</sup> Como señala el CGPJ en su informe: «Es más que discutible que, sin tal comprobación activa por parte del fedatario, la mera manifestación del prestatario de la comprensión y aceptación del contenido contractual pueda servir para tener por satisfecho, con apoyo en la presunción prevista en el artículo 6 AL, el control de incorporación y de transparencia –que recuérdese, comporta el conocimiento del verdadero contenido jurídico y económico del contrato–, desplazando hacia el prestatario la carga de desvirtuar la presunción del cumplimiento de las normas de transparencia».

transparencia pivota exclusivamente sobre la actuación del notario y el Acta a que se refieren los artículos 5 y 6 del Anteproyecto.

La única referencia en el texto del AL a esa intervención de control es la que recoge el artículo 13 relativo a la forma y contenido de los contratos afirmando que *«los contratos de préstamo regulados en esta ley se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero. En caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble situado en territorio nacional, deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial. En ellos se harán constar, además de los elementos esenciales del contrato, los datos y los elementos que se determinen por el Gobierno mediante real decreto. En la contratación de préstamos regulados por esta ley, el Notario no autorizará su elevación a escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 6 4. Los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta ley sin que se acredite el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 5.1 y 6»*

Se prevé que los notarios se nieguen a autorizar la escritura si no se ha llevado a cabo el Acta, e incluso en la Disposición final quinta se modifica el artículo 43 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, relativo al régimen del cuerpo único de notarios. Para añadir como infracción muy grave: *«el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la ley»*. A pesar de todo ello, entiendo que el notario no se puede negar a la autorización de un contrato, va en contra de la naturaleza de su función. Así el artículo 145 del Reglamento Notarial en su párrafo segundo señala que *«dicha autorización e intervención (del instrumento público) tiene carácter obligatorio para el notario»*<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> Soy consciente que esa previsión de que el notario se niegue a otorgar la escritura no es nueva en nuestro Derecho, de hecho en una normativa relacionada con la que estamos estudiando como es la Ley 2/2009 ya se prevé esa negación de intervención, en el artículo 18 cuando señala que *«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»*. Y en el apartado 3 añade que *«La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a la legislación específica»*. Sin embargo la práctica ha puesto de manifiesto que en los 8 años de vigencia de la ley no se haya interpuesto ningún recurso contra la negativa

La experiencia nos dice que no es suficiente y que no forma parte de la función notarial ese control por su misma posición en el mercado, como profesionales o funcionarios sujetos a la libre elección de las partes contratantes. Sin embargo respecto de los registradores, los cuales sí que ejercen un control de legalidad específico con arreglo a la ley (art. 18 LH) no se prevé en esta materia un adecuado control de todos los requisitos de protección de los consumidores que se contemplan en este Anteproyecto de Ley. Debería reformarse este punto para adecuar la norma a lo que viene siendo la realidad, puesto que los registradores en sus calificaciones actuales sí que comprueban que se hayan cumplido los requisitos necesarios de transparencia en relación a la Orden EHA/2899/2011, como así lo ha reconocido la DGRN entre otras en las Resoluciones de 31 de mayo de 2016 (BOE de 23 de junio de 2016) y 15 de julio de 2016 (BOE de 15 de agosto de 2016), de 10 de febrero de 2016 (BOE de 10 de marzo de 2016) de 20 de junio de 2016 (BOE de 21 de julio de 2016), en las que reconoce el centro directivo la necesidad de que el registrador califique el cumplimiento de los requisitos de transparencia por parte del notario conforme a la normativa de transparencia bancaria vigente.

Por otro lado tampoco se ha aprovechado el AL para regular de una manera definitiva determinados supuestos de cláusulas abusivas sobre las que han recaído numerosas sentencias, algunas contradictorias y sobre las que incluso hay pendiente alguna cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, como es lo relativo al vencimiento anticipado por impago de cuotas y a los intereses de demora.

Se ha demostrado que la solución al problema de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios no se solventa aumentando el blindaje del acreedor para no poder ser demandado por las mismas, más aún si se tiene en cuenta en su pertinencia en la imposición de este tipo de cláusulas, lo que en definitiva ha afectado a la confianza en el sistema por parte de los consumidores y de la sociedad en general y en perjuicios para los acreedores al ver afectado su derecho de una rápida ejecución en caso de impago del préstamo. Ante ello la nueva regulación debe buscar nuevas vías que supongan en definitiva una simplificación de la contratación de este tipo de productos a consumidores, que estén dotados de la máxima seguridad jurídica para ambas partes; que ofrezcan para el

---

de un notario a la autorización de la escritura solicitada, lo que implica que dichas denegaciones en la práctica contractual y en la realidad del mercado no han tenido lugar. Así lo ponía también de manifiesto DÍAZ FRAILE, J. M. en su intervención en la 1ª Mesa Redonda sobre «*La situación de la hipoteca en España tras las últimas reformas legales y novedades jurisprudenciales*», celebrada en Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 22 de septiembre de 2016.



consumidor una protección fuera de toda duda que impida situaciones de falta de transparencia o cláusulas abusivas, y para el acreedor un rápido procedimiento de ejecución que dote de certeza a la efectividad de la garantía ofrecida para la concesión del préstamo.

Y debería ser una regulación más completa en relación a esta materia de las cláusulas abusivas, regulando todos aquellos casos no sólo en que ya se ha demostrado la existencia de litigiosidad, que en el fondo es una actuación reactiva del legislador, sino también todos aquellos otros que en el futuro puedan generar esos problemas como lo relativo a los gastos del préstamo hipotecario, o los préstamos a tipo fijo (actuación proactiva).

Respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado se refiere el art.15 AL, que establece: *«En los contratos de préstamo o crédito cuyo prestatario sea persona física, garantizados con hipoteca o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, el deudor perderá derecho al plazo y se producirá vencimiento anticipado si se producen conjuntamente los siguientes requisitos: que el prestatario se encuentre en mora de pago de cuotas; que las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al 3 % del valor del préstamo si el plazo de amortización del préstamo es inferior a diez años o que, en el caso de ser a diez años, el incumplimiento se produjera dentro del periodo de los diez primeros años de dicho plazo, o que equivalgan al 5% del valor del préstamo si el plazo de amortización del préstamo es superior a diez años y el incumplimiento se produce más allá del periodo de diez primeros años de dicho plazo; que el prestamista haya requerido el pago al prestatario, concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. En el requerimiento, el prestamista deberá ofrecer la posibilidad de renegociar las condiciones del préstamo durante ese plazo. No se admiten pactos en contrario en relación con estas reglas»*. Existe una errata en este texto en cuanto al plazo inferior a diez años que resulta de la redacción del art. 129.3 b) LH según la DF 1ª: *«Que las cuotas de amortización vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i. Al tres por ciento del valor del préstamo, incluidos los intereses remuneratorios, si el plazo de amortización de la obligación garantizada fuera inferior o igual a diez años o, en el caso de ser superior a diez años, el incumplimiento se produjera dentro del periodo de los diez primeros años de dicho plazo»*.

Como trataremos más adelante al estudiar esta cláusula en concreto el vencimiento anticipado por falta de pago y más en concreto por el impago de una o más cuotas es una de las cláusulas abusivas que mayores problemas está generando en la jurisprudencia civil



en la actualidad hasta el punto de haber generado una cuestión prejudicial por la Sala 1a del TS (Auto de Pleno de 8 de febrero de 2017, Asunto Prejudicial C-70-717) precedida de planteamientos similares instados desde otros Tribunales españoles (C- 92/16 y C-167/16), esperando a que sobre este tema se pronuncie el TJUE.

No sirvió de freno a las demandas la modificación del artículo 693 LEC por la Ley 1/2013, exigiendo que ese vencimiento anticipado fuese al menos cuando se produjese el impago de tres cuotas o del equivalente a tres cuotas de capital o de intereses. Las soluciones que se han adoptado por los diferentes tribunales son fundamentalmente dos: continuar con el procedimiento hipotecario por considerar que la cláusula no era abusiva (o que en la actuación no había influido el tenor de la cláusula pues se había esperado a varios impagos más allá de uno o tres como establecían las normas), o bien el sobreseimiento de dicho procedimiento con reenvío al procedimiento ordinario<sup>275</sup>.

Sin perjuicio de un análisis más detenido de esta norma más adelante, considero que el criterio que se adopta en este punto es acertado, puesto que se quiere establecer un parámetro lo más objetivo posible de que el vencimiento anticipado se produce no por cualquier clase de incumplimiento, que sería abusivo, sino por un incumplimiento que puede considerarse relevante en consideración al importe y al plazo del préstamo.

Otra de las cláusulas polémicas a las que el AL quiere hacer frente es la relativa al devengo de intereses de demora, También nos referiremos a ello más adelante, cabe aquí decir que la regulación que contempla el art. 16 no viene a solucionar el problema sino a dejarlo peor que estaba. Dicho artículo establece que, *«En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. En este caso, el interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*2.- Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario».*

---

<sup>275</sup> Ante esta disparidad de criterios y en espera del pronunciamiento del TJUE a que se ha hecho referencia, la mayoría de las Audiencias Provinciales entre otras la Junta sectorial de Magistrados de Secciones Civiles de Madrid de 14 de febrero de 2017, y Acuerdos de Unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 2017, han suspendido la tramitación de los procedimientos hipotecarios.

Viene por tanto a decirse prácticamente lo mismo que ya se contenía en el artículo 114.3 LH, también añadido por la Ley 1/2013 con una leve diferencia ya que la Ley Hipotecaria en su redacción actual afirma: «*Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda*», mientras que el supuesto recogido en el AL (que también prevé la modificación del art. 114 LH en el mismo sentido) es más amplio porque el préstamo puede tener cualquier finalidad (no sólo adquisición de vivienda) y la hipoteca debe recaer sobre inmueble residencial que no será necesariamente vivienda habitual.

Ya se planteó la independencia del límite legal y la consideración de abusivo del interés por el TS en diversas Sentencias que culminaron con la STS (Pleno) 364/2016, de 3 de junio de 2016<sup>276</sup> (ECLI:ES:TS:2016:2401), que vino a establecer la doctrina (adaptada por las entidades de crédito a sus modelos de hipoteca de modo casi inmediato) que el interés de demora no podía superar en dos puntos al interés remuneratorio y que en caso de nulidad del interés de demora (no moderable por el juez) seguirá valiendo el remuneratorio, aunque se haya declarado el vencimiento anticipado.

Resulta extraño, por tanto que no se asuma la doctrina del Tribunal Supremo porque los problemas de los intereses de demora no estaban residenciados ya en el artículo 114 LH, cuyo impacto fue desarticulado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>277</sup> y, luego, por el Tribunal Supremo.

No se entiende por tanto el criterio acogido en este punto por el AL, de atender a tres veces el interés legal del dinero (que además lo será durante la duración del préstamo sin que pueda saberse en el momento de la constitución cuál será por tanto ese límite en el momento en que se produzca el hecho que dé lugar a su devengo). Por lo mismo y como comentaremos sería preciso, para evitar de nuevo la inseguridad jurídica en este

---

<sup>276</sup> Junto a los precedentes de otros pronunciamientos como la STS 265/2015, de 22 de abril de 2015 (ROJ:STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723), 705/2015, STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618), y STS 79/2016, de 18 de febrero (ROJ:STS 626/2016 - ECLI:ES:TS:2016:626), así como la STJUE de 21 de enero de 2015 (C-482/13 - ECLI:EU:C:2015:21), y los AATJUE de 11 de junio de 2015 (C-602/13 - ECLI:EU:C:2015:397) y 17 de marzo de 2016 (C-613/15 - ECLI:EU:C:2016:195), de acuerdo con todos ellos se concluye que el límite legal impuesto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad.

<sup>277</sup> Ya se refería a ello la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz C-415/11 ECLI:EU:C:2013/164) y hay que tener también en cuenta la reciente STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus (ECLI:EU:C:2017:60), por su parte, reitera el criterio establecido en anteriores sentencias y recuerda que para examinar si una cláusula relativa al cálculo de intereses ordinarios es abusiva el órgano jurisdiccional deberá comparar el modo de cálculo del tipo de interés ordinario previsto en la cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalente a los del contrato considerado.

punto que se establezca otro criterio en consonancia con el señalado por el TS y que se adecúe además a la Directiva que se pretende transponer que en su artículo 28 señala como criterios para ello el componente indemnizatorio y el componente punitivo que en ellas se contenga.

Por lo demás el AL contiene una serie de materias en las que se limita a la transposición del contenido de la Directiva como lo relativo a la prohibición de ventas vinculadas y permisión de las combinadas (art. 8), al préstamo en moneda extranjera con el derecho del deudor a exigir la conversión en moneda del Estado en el que sea residente en el momento de la conversión o en aquella en que reciba la mayor parte de sus ingresos (art.11 AL), el reembolso anticipado (art. 14 AL) etc.

Con respecto a la subrogación, la disposición adicional 6ª del Anteproyecto de Ley establece que el notario no autorizará la escritura pública de la compraventa salvo que el prestamista concorra en el mismo acto y otorgue su consentimiento a dicha subrogación. El potencial adquirente deberá comunicar al prestamista con la debida antelación su intención de subrogarse para que éste pueda realizar el análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual que exige esta ley y la normativa de desarrollo. Sin embargo esta medida puede ocasionar problemas y dificultar la venta de las viviendas a voluntad del Banco, no se entiende por qué no podrá el prestamista consentir la subrogación en documento separado y sin unidad de acto notarial. Hay que tener en cuenta que en estos casos, a pesar de estar ya constituida la hipoteca, el prestamista debe cumplir de nuevo con los requisitos de información precontractual establecidos en el artículo 5 y 6, lo que en la mayoría de los casos no tendrá sentido y creará un coste suplementario que invita al banco a negarse a la subrogación.

Se modifican además diversas normas para adecuarlas al contenido del AL, entre ellas el artículo 12 de la LH, que tanta polémica había suscitado, pero sólo en cuanto a la previsión de «*cualquiera que sea la entidad acreedora*», con lo que si bien se acaba con el sin sentido de establecer distintos regímenes aplicables en función del acreedor hipotecaria no se ha aprovechado la ocasión para clarificar la redacción y poner en valor la calificación del registrador como medio de acabar con las cláusulas abusivas.

También se había suprimido en el primer texto del Anteproyecto (2016) la mención de las cláusulas de vencimiento anticipado. Sin embargo ello carece de trascendencia porque en cualquier caso es imprescindible que todas las cláusulas sean objeto de calificación, para ser coherentes con la jurisprudencia nacional y comunitaria y con la finalidad de protección del deudor hipotecario que subyace en la directiva y en la norma

que la desarrolla. Hay que destacar que existen otros muchos supuestos de vencimiento anticipado por causas distintas al impago que al no reflejarse en la inscripción no podrían dar lugar a la ejecución por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Esta supresión, incongruente con la protección del consumidor, ha quedado corregida en el último texto propuesto.

El art. 19 bis LH, se añade una nueva fórmula de información, a través de certificación, que servirá para dar a conocer al interesado el contenido exacto del asiento, algo realmente útil para darle transparencia al contenido del Registro, si tenemos en cuenta que al ser la hipoteca un derecho del acreedor, la copia de la escritura con la nota de despacho y en su caso la calificación negativa de las cláusulas no inscritas se entregaban únicamente al acreedor hipotecario, sin que el deudor tuviera conocimiento de cómo había quedado inscrito el derecho de hipoteca, de capital importancia teniendo en cuenta que la ejecución de la hipoteca sólo se puede realizar respecto de las cláusulas inscritas (art. 130 LH).

El artículo 114, prevé una redacción igual a la del ya comentado art. 16 AL, con las críticas consiguientes a dicha redacción que ya se han señalado.

Es interesante la nueva redacción del art. 258.2 LH y del art. 84 TRLGDCU en cuanto a la calificación de cláusulas abusivas:

*«Art. 258. 2. El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.»*

Y el art. 84 TRLGDCU queda redactado en los siguientes términos: *«Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación»*

Comentaremos más adelante estas modificaciones, pero sigue sin afrontarse de una manera decidida el tema de la calificación de las cláusulas abusivas, es más supone un cierto retroceso, puesto que como venimos diciendo la DGRN en sus últimas Resolu-

ciones había admitido que se denegasen cláusulas nulas por abusivas declaradas en sentencia firme, y aquí se restringe a aquellas STS que tengan valor de jurisprudencia y las demás que se hubiesen inscrito en el Registro de Condiciones generales de la Contratación, requisito este último que había sido ya superado. Entiendo que tampoco cambia mucho este retroceso el hecho que se reformule también el art. 11 de la LCGC para exigir la remisión de esas sentencias firmes al mencionado RCGC<sup>278</sup>, igual que en el art. 212.4 LEC<sup>279</sup>.

Por último en la DF decimocuarta dentro de las facultades de desarrollo reglamentario que se atribuye al gobierno mediante real Decreto se prevé: «d) *El establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de medidas que favorezcan su utilización, que será voluntaria para las partes*».

Esta posibilidad de establecer un modelo tipo de contrato de préstamo hipotecario se anuncian igualmente como gran novedad entre las iniciativas del Ministerio. Esta posibilidad ha sido ya previamente estudiada destacando los modelos de la Eurohipoteca, e igualmente los modelos de la “hipoteca de confianza” previstos en la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda en Andalucía, aunque estos proyectos no han llegado a un resultado aceptable. Entiendo que la solución para las hipotecas con consumidores ha de seguir esta vía, pero para ello es necesario que se articule de otro modo, no en una norma de carácter reglamentario y no con carácter voluntario. Será esta una de las soluciones que propondré más adelante en este mismo trabajo.

Todo lo expuesto hasta ahora muestra una importante evolución de la concepción que en nuestro país se ha tenido sobre las cláusulas abusivas, en especial en los contratos de préstamo hipotecario. Además, ello ha ido acompañado de un cambio de visión también respecto del papel que han de desempeñar los registradores a través de la calificación en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

---

<sup>278</sup> Se añade al apartado 3 del art. 11 LCGC que «*Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas*».

<sup>279</sup> «*Las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, se remitirán de oficio por el órgano judicial al Registro de Condiciones Generales de la Contratación*».

Sin embargo considero que aún no se ha dado el paso definitivo y decidido para aprovechar al máximo el control preventivo que pueden desempeñar los registradores a través de la calificación de las cláusulas abusivas, así como tampoco existe en la actualidad una respuesta completa a cómo podría evitarse de una manera tajante el que las hipotecas inscritas en el Registro contengan cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que en algunos casos, el propio concepto de cláusula abusiva conlleva la consideración de conceptos jurídicos indeterminados.

Para el fortalecimiento de la hipoteca como garantía, y el abaratamiento de los costes que ello conlleva es necesario arbitrar una serie de mecanismos que aseguren de algún modo al acreedor hipotecario que en el caso de tener que ejecutar la hipoteca, no habrá ninguna incidencia no prevista que pueda hacer fracasar su intento. Por ello hay que destacar que los principales interesados en que no hayan cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios son los propios acreedores, las entidades de crédito, teniendo en cuenta la nueva causa de oposición al procedimiento de ejecución especial de bienes hipotecados, añadida por la Ley 1/2013, en el art. 695 LEC, que prevé la posibilidad de oponerse a dicha ejecución alegando « 4º. *El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*».

En las siguientes partes de este trabajo defenderemos la necesidad de fortalecer la posición del registrador para que pueda calificar las cláusulas como abusivas, e intentaremos ofrecer diversas soluciones para disminuir y en lo posible acabar con las cláusulas abusivas en las hipotecas.

## CAPÍTULO CUARTO

### LAS CLÁUSULAS NO INSCRIBIBLES DE LAS HIPOTECAS. ABUSIVIDAD Y OTRAS CAUSAS

#### 1.- INTRODUCCIÓN: CONTENIDO DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA

##### 1.1. *¿Siempre es el mismo contenido?*

Antes de entrar en el análisis de las cláusulas no inscribibles de las hipotecas es necesario hacer un acercamiento al contenido de las hipotecas, o más bien a las escrituras de préstamos hipotecarios de manera que se pueda entender el esquema que utilizan la mayoría de los bancos para redactar esos documentos y que explica en parte la dificultad de apreciar a simple vista el carácter abusivo de las cláusulas que en los mismos se insertan.

Como queda dicho, los préstamos hipotecarios comercializados por las entidades de crédito son contratos de adhesión con condiciones generales de la contratación, por lo que realmente nos encontramos con modelos que se repiten en cada entidad de crédito. Cada una de ellas tiene una serie de modelos de préstamos hipotecarios que son los que envían al notario para que el prestatario firme el mismo, junto con el representante de la entidad de crédito para otorgar la escritura autorizada por el notario de manera que pueda presentarse en el registro para su inscripción, siendo ambos requisitos necesarios para la constitución de la hipoteca conforme a los artículos 145 LH y 1875<sup>280</sup> CC.

A estos modelos o minutas, que son relativamente públicos y como hemos dicho son idénticos unos a otros en cada entidad de crédito<sup>281</sup>, se les puede dar un tratamiento unitario en cuanto a calificación se refiere, o al menos, sería lo deseable y en este sentido

---

<sup>280</sup> Realmente el artículo 1875 CC no habla expresamente de escritura pública pero sí de inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, el artículo 145 LH sí que menciona expresamente entre los requisitos de constitución de la hipoteca la escritura pública.

<sup>281</sup> Si bien sobre los cuales se pueden ir introduciendo modificaciones, por ejemplo a medida que surgen nuevas normas legales o pronunciamientos judiciales: veremos esta evolución en concreto cuando hagamos el estudio especial de la cláusula de intereses de demora. Si existe alguna cláusula negociada de modo particular salta inmediatamente a la vista porque se diferencia del resto de los modelos o minutas.



hay que reconocer que tenía fundamento el deseo del legislador expresado en la exposición de motivos de la Ley 41/2007<sup>282</sup> de intentar unificar y dar certeza a la calificación de los préstamos hipotecarios, ya que si el contenido es el mismo, lo racional sería que la calificación y la consecuente inscripción o rechazo de las cláusulas de las hipotecas también lo fuera.

Sin embargo esto no es así, a pesar de los intentos de la DGRN y del Colegio de Registradores por ofrecer unos parámetros claros de porqué deben ser inscribibles o no determinadas cláusulas. Creo que hasta que no logremos una calificación unitaria de lo que debe considerarse inscribible dentro del contenido de los préstamos hipotecarios, no se podrá luchar realmente contra las cláusulas abusivas, pues el predisponente seguirá intentando colocar estas cláusulas dentro de sus modelos, consciente que habrá registradores que a pesar de los pronunciamientos de la DGRN y de la jurisprudencia, seguirán inscribiéndolos.

Esto es una justa autocrítica de la labor de los registradores, en la que la independencia y la autonomía en la calificación tienen también su vertiente negativa. Es del todo punto razonable esperar que ante un mismo modelo de hipoteca, se obtenga, en aras de la deseada seguridad jurídica, un mismo tratamiento por parte de todos los registradores, y por tanto las cláusulas que se inscriban o se denieguen en los distintos Registros de la Propiedad sean las mismas. Y que en el caso de calificación negativa de algunas de esas cláusulas lo sea por fundamentos de derecho iguales. Esta uniformidad que el legislador demandaba y que las entidades de crédito reclaman es una aspiración justa y razonada y a ello debe tender nuestro ordenamiento facilitando una mayor claridad y sencillez en un instrumento económico de tanta importancia como es la hipoteca, más aún si se trata de hipoteca de la vivienda habitual. Pero debe ser ésta una labor en la que estén implicados todos los actores, sin que haya uno de ellos (como han pretendido ser los bancos) quienes impongan a los demás cuál debe ser el contenido y efectos de la hipoteca.

No omitimos aquí la labor que puedan desempeñar los notarios para evitar la inclusión de cláusulas prohibidas o abusivas en los modelos o minutas de préstamos hipotecarios que son enviados a las notarías para que posteriormente se firmen. Pero como queda dicho entendemos que no es el papel que deben desempeñar ellos, puesto que su

---

<sup>282</sup> En el punto VII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 se señala expresamente que «*Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa*».

posición como profesional del derecho que en estos casos prevalece sobre el de funcionario –atendiendo su sujeción a las reglas del mercado y de la competencia–, impiden que en la mayoría de las ocasiones puedan ir más allá de hacer las advertencias oportunas conforme a la ley de la aplicabilidad de las normas sobre condiciones generales y cláusulas abusivas, así como el control de transparencia de las condiciones financieras exigido por la Orden EHA/2899/2011. Excepciones habrá sin duda, pero la práctica es persistente en demostrar que los notarios carecen de poder alguno para doblegar la voluntad de los bancos en insertar determinadas cláusulas, ante la amenaza de cambiar de fedatario público. Es una realidad que no debe sorprendernos si entendemos realmente que el banco es el cliente del notario, y como tal, va a exigir lo mejor para sus intereses, la capacidad de elección de notario no hace perder a estos profesionales la independencia para negarse a insertar determinadas cláusulas, pero seríamos ingenuos si pensáramos que ello no se hará ante la amenaza de perder al cliente con mayúsculas de la notaría, que además no tiene empacho en ejercer ese poder frente a aquellos que de él dependen económicamente.

Vuelvo a repetir que no debe considerarse un ataque o desprestigio de la institución notarial, tan necesaria, pero no se deben cerrar los ojos a la realidad o intentar encajar una función de control en quién por su propia naturaleza no puede llevarla a cabo.

Sin embargo respecto de los registradores la crítica ha de ser más directa aún. No hay excusa para no calificar una cláusula como abusiva una vez que se ha declarado como tal por la jurisprudencia o la DGRN. La independencia de la calificación no puede alegarse cuando está más que reconocida la abusividad o la ilegalidad de una determinada cláusula. Mucho menos entiendo que se haga pensando en que ya se realizará la purga de esa cláusula abusiva por los jueces en un posterior procedimiento judicial (normalmente en el momento crítico de la ejecución) a través del nuevo incidente de oposición por declaración de abusividad de una cláusula. Los efectos son devastadores: la pérdida de confianza de la sociedad en la institución registral, el fin de la hipoteca como medio de financiación ante la falta de previsibilidad y certeza de la ejecución para el acreedor hipotecario y mas consecuencias nefastas que analizaremos más adelante.

### *1.2. Contenido básico de los préstamos hipotecarios*

El contenido de los préstamos hipotecarios, sigue un esquema similar en los distintos modelos de las diferentes entidades de crédito. Teniendo en cuenta su necesario

otorgamiento en escritura pública<sup>283</sup>, de acuerdo con los artículos del Reglamento Notarial, el contenido aparece organizado en la comparecencia, la intervención, los expositivos, las estipulaciones, el otorgamiento y la autorización.

Dentro del mismo, en la escritura de préstamo o crédito hipotecario destaca lo relativo a las cláusulas financieras, cláusulas no financieras y las advertencias notariales.

En la comparecencia e intervención se identifican las partes del contrato que serán el prestatario (que pueden ser uno o varios) y el acreedor hipotecario. El prestatario a su vez puede ser también titular de la finca que se pretende hipotecar como garantía, siendo entonces deudor hipotecario. Si es un tercero el que hipoteca en garantía de una deuda ajena nos encontraremos con la figura del hipotecante no deudor. El acreedor hipotecario ha de ser necesariamente el prestamista, normalmente una entidad de crédito. Como ha quedado dicho, en este tipo de escrituras queda imbricado el préstamo o crédito que es la obligación principal y de carácter personal con la garantía que es la hipoteca, derecho real.

Estas partes a su vez pueden comparecer por sí o a través de representantes, siendo este el supuesto normal en el caso de las entidades de crédito que comparece a través de sus representantes acreditados mediante el oportuno poder. Suele ser frecuente además que en nombre del acreedor comparezca una persona física que es apoderada de la gestoría encargada de la tramitación del documento, siendo a su vez la gestoría quien tiene el poder conferido por el banco. Esto tiene su importancia, pues en la práctica ello conlleva a que estos representantes, que ni siquiera tienen una relación directa con el acreedor, no están autorizados a modificar una sola palabra de la minuta enviada por la asesoría jurídica de la entidad acreedora a la notaría, por lo que dificulta mucho cualquier modificación previa a la firma del contrato.

Una vez que se han identificado las partes, se califica el documento como escritura de préstamo hipotecario y se afirma que las partes tienen capacidad suficiente para el otorgamiento del mismo, siendo ésta una de las funciones fundamentales del notario, teniendo en cuenta que se habrá de tener la capacidad suficiente para el otorgamiento de un acto de disposición como es la hipoteca.

---

<sup>283</sup> Obviaremos en este esquema general las posibles hipotecas entre particulares y también las que se pueden otorgar en documento público distinto a la escritura pública por dotar de mayor claridad a la explicación, a pesar de que en esos supuestos mencionados el esquema es muy similar con la característica de que suelen ser mucho más sencillas en contenido y con muchas menos cláusulas, ciñéndose prácticamente a la determinación de la obligación garantizada y a la cláusula de constitución de la hipoteca.

En la parte expositiva se va a identificar la finca o fincas que se pretenden hipotecar, con la descripción registral de la misma y los datos de inscripción en el Registro. A continuación se expone que la parte deudora ha solicitado un préstamo a la entidad de crédito y se suele hacer referencia a la finalidad de dicho préstamo, que puede ser la de adquirir el inmueble que se hipoteca, o la instrumentación de deudas propias, la realización de obras o reformas en un inmueble, o el destino a un uso comercial o industrial. La determinación de la finalidad del préstamo es de gran importancia puesto que va a determinar si el préstamo puede calificarse o no como operación de consumo, con las consecuencias que ello conlleva, además si es para la adquisición de vivienda habitual también tendrá una normativa específica, tanto en el momento de la constitución como en su caso en el posible procedimiento de ejecución de la hipoteca. Sin embargo, como luego veremos la aplicabilidad de las normas relativas a consumidores no sólo depende de la finalidad que se le pretende dar al dinero procedente del préstamo, sino que habrá que comprobar distintos aspectos, como el destino de la vivienda o la condición de no profesional del deudor, e incluso del hipotecante no deudor<sup>284</sup>.

Una vez presentadas las partes y expuesto el objeto del contrato, se pasará a las llamadas cláusulas financieras, que determinarán la obligación principal garantizada, con el capital, la amortización, los intereses y comisiones. La denominación de cláusulas financieras o condiciones financieras del préstamo, como ha señalado ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>285</sup>, adquirió importancia en la jurisprudencia y en la doctrina civil a partir de la hoy derogada Orden del Ministerio de Presidencia de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios<sup>286</sup>, y posteriormente asumida por el legislador en la desafortunada redacción del artículo 12 LH, en la que como queda dicho se pretendía que están se transcribiesen en el Registro sin calificación alguna.

---

<sup>284</sup> Sobre este punto véase la R. de 14 de julio de 2017 (BOE de 4 de agosto de 2017), en la que la Dirección General consideró aplicable las normas de protección a los consumidores, en una interpretación pro consumidor, al entender, que aunque el destino del préstamo era profesional (adquisición de maquinaria) y el deudor hipotecario era profesional, existía un hipotecante no deudor que tenía la condición de consumidor, al actuar sin carácter profesional e hipotecar su vivienda habitual.

<sup>285</sup> Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales», en *RCDI*, N° 748; marzo-abril 2015, pp. 605-644 y RAMOS CHAPARRO, E., «Las cláusulas financieras en la inscripción de la hipoteca» en *Jornadas sobre legalidad y función notarial y registral*, Sevilla, p. 105.

<sup>286</sup> Derogada por la hoy vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En definitiva estas condiciones financieras lo que hacen es explicitar el contenido de la obligación principal asegurada y en concreto el capital, intereses y forma de amortización, así como otras obligaciones que se suman a la misma como pueden ser las comisiones.

En cuanto a la trascendencia real de las mismas, considerando aquí la redacción del artículo 12, habrá que tener en cuenta que al ser fundamentalmente cláusulas o condiciones que determinan la obligación garantizada, gozan de dicha trascendencia real, más aún cuando veremos que se aseguran especialmente con la hipoteca una responsabilidad por principal, por intereses remuneratorios y por intereses de demora. Y el plazo sin duda también gozará de dicha trascendencia real en cuanto es un elemento configurador clave de la obligación exigido en todo caso para el acceso al Registro de cualquier derecho real de acuerdo con el principio de especialidad.

En estas condiciones financieras aparece en primer lugar el importe del préstamo o crédito, el capital prestado o principal de la hipoteca, y en su caso como se hace entrega del mismo, si por ingreso en cuenta corriente de la entidad prestamista con especificación de la numeración de la misma, o por sucesivas disposiciones en el caso del crédito. Si se trata de compraventa e hipoteca, normalmente ya se ha entregado ese capital previamente (en la firma de la compraventa previa) y así se hará constar especialmente. Esta forma de pago del contrato principal, teniendo en cuenta el carácter accesorio de la hipoteca, se hará constar en el Registro conforme al artículo 10 LH, que exige la consignación de la forma en que se ha hecho o convenido el pago, sin que ello implique que los pactos en cuanto a las cuentas especiales o la forma de disposición tengan naturaleza real.

El capital es por tanto la suma de dinero (normalmente en euros) que se ha prestado al deudor y que este se obliga a devolver en el modo que se establecerá en la misma escritura.

La duración o amortización del préstamo es otra de las cláusulas fundamentales del mismo, ya que determina el plazo de cumplimiento de la obligación principal que se garantiza con la hipoteca. No se exige para la inscripción que se determine el plazo de la propia hipoteca, ya que siendo accesorio de la obligación principal bastará la consignación del plazo de esta. Sin embargo, en el caso de hipotecas de obligaciones futuras, o de hipotecas de diversas obligaciones presentes o futuras garantizadas por una sola hipoteca sí que será exigible por el principio de especialidad que se determine claramente el plazo de la hipoteca (art. 142, 153 y 153 bis LH).

Respecto del préstamo, se señala el plazo total de duración, normalmente en meses y cómo se amortizará, normalmente mediante el pago de cuotas mensuales, comprensivas de capital e intereses, diciendo cuándo y dónde se han de pagar las mismas y haciéndose constar el número total de cuotas en que se amortizará el préstamo.

Se determinarán en su caso la posibilidad de hacer pagos anticipados a cuenta del capital prestado y si ello da lugar a comisiones o no, como veremos esta posibilidad de cobrar comisiones supondría una cláusula no permitida por ir contra la ley en cuanto se refiera a más de una comisión de 0'50 % durante los cinco primeros años del préstamo o del 0'25% si es con posterioridad a esos cinco primeros años, y siempre que se trate de determinados supuestos<sup>287</sup>. Este régimen queda simplificado con la nueva Directiva<sup>288</sup> sobre contratos de crédito hipotecario que está pendiente de trasposición a nuestro derecho y que en este punto rebaja los límites antes de los seis años de vida del préstamo y acaba con estas comisiones a partir del sexto año de duración para amortizaciones anticipadas.

Una de las cláusulas fundamentales es la relativa a los intereses remuneratorios. El interés es en definitiva el precio que se paga por el préstamo, esto es por la tenencia del capital prestado durante un determinado tiempo. Sin embargo al interés también hay que sumarle otras cantidades como pueden ser la comisión de estudio, la de apertura etc., por ello se ha previsto por la normativa el establecimiento de la TAE (Tasa Anual Equivalente), que es un indicador que, en forma de tanto por ciento anual, revela el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero, y es especialmente útil para compararlo con los productos de la competencia, a efectos de comprobar el precio conjunto en términos que permitan dicha comparación. Para ello claro está es preciso que se comparen con otros productos de igual naturaleza, que los demás elementos y en particular el riesgo, sea equivalente<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Introducido por la Ley 41/2007 y con los siguientes requisitos: contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad al 9 de diciembre de 2007 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (no son cumulativas): a) Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea *persona física*; b) que el prestatario sea *persona jurídica* y tribute por el régimen fiscal de empresas de *reducida dimensión* en el Impuesto de Sociedades. También puede pactarse el pago de una compensación por riesgo de tipo de interés en casos distintos a los préstamos con interés a tipo variable cuya revisión se produzca cada doce meses o menos. Esta compensación sólo será posible si la cancelación supone una pérdida para la entidad, lo que ocurrirá normalmente cuando los tipos de mercado sean, en el momento de la cancelación, menores que el que se está pagando.

<sup>288</sup> Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.

<sup>289</sup> [https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos\\_de\\_Interes/Tasa\\_Anual\\_Equiv/](https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tasa_Anual_Equiv/). (Fecha de consulta: 05/09/2017)

Este puede ser fijo o variable, en los últimos años se ha extendido mucho el interés fijo que llevaba muchos años con unas tasas de contratación muy bajas. Si se pacta un interés fijo, este se aplicará durante todo el tiempo de duración del contrato sobre el capital que en cada momento esté pendiente.

En el caso de los intereses variables, puede además preverse una primera fase con un interés fijo, normalmente un año o unos meses y después se establece la fórmula por la cual se calculará el tipo de interés que supone la suma un determinado diferencial (un tanto por ciento) al índice de referencia oficial que se haya fijado, normalmente la Referencia Interbancaria a un año (EURIBOR), publicado mensualmente por el Banco de España y señalando además unos índices sustitutivos de acuerdo con la normativa establecida por el Banco de España. Los tipos oficiales de referencia<sup>290</sup> tienen una serie de ventajas como son la seguridad, la objetividad en su cálculo, su difusión y su simplificación de trámites (de comunicación de modificaciones *vgr.*) y se publican mensualmente en el BOE.

---

<sup>290</sup>Vid. <https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos de Interes/Tipos de interes/Oficiales para p/Tipos referencia>. (Fecha de consulta: 05/09/2017). Los tipos de interés de referencia oficiales son los que se establecen en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y se definen en la norma decimocuarta y anejo 8 de la Circular del Banco de España 5/2012. De acuerdo con lo dispuesto en dicha Orden y Circular podemos señalar como tales: Referencia interbancaria a un año Se define la Referencia Interbancaria a un año (EURIBOR) como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en euros a plazo de un año calculado apartar del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. En definitiva con esta media, se persigue obtener un precio objetivo del dinero que pueda ser utilizado por las entidades de crédito como referencia, pero de modo que no puedan ellas influir en su determinación. Tipo interbancario a un año (mibor). Este índice sólo es un índice oficial para los préstamos hipotecarios anteriores al 1 de enero de 2000. Se define como la media simple de los tipos de interés diarios a los que se han cruzado operaciones a plazo de un año durante los días hábiles del mes en el mercado de depósitos interbancario de Madrid (de ahí la eme de mibor). Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública. El cálculo de este índice viene dado por los rendimientos obtenidos en el mercado secundario, en las operaciones realizadas con títulos de deuda pública cuyo vencimiento residual se sitúe entre dos y seis años. Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes. Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona del euro. Es la media aritmética ponderada por el volumen de operaciones, de los tipos de interés aplicados a las nuevas operaciones de préstamo o crédito a vivienda en las que se prevea un período de fijación del tipo de interés de entre uno y cinco años, realizados en euros con hogares residentes en la zona del euro. Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años. Es la media simple mensual de los tipos de interés diarios Mid Spot del tipo anual para swap de intereses, para operaciones denominadas en euros con vencimiento a cinco años, calculados por la ISDA (*International Swaps an Derivatives Association, Inc.*).



En los supuestos de interés variable se señala asimismo cada cuanto tiempo se revisará el interés, lo que normalmente se hace anualmente, aunque caben revisiones semestrales incluso mensuales. En ese momento se volverá a calcular el tipo de interés sumando el diferencial al índice de referencia según el último publicado. En el supuesto de que por cualquier causa ajena a las partes no pudiera obtenerse para algún periodo de revisión el tipo de referencia indicado en la escritura como principal, se suele pactar uno o varios tipos sustitutivos (también oficiales) como el tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por las entidades de crédito.

Dentro también de las cláusulas financieras se encuentran las comisiones, que sin embargo, al no formar parte de la obligación principal ni asegurarse especialmente con hipoteca no se harán constar en el Registro en la inscripción de la hipoteca.

Las principales comisiones, que los bancos tienen libertad para establecer son la comisión de estudio y las de apertura, que cobra el banco en el caso de llevarse a cabo la operación por los gastos en que ha incurrido en el estudio de la viabilidad de dicha operación, así como el análisis de la solvencia del deudor, y la comisión de apertura se cobra por conceder el préstamo.

La comisión por subrogación de deudor se establece previendo en un futuro la posibilidad de que un tercero se subrogue en el préstamo y es entonces cuando se le cobrará, sin embargo es para ello necesario que el Banco acepte dicha subrogación. La comisión por reclamación de posiciones deudoras hace referencia a las gestiones realizadas por el banco para el cobro de cualquier cantidad que se le adeude en relación al préstamo, sin embargo se ha calificado como abusiva esta cláusulas porque normalmente no responde a efectivas gestiones realizadas y se cobra de manera automática en cuanto se produce esa situación de impago.

Ya hemos hecho referencia también a las comisiones por desistimiento o cancelación total o parcial, que en determinados casos como el de adquisición de vivienda o que el deudor sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto de Sociedades, tiene unos límites de 0'50 o 0'25%, según el préstamo se lleve a cabo la amortización dentro de los cinco primeros años de vida del préstamo o después, que recoge el art. 8 de la Ley 41/2007.

Se suelen establecer también en las escrituras de hipoteca una serie de gastos que tradicionalmente se imputaban siempre a cargo del deudor, aunque objetivamente se tratasen de gastos que correspondían a la entidad acreedora. Por ello como luego veremos se ha calificado como abusiva esta cláusula en cuanto a esos gastos que no debían imputarse

al deudor como son los honorarios de letrado y procurador (con independencia de a quién se le impusieran las costas), los de estos profesionales en caso de ejecución extrajudicial, no siendo requisito la intervención de los mismos o los gastos de notaría o registro, siendo el titular del derecho de hipoteca la propia entidad acreedora.

Junto a estos se prevén normalmente también los gastos de tasación, requisito imprescindible para la ejecución a través del procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados (art. 682.2 LEC modificado en este punto por la Ley 1/2013) y que además se exige en caso de que quiera posteriormente titulizar el préstamo de acuerdo con la Ley de Mercado Hipotecario<sup>291</sup>, (art. 5).

Los gastos de tasación también se imputan al deudor, a pesar de que normalmente se hace a solicitud de la entidad acreedora y con una empresa de su confianza, teniendo sin embargo el deudor la posibilidad de presentar una tasación realizada con los requisitos que la legislación establece y que esta sea aceptada por la entidad acreedora.

Otros gastos, no pequeños son los que se cobran por la gestión del documento por parte de la gestoría, normalmente de la propia entidad de crédito y que lleva a cabo las operaciones de autoliquidación de impuestos como el IAJ o ITP, la presentación en el Registro y se incluyen los que pudieran generarse por el otorgamiento de escrituras de aclaración, modificación o subsanación para lo que normalmente se apodera a la propia gestoría o a la entidad de crédito como luego veremos.

Sin embargo en la actualidad algunas entidades comienzan a prever que los gastos de la gestoría y de inscripción de la escritura de hipoteca en el registro serán asumidos por ellos en un ejercicio loable de adaptación a las nuevas circunstancias y en definitiva de reconocimiento de errores previos.

---

<sup>291</sup> El artículo 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero -concordante con el artículo 5 de esta última Ley-, establece que: «1. Los bienes inmuebles por naturaleza sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación de la entidad financiera prestamista o de entidades homologadas, con arreglo a lo que dispone este Real Decreto". Dicha tasación, añade la norma, tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar aquellos bienes de manera que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado. En cuanto a la forma de documentar la tasación y su reflejo registral, el apartado 2 del mismo precepto establece que «la tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración». La tasación impuesta por el artículo 8 del citado Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, no constituye, por tanto, una exigencia establecida con carácter general para todo tipo de hipotecas, sino exclusivamente en relación con aquellas que se constituyan conforme a la normativa del mercado hipotecario y que, por consiguiente, podrán servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios.

Otros gastos adicionales que se suelen incluir en la escritura aunque no dentro de las cláusulas financieras son los que se deriven en su caso del procedimiento de ejecución, y los relativos a la conservación de la finca hipotecada entre los que destacan la constitución de seguros de daños e incendios, por un capital coincidente con el importe del préstamo en previsión de que un siniestro de este tipo acabase con la garantía ofrecida por el deudor.

Después de la cláusula de gastos suele pactarse el interés de demora, del que hablaremos detenidamente más adelante, pues es una de las cláusulas que pueden ser abusivas atendiendo al porcentaje que se prevea, ya que podría entonces encuadrarse en la lista negra de cláusulas abusivas del TRLGDCU, en concreto en su art. 85. 6 al configurar como abusiva aquellas «cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Los intereses de demora, al contrario de los intereses ordinarios o remuneratorios no suponen precio o retribución al acreedor por el préstamo, sino que son una penalización por retraso en el pago de la cuota o, de la devolución del capital en caso de vencimiento anticipado. En este último caso, si el porcentaje de los intereses de demora es excesivos, supone un incremento muy notable del dinero que se ha de devolver, llegando en ocasiones a ser por este motivo inasumible por el deudor<sup>292</sup>.

Ante los abusos cometidos en este punto, con intereses de demora del 20% o incluso el 29%, y tras distintos pronunciamientos judiciales, la Ley 1/2013, limitó en determinados casos por ley el porcentaje de los mismos, así, para préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda, fijó como límite el de tres veces el interés legal del dinero, prohibiendo además que esos intereses sean capitalizados, salvo en el supuesto del art. 579.2 a) LEC. Excluyéndose tanto el anatocismo como la capitalización de los intereses vencidos<sup>293</sup>. Posteriormente como veremos se ha venido a reducir y simplificar aún más por la jurisprudencia del TS estableciendo como límite el de dos puntos por encima del interés ordinario.

A continuación se suelen hacer constar las causas de vencimiento anticipado. El préstamo hipotecario tiene una duración como hemos visto que queda perfectamente de-

---

<sup>292</sup> Sobre el peligro de un incremento rápido y cuantitativo de la deuda unido a un desconocimiento de los conceptos jurídicos que lo provocan junto con la falta de transparencia de su redacción en los instrumentos públicos vid. ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 156-ss.

<sup>293</sup> Sobre la distinción entre ambos vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contenido financiero del préstamo...», *op. cit.*, p. 613.

terminada. Sin embargo se prevén una serie de causas que pueden determinar el vencimiento anticipado del préstamo y con ello la obligación del deudor de devolver la cantidad prestada junto con los intereses antes de la llegada de ese plazo. En un primer momento, se entendía que la única causa que podía determinar ese vencimiento anticipado del contrato era el incumplimiento por el deudor de su obligación de pagar las correspondientes cuotas de capital e intereses, sin embargo las entidades de crédito en sus clausulados fueron introduciendo, en un afán de tener todas las posibilidades cubiertas, de supuestos en los que se pactaba también el vencimiento anticipado del préstamo. Algunas de ellas tenían y tienen una lógica desde el punto de vista negocial, como son aquellas circunstancias que pueden afectar a la subsistencia de la garantía, como la existencia de cargas previas no advertidas por el deudor sobre la finca, o el no asegurar la finca hipotecada contra daños o incendio, o la disminución del valor de la finca en más de un 20% (acreditado mediante tasación independiente) y siempre que el deudor no ofrezca otros bienes en garantía, sin embargo se establecen además muchas otras causas de vencimiento anticipado que por su generalidad, por ir en contra de norma imperativa o por ser completamente ajenas a la obligación garantizada y a la efectividad de la garantía, se han venido rechazando por los registradores en sus calificaciones y siendo confirmadas tanto por la DGRN como por la jurisprudencia del TS. A ellas nos referiremos con detenimiento pues son unos de los supuestos más frecuentes en que se produce la denegación de cláusulas de la hipoteca por los registradores. rrci.

El pacto relativo a la constitución de la hipoteca es el más importante de la escritura de préstamo hipotecario; siendo este pacto por el que el hipotecante (sea o no deudor) manifiesta su voluntad de que la finca quede afecta al cumplimiento de la obligación de pago (devolución del préstamo e intereses y demás gastos que en su caso se garanticen con la hipoteca). En la constitución de hipoteca se ha de fijar la cantidad por la que responderá la finca hipotecada respecto de cada uno de los conceptos: capital, intereses ordinarios, intereses de demora, y costas y gastos normalmente. Además, teniendo en cuenta que algunos de estos conceptos (o el capital en el caso de un crédito) no está aún determinado es necesario que se fije un máximo de responsabilidad, dando lugar a la hipoteca de máximo (art. 153 bis LH). A ello se refiere el art. 12 LH, cuando señala que puede fijarse el importe del principal y de los intereses o bien el importe máximo de responsabilidad hipotecaria. Los intereses de demora deben garantizarse siempre mediante hipoteca de máximo especial y separada, puesto que no se sabe aún sobre el capital que habrán

de calcularse ni por tanto su importe. A pesar de ello a efectos registrales se practica también bajo el mismo asiento<sup>294</sup>.

Se suele pactar además la extensión objetiva de la hipoteca extendiéndose la misma a los frutos, rentas vencidas y no satisfechas o indemnizaciones por siniestro o expropiación, siempre sin perjuicio de terceros poseedores de la finca hipotecada, respecto de los cuales ya se determina dicha extensión en los arts. 112 y 113 LH.

Los pactos relativos a las acciones para hacer efectivo el derecho a la recuperación de la deuda se refieren fundamentalmente a la acción hipotecaria que podrá ejercitarse a través del procedimiento ordinario o del procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados. Para ello como exige el art. 682 LEC, se determina la cantidad en que tasan los interesados la finca hipotecada a efectos de subasta (hoy no puede ser inferior al 75% del importe en que se tasó la finca conforme a lo dispuesto en la Ley de Mercado Hipotecario) y fijan un domicilio para notificaciones, normalmente la propia finca hipotecada o el domicilio de uno del deudor.

A la vez también se suele acompañar el pacto relativo a la venta extrajudicial de la finca hipotecada, conforme al art. 1858 CC y al art. 129 LH, en que se hará la venta por medio de notario, con las formalidades del Reglamento Hipotecario y en el que tras la Ley 1/2013 también se exige que la tasación para subasta y el domicilio sean los mismos que para el procedimiento especial de ejecución.

Se añaden además pactos encaminados a la conservación de la garantía, como los relativos a constitución de seguros o la obligación del deudor de aportar nuevas garantías personales o reales en determinados casos, así como obligaciones de suministrar información económica relevante a la entidad, en caso de cambio de circunstancias. Como veremos, estas obligaciones si no están especialmente garantizadas por la hipoteca no accederán al Registro (ni al contenido efectivo del derecho) por carecer de trascendencia real.

En todas las escrituras de hipoteca se faculta al acreedor mediante apoderamiento que se hace en la propia escritura para subsanar o rectificar el título. Se trata de un apoderamiento en el que por tanto el que actúa (ya sea el representante de la entidad de crédito o el de la gestoría) a quien se le ha otorgado el poder actúa en nombre de ambas partes

---

<sup>294</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la DGRN entre otras en las RR. de 21 de diciembre de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008), 14 de enero de 2008 (BOE de 29 de enero 2008) y 1 y 8 de febrero de 2008 (BOE de 25 de febrero 2008).

sin que pueda configurarse como una actuación unilateral<sup>295</sup>. Además del apoderamiento para las modificaciones de la escritura (siempre que no se refieran al contenido esencial del contrato), también suelen establecerse otros apoderamientos como los relativos al cobro de indemnizaciones o los relativos a la obtención de segundas copias a los que posteriormente nos referiremos.

Otro contenido típico de las escrituras es el relativo a las manifestaciones fiscales, lo relativo a la presentación del documento en el Registro, la presentación telemática y los datos personales. Con relación a la solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad tiene gran importancia la solicitud expresa de inscripción parcial de la hipoteca cuando existan pactos o cláusulas no inscribibles, ya que teniendo en cuenta el principio de rogación, no se podrá inscribir el título de modo parcial si no se solicita expresamente (art. 6 LH).

Por último en el ámbito de las escrituras de préstamo hipotecario es de gran importancia (y actualidad) lo relativo a la información y advertencias que ha de hacer el notario a los deudores con relación al contenido financiero, la existencia de condiciones generales de la contratación y la existencia o no de cláusulas abusivas. Según los modelos de hipoteca de las distintas entidades estas advertencias, que constituyen el llamado control de transparencia material, se sitúan o al comienzo de la escritura o al final de la misma. Lo imprescindible como veremos es que se lleven a cabo.

Esto hay que ponerlo en relación con las exigencias de la Orden EHA/2899/2011<sup>296</sup> que ya hemos comentado y que en su artículo 30 establece distintas obligaciones notariales, entre ellas las de realizar diversas advertencias expresas que sustituyen a las que debían hacerse en cumplimiento de la anterior Orden de 5 de mayo de 1994 que se deroga expresamente, entre ellas la adecuación del contrato firmado con la Ficha de Información Personalizada (FIPER), el coste notarial de la escritura, si se ha firmado en la notaría y si ha tenido la el proyecto de escritura a su disposición en los tres días hábiles anteriores, si en las cláusulas no financieras hay comisiones o gastos para el

---

<sup>295</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la DGRN en R. de 19 de julio de 2017 (BOE de 17 de agosto de 2017), en un recurso contra una calificación en la que el registrador consideraba que esta cláusula de apoderamiento era abusiva conforme al artículo 85.3 TRLGDCU relativa a las cláusulas que reservan al empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato. La DGRN considera que no hay tal cláusula abusiva ya que se trata de un supuesto de apoderamiento conforme a la ley y en el que se había salvaguardado convenientemente la autocontratación.

<sup>296</sup> La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, entra en vigor el 29 de abril de 2012, si bien, las normas relativas a créditos y préstamos hipotecarios contenidas en el capítulo II de su Título III entraron en vigor el 29 de julio de 2012, (nueve meses desde la publicación en el BOE), con la excepción de la sección 3ª - dedicada a los tipos de interés - que se rige por la regla general.



prestatario que debían constar en las cláusulas financieras, si hay comisión para el reembolso anticipado y si se trata de un préstamo o crédito a tipo de interés variable, que se ha comprobado que el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24 (instrumentos de cobertura del riesgo), 25 (cláusulas suelo y techo) y 26 (cuotas en diversos escenarios), de la citada Orden de 28 de octubre de 2011 con advertencia expresa si el tipo de referencia es oficial y si existen cláusulas suelo o techo. En este último caso además deberá seguirse lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, al igual que en el caso de instrumentos de cobertura de riesgo o préstamo en moneda extranjera, que requieren de la expresión manuscrita en la escritura del prestatario.

Otras advertencias que también se contienen son las relativas a la posible aplicación de la Ley 7/1998 de CGC, ya que el notario ha de dejar constancia que el instrumento público se ha redactado conforme a minuta suministrada por la entidad acreedora.

En Cataluña además, en cumplimiento de la Ley 20/2014 de modificación del Código de Consumo de Cataluña, se ha de informar de la obligación de la parte prestamista de entregar a la parte prestataria y en su caso a los avalistas o terceros hipotecantes, la información a que se refiere el artículo 262-4<sup>297</sup> Código de Consumo de Cataluña con una

---

<sup>297</sup> Este artículo establece lo siguiente: «1. El prestamista o el intermediario de crédito, con una antelación mínima de catorce días naturales a la formalización del contrato y antes de que la persona consumidora asuma cualquiera obligación derivada de la oferta o del contrato de crédito o préstamo hipotecario, debe suministrarle, de forma gratuita, clara, completa y comprensible, como mínimo la siguiente información: a) La identidad y el domicilio del prestamista y la identificación de la persona responsable del préstamo. b) La finalidad para la que podrá utilizarse el crédito o préstamo. c) El derecho de la persona consumidora a escoger notario, que solo puede ser escogido por el prestamista si la persona consumidora no lo hace. d) El derecho de la persona consumidora a aportar una tasación del bien inmueble, que debe ser aceptada e incluida en el registro de la entidad de crédito, de acuerdo con la legislación vigente. e) Una descripción de las principales características del contrato de crédito o préstamo, que debe incluir la duración; la descripción comparativa de los tipos de crédito disponibles con una breve exposición de las características de los productos a tipo fijo, referenciado y variable; las implicaciones para la persona consumidora; las opciones para reembolsar el crédito al prestamista, con la indicación del número, la periodicidad y el importe de las cuotas; la posibilidad, si procede, de reembolso anticipado, su repercusión en el precio del crédito o préstamo hipotecario y, si procede, las condiciones a que está sujeto dicho reembolso. En todo caso, debe entregarse a la persona consumidora un cuadro que refleje la evolución, durante los doce meses anteriores, de los diversos tipos de referencia oficiales. f) El precio total que debe pagar la persona consumidora, incluido el desglose de todas las comisiones, cargas y gastos que sean precisas para la formalización del préstamo, así como todos los impuestos y la tasa anual equivalente, expresada con un ejemplo representativo, que debe incluir, al menos, los gastos desglosados de impuestos y tasas, los gastos de tramitación, tasación de la finca, comisión por cancelación de hipotecas por amortizaciones anticipadas parciales o totales y los demás que puedan presentarse por la contratación del préstamo hipotecario. También deben hacerse constar, si existen, los gastos en caso de impago. Los prestamistas y los intermediarios de crédito vinculado no pueden incluir en ningún caso el concepto de asesoramiento. g) Las siguientes advertencias: 1ª. Una advertencia que indique que el crédito o préstamo ofrecido está relacionado con incrementos del tipo de interés o del precio del crédito o préstamo hipotecario o con otros instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales para la persona consumidora. 2ª. Una advertencia sobre el riesgo que asume la persona consumidora de perder la vivienda en caso de incumplimiento de los compromisos derivados del contrato de crédito y del hecho de que la responsabilidad no está limitada a la finca, y la



antelación de más de catorce días naturales a la formalización del contrato y del derecho de los otorgantes de recibir del notario con una antelación de cinco días hábiles (que amplía los tres días recogidos en el artículo 30.2 de la Orden EHA 2899/2011), la información a que hace referencia el artículo 123-10<sup>298</sup> del Código de Consumo de Cataluña,

---

*advertencia de que también podría perder otros bienes de su patrimonio hasta el importe debido. En todo caso, la persona consumidora, con esta advertencia, debe obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con una referencia especial al riesgo de tipo de interés asumido. 3ª. Una advertencia sobre los contratos de seguros o de apertura de cuentas corrientes y los demás servicios accesorios, con la indicación de si son obligatorios u opcionales para la persona consumidora, del coste real para esta y de las implicaciones que para ella puedan tener, incluidas las derivadas de no cumplir los compromisos. También debe añadirse la información sobre la posibilidad que tiene el consumidor de contratarlos a un proveedor acreditado distinto al prestamista. 4ª. Una advertencia sobre las cláusulas contractuales que generen más riesgo para la persona consumidora. 5ª. Una advertencia sobre el derecho de la empresa prestamista a declarar vencida toda la deuda por impago de tres cuotas mensuales o un número de estas equivalente a tres meses. h) Las modalidades de pago y de ejecución. i) La divisa en la que pueden contratarse los créditos o préstamos, con la explicación de las implicaciones para la persona consumidora de hacerlo en una moneda que no es de curso legal en Cataluña. j) La naturaleza y el alcance de la garantía o garantías del crédito o préstamo. k) El derecho a obtener una oferta vinculante, la duración y las condiciones. l) La información relativa a cualquier derecho que tengan las partes para resolver el contrato anticipadamente, de acuerdo con la legislación aplicable y las condiciones del contrato, incluidas las compensaciones que incluya el contrato. m) El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables y las condiciones en que pueden modificarse. También debe especificarse el tipo de interés de demora. n) Un estudio de sensibilidad de las oscilaciones en el importe total del préstamo para la persona consumidora en los créditos o préstamos hipotecarios a tipos de referencia, con la comunicación del importe más alto y más bajo que puede tener la cuota mensual a lo largo del período de amortización previsto, en base a la fluctuación que ha sufrido el índice de referencia, al menos, en los últimos veinte años. o) Las cláusulas suelo y techo y demás cláusulas o contratos accesorios que pueden alterar el tipo de interés o el precio del crédito o préstamo hipotecario, las implicaciones de estas cláusulas o estos contratos accesorios para la persona consumidora, y la comparativa de la onerosidad del crédito o préstamo con estas cláusulas o estos contratos y sin ellos. p) Indicaciones sobre cómo puede afectar el préstamo hipotecario a las obligaciones fiscales y sobre las ayudas públicas, teniendo en cuenta las cualidades del prestatario consumidor. q) Los medios de reclamación y los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos a los que tiene derecho a acceder la persona consumidora. r) El sistema de fijación de la deuda o de la determinación de las cantidades debidas. s) El derecho de la persona consumidora a negociar individualmente las cláusulas del contrato. t) La obligación que, en los supuestos establecidos legalmente por la escritura de los préstamos hipotecarios, debe añadirse, además de la firma del cliente, una expresión manuscrita en que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. u) La posibilidad de consultar la Guía de acceso al préstamo hipotecario, del Banco de España, y la indicación de dónde puede consultarse. 2. La información a que se refiere el presente artículo debe entregarse por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita a la persona consumidora comparar fácilmente el producto ofrecido con otros y que recoja la constancia de la fecha de la recepción por el destinatario, a la vez que haga posibles una conservación, una reproducción y un acceso a la información adecuados. 3. Se entiende que el prestamista o el intermediario de crédito cumple las obligaciones de información a que se refiere el apartado 1 si entrega a la persona consumidora debidamente rellenado un modelo de información que se haya establecido legal o reglamentariamente a tal efecto».*

<sup>298</sup> Este artículo, referido a préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda señala: «1. Las personas consumidoras, los avalistas y los terceros hipotecantes tienen derecho a recibir información y protección efectiva de la Administración de la Generalidad en los aspectos relacionados con los contratos de crédito o préstamo hipotecario sobre la vivienda. 2. Las personas consumidoras, los avalistas y los terceros hipotecantes relacionados con el negocio de crédito o de préstamo hipotecario tienen derecho a recibir de los notarios, con una antelación de al menos cinco días hábiles y de modo que les sea comprensible, la siguiente información: a) El contenido de la escritura pública del contrato de crédito o préstamo hipotecario de la vivienda y sus consecuencias jurídicas y económicas para la persona consumidora, los avalistas y

y de haber informado a los otorgantes de forma comprensible de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato para la persona consumidora, en especial de los intereses, comisiones, cláusulas de vencimiento anticipado, las consecuencias de la ejecución por incumplimiento y de las fluctuaciones del mercado de vivienda.

## 2.- CONTENIDO DEL ASIENTO DE HIPOTECA

### 2.1. Los criterios de calificación de los préstamos hipotecarios

Hasta aquí hemos señalado el contenido típico de las escrituras de hipoteca, que puede variar como hemos visto según los distintos modelos de las entidades de crédito prestamistas y según otros factores como pueden ser que se opte por un interés fijo o variable, con uno u otro diferencial, según a su vez la solvencia del prestatario, el valor del inmueble que se ofrece en garantía o la cuantía del préstamo.

Pero no todo ese contenido va a acceder al Registro de la Propiedad ni, por tanto, va a configurar el derecho registral de hipoteca, que teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la inscripción será el oponible a terceros y servirá de base para la ejecución de la hipoteca conforme al artículo 130 LH.

Para configurar el contenido del asiento de hipoteca el registrador calificará la escritura de hipoteca depurando aquellos pactos o cláusulas que no pueden acceder al registro, ya sea por carecer de trascendencia real y tener carácter obligacional, ser contrarios a norma imperativa o prohibitiva, ser contrarios a normas o principios hipotecarios o ser nulas por considerarse abusivas.

---

*los terceros hipotecantes. b) Las consecuencias de una posible ejecución por impago y de las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda, la posibilidad de que las entidades de crédito pidan ampliaciones de garantía en determinados supuestos y los demás derechos y obligaciones que comporta el contrato de crédito o préstamo hipotecario. c) La información relativa al arbitraje de consumo y a los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que son consecuencia de no atender las obligaciones derivadas del contrato. 3. Los notarios, en el marco de sus obligaciones legales, además de comprobar que, en las escrituras relativas a créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda, no se incluyen cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber estado consideradas abusivas, deben velar por el respeto de los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras que son deudores hipotecarios. 4. Los notarios deben asegurarse de que las personas consumidoras y los avalistas comprenden correctamente toda la información obligatoria referida al contrato hipotecario antes de firmarlo».*

Esta labor como hemos visto se ha ido perfilando a medida que se han ido publicando normas que afectan a la calificación (como el TRLGDCU, LCGC o la Ley 41/2012) y Resoluciones de la DGRN o Sentencias del Tribunal Supremo.

En la actualidad, y después de una larga evolución que ha tenido como hemos visto épocas de más o menos claridad, se ha resumido recientemente la actuación calificadora de los registradores respecto de las hipotecas por la DGRN en varias resoluciones recientes como las de 3 de octubre de 2014 (BOE de 31 de octubre de 2014), 28 de abril de 2015 (BOE de 1 de junio de 2015) y 25 de septiembre de 2015 (BOE de 14 de octubre de 2015) y 10 de noviembre de 2015 (BOE de 3 de diciembre de 2015), que tienen ya en cuenta las últimas reformas legislativas así como la doctrina emanada al respecto por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Señala la Dirección en la Resolución de 25 de septiembre de 2015 (BOE de 14 de octubre de 2015) remitiéndose a la de 28 de abril del mismo año que: *«La citada Resolución de 28 de abril de 2015 (...) procede a señalar cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores.»*

*A este respecto, recuerda la Resolución que ni toda infracción legal permite considerar la cláusula transgresora como abusiva, ni la legislación de defensa de los consumidores y usuarios constituye el único canon normativo cuya infracción determina su exclusión de la publicidad registral, de acuerdo con el principio general de legalidad que rige en nuestro ordenamiento constitucional (vid. artículo 9 de la Constitución) y registral (vid. artículo 18 de la Ley Hipotecaria).*

*Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Así ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones de disponer, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, o con los derechos reales o cláusulas relativas a los mismos que no contengan las determinaciones legalmente prescritas, recogidas en los artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria, 51.6 de su Reglamento, 682 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.*

*Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, ya sean éstas de carácter específico (por ejemplo, el pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso prohibido por el artículo 61.3 de la Ley Concursal), o referenciadas a los principios generales de la contratación (por ejemplo, el pacto que vulnere de forma objetiva el artículo 1256 del Código Civil o el pacto que excluya o no prevea la facultad de deudor, reconocida en el artículo 1129.3 del Código Civil, de completar la garantía concedida en caso de menoscabo de la misma). A este respecto debe recordarse que la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (las predisuestas por una de las partes con el objeto de incorporarlas a una pluralidad de contratos) es aplicable aunque el adherente -persona física o jurídica- sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (artículo 3) y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (artículo 8.1), sin necesidad de que tengan la condición de abusivas.*

*Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (artículo 98 de la Ley Hipotecaria).*

*Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaría del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva,*

*sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013.*

*En estos supuestos el registrador, como señalan entre otras la Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2014 y la de 28 de abril de 2015 a la que se remite la presente, deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma -normal o reforzada- que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, artículo 6 de la Ley 1/2013, etc.–.*

*Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, las cuales tendrán siempre transcendencia real, en la medida que habilitan el ejercicio de la acción hipotecaria y provocan la cancelación de las cargas posteriores por virtud de la purga registral –artículos 134 de la Ley Hipotecaria y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, además de lo ya expuesto en relación a la aplicabilidad general de las normas imperativas y prohibitivas, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos:*

*a) Según se infiere de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y también de las Sentencias del mismo Tribunal de 9 de marzo de 2001 y 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, la inscripción y validez de estas cláusulas exige que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes, sino que debe responder a una causa justificativa adecuada, la cual se encuentre relacionada bien con la obligación principal garantizada a la que debe estar vinculada de alguna manera o con la eficacia del derecho real de hipoteca –su rango, posibilidades de ejecución, etc.–, o bien con la conservación de la finca gravada o con las obligaciones inherentes a la misma que puedan constituir cargas preferentes (seguros, gastos de comunidad de propietarios o Impuesto sobre Bienes Inmuebles).*

b) Según resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 es necesario que los términos de estas cláusulas de vencimiento anticipado cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate, sin que la concreción de los elementos que generen o sean susceptibles de generar tal vencimiento pueda dejarse al albedrío de una de las partes contratantes.

c) Según señalan, entre otras, las Resoluciones de 8 de junio de 2011 y 3 de octubre de 2014, la especial naturaleza o finalidad de la obligación garantizada influye en la determinación del carácter relevante o no de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado pactadas y, en consecuencia, en su inscribibilidad; provocando, igualmente, la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca.

En definitiva, como señala la Resolución de referencia, el que el artículo 1129 del Código Civil sea una norma dispositiva, y la autonomía de la voluntad permita a las partes introducir nuevas causas de vencimiento anticipado, no significa que el incumplimiento de cualquier obligación, incluso extraña a la voluntad del prestatario, irrelevante, contraria a normas positivas o totalmente indeterminada, pueda provocar el vencimiento anticipado de la obligación principal».

Esta doctrina constituye sin duda un resumen global de la actividad calificadora de los registradores con relación a las escrituras de préstamo hipotecario. En ella se distingue claramente los distintos aspectos que se han de tener en cuenta para la calificación de este tipo de escrituras y que no se limitan como hemos venido diciendo a la calificación de posibles cláusulas abusivas, sino que habrá de tenerse en cuenta el conjunto de las normas civiles, hipotecarias, de consumidores e incluso normativa administrativa aplicable a las entidades de crédito, así como los pronunciamientos de la propia DGRN y las Sentencias del TS y del TJUE, en una labor compleja de adecuación de las distintas cláusulas de estos contratos a la legislación (en cada momento<sup>299</sup>) vigente.

---

<sup>299</sup> Se hace esta matización de en cada momento vigente puesto que la práctica registral ha puesto de manifiesto en los últimos tiempos la gran capacidad de adaptación a los vaivenes de la normativa en esta materia, con la promulgación de nuevas normas sumadas a distintas interpretaciones jurisprudenciales como se ha puesto especialmente de relieve en el caso de los intereses de demora en los que ha habido cambios en la legislación estatal, autonómica e interpretaciones de la jurisprudencia del TS que marcaban unos límites distintos y a los que se ha ido adaptando las calificaciones de los registradores sobre este punto, como veremos más adelante



## 2.2. El asiento de hipoteca.

Una vez calificado el documento se procederá a redactar el asiento de hipoteca, con aquellas cláusulas que resulten inscribibles y que gozarán de trascendencia real en consecuencia<sup>300</sup>, siempre que la calificación sea positiva respecto de los elementos esenciales y se hará de acuerdo con el contenido propio de los mismos exigido por el principio de especialidad de los artículos 9 LH, 12 LH y 51 RH.

El principio de especialidad o determinación con relación a la hipoteca se recoge expresamente en el artículo 12 LH que viene a señalar con la redacción ya señalada el contenido del asiento de hipoteca y en cierto modo el alcance de la calificación. Sin embargo, como también ha quedado señalado, se ha ido perfilando dicho contenido con sucesivas resoluciones jurisprudenciales y de la propia DGRN que ha rectificado su interpretación inicial.

La inscripción del derecho real de hipoteca comprende en sentido estricto no sólo la responsabilidad hipotecaria (por principal, intereses ordinarios, intereses de demora y costas y gastos), sino teniendo en cuenta el carácter accesorio de la hipoteca (art. 105 LH), también la obligación principal garantizada junto a todo aquello que ayude a configurar la extensión del derecho real de hipoteca. Por tanto se habrá de hacer constar en el asiento lo relativo a su duración y que comprende no sólo el plazo (de la obligación y si son varias o de duración indeterminada en la hipoteca de máximo el plazo de la propia hipoteca pues no coincidirán), sino también las causas de vencimiento anticipado en cuanto pueden determinar una duración distinta de la prevista inicialmente los intereses, comisiones y gastos en cuanto estén expresamente asegurados por la hipoteca o constituyan su impago o incumplimiento condición resolutoria (piénsese en la obligación de pago del seguro si constituye ese impago una causa de vencimiento anticipado), los pactos de extensión de la hipoteca (art. 111 LH con las limitaciones de los artículos 112 y 113 LH en cuanto a terceros poseedores) y los pactos sobre procedimientos especiales de ejecu-

---

<sup>300</sup> Así lo señala expresamente la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2014 (BOE de 31 de octubre de 2014) al afirmar que «en lo que no cabe confirmar la calificación del registrador, en los términos en que se ha formulado, es en el extremo en que afirma la falta de trascendencia real de las cláusulas de vencimiento anticipado, pues (...) dichas cláusulas sí tienen dicha trascendencia y eficacia erga omnes en la medida en que se inscriban. Pero esta apreciación la corrige el registrador en su informe al precisar que dicha falta de trascendencia real en los casos examinados no es causa sino efecto de su falta de inscripción como consecuencia de su suspensión por los motivos ahora confirmados».



ción y venta extrajudicial, con los correspondientes acuerdos sobre domicilio de notificaciones, tasación, fijación de cantidad adeudada, etc.. (arts. 682 y 683 LEC, 129 y 153 LH y 234 RH).

Además debe hacerse constar en el asiento todas aquellas otras circunstancias que se exigen conforme a la legislación hipotecaria relativas a la descripción de la finca del titular y el derecho (arts. 9 LH y 51 RH), como podrían ser el NIF (art. 254.2 LH), los medios de pago (art. 21.2 LH) y especialmente para el asiento de hipoteca la manifestación de si la finca hipotecada es o no vivienda habitual (art. 21.3 LH modificado por la Ley 1/2013)<sup>301</sup>.

Con este contenido se practicará el asiento de hipoteca que una vez autorizado por el registrador produce la constitución de la hipoteca con todos los efectos que el ordenamiento le atribuye con trascendencia real y *erga omnes*. Por ello es crítica la labor de la calificación de los registradores -en todos los derechos que pretenden su acceso al Registro sin duda- pero aún más en la hipoteca por su carácter constitutivo y por la importancia económica y social que tiene este derecho por cuanto se utiliza para adquirir y de él depende en muchas ocasiones el bien principal de toda familia como es su vivienda.

Por ello antes de entrar en la determinación de las cláusulas abusivas que suelen incluirse en las escrituras de préstamos hipotecarios y su calificación, siguiendo el propio esquema suministrado por la DGRN en la RR de 28 de junio y de 25 de septiembre de 2015 (BOE de 14 de octubre de 2015) antes señalado, haremos también referencia a otras cláusulas de las hipotecas que se califican negativamente por causas distintas a su abusividad pero que permiten poner de relieve que la actuación del registrador respecto de las cláusulas abusivas es una extensión más de lo que ha venido haciendo desde siempre: evitar el acceso al Registro de aquello que es contrario a la legalidad y a la naturaleza propia del Registro de la Propiedad y en consecuencia evitar dotar de trascendencia real a aquello que no es conforme con la misma evitando así que se perjudique a terceros mediante una publicidad engañosa de su contenido.

### 2.3. Calificación negativa en base a principios y normas hipotecarias.

---

<sup>301</sup> «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución».

Comienza señalando la Resolución de 25 de septiembre de 2015 (BOE de 14 de octubre de 2015) que no todas las cláusulas que se deniegan respecto de las hipotecas son en base a su abusividad, y que no se consideraran abusivas toda infracción legal de una norma imperativa.

Esto puede parecer obvio, pero en la actualidad con relación a las hipotecas existe una gran confusión sobre qué es y qué no es abusivo, y una afirmación como la expresada viene a señalar una base sobre la que luego vendrá a determinar los distintos aspectos en los que puede basarse la calificación negativa del registrador respecto de las hipotecas. En esta línea también, recuerda que no sólo le es aplicable la legislación de consumidores a los préstamos hipotecarios, sino además todo el completo ordenamiento jurídico, por lo que debe el registrador hacer un examen holístico del mismo en base al principio de legalidad en general (art. 9 CE) y al mismo principio en el estricto ámbito registral (art. 18 LH).

En esta misma línea, hay que decir que en nuestro ordenamiento la cuestión se complica porque incluso la legislación sobre consumidores a que hace referencia el centro directivo no está tampoco en una sola norma, a pesar de la designación genérica que se hace. No sólo será aplicable el TRLGDCU sino otras muchas normas contenidas tanto en leyes específicas (LCGC, Ley 2/2009, Ley 1/2013) como en disposiciones concretas de normas reguladoras de otras cuestiones (LH, LEC), tanto en normas estatales como en normas autonómicas en virtud de la competencia atribuida por la Constitución en el artículo, y también en normas de rango inferior a la Ley como el Reglamento Notarial u órdenes ministeriales como la Orden EHA/2899/2011. En definitiva son también diversos los estatutos de defensa del consumidor por cuanto habrá que tener en cuenta normas que tienen su origen en el derecho de consumidores en sentido estricto, junto con los que se refieren a la estructura del contrato, y normas imperativas que regulan el régimen de los mismo, todo ello junto con gran variedad de normas procesales y normas administrativas que en definitiva dificultan<sup>302</sup>, sólo en cuanto contrato con consumidores la calificación del préstamo hipotecario. A todo ello habrá que sumar la restante normativa aplicable al contrato (civil, hipotecaria, procesal y administrativa) que regula aspectos distintos de los relacionados con los consumidores.

Señala la DGRN, que en primer lugar habrán de calificarse negativamente todos aquellos pactos y cláusulas de la hipoteca que con independencia de su validez civil y/o su

---

<sup>302</sup> En este sentido se pronuncia ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., en «El contenido financiero del préstamo...», *op. cit.* p. 607.

posible trascendencia real sean contrarios a normas hipotecarias de carácter imperativo o cuya inscripción no sea posible por exigencias de normas o principios hipotecarios.

En cuanto a la expresión que se utiliza de «con independencia de su validez civil», hay que por la en relación con el artículo 101 del RH, por cuanto este se refiere a la calificación de los registradores de la «validez de los actos dispositivos» (art. 18 LH) a «los efectos de extender el asiento registral» (art. 101 RH). Es por ello por lo que puede coherente esa manifestación del artículo 18 LH, de modo que los registradores rechacen la inscripción de ciertas cláusulas, sin perjuicio de la validez civil de las mismas que corresponde determinar a los Tribunales de Justicia.

Como ejemplos cita las prohibiciones de disponer del artículo 27 LH, que no podrán tener acceso al Registro. En relación a esta prohibición de disponer son muy frecuentes las cláusulas que determinan el vencimiento anticipado del crédito si se produce cualquier enajenación o gravamen de la finca y también las que prevén el mismo resultado en caso de arrendamiento o subarrendamiento de la misma. Estas cláusulas son rechazables en base a ese mismo artículo 27 LH como así lo ha reconocido el Tribunal Supremo (Sala Primera) en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466), en la cual afirmaba:

a) En cuanto a las limitaciones de la facultad dispositiva del hipotecante (prohibición de vender o disponer de cualquier otro modo salvo previo consentimiento por escrito del acreditante), que *«En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen trascendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)»*, por lo que entiende que *«no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar»*<sup>303</sup>.

b) En cuanto a la prohibición absoluta de arrendar, afirma de forma concluyente la citada Sentencia que *«el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y*

---

<sup>303</sup> En este punto sería interesante plantear el alcance de las mismas con respecto a las prohibiciones de disponer que llevan consigo las viviendas de protección oficial, y las consecuencias de la ejecución hipotecaria, si bien el objeto de este trabajo no lo permite. Sobre la confrontación entre la ejecución y las prohibiciones de disponer *vid.* MURGA FERNÁNDEZ, J.P., «La eficacia de las prohibiciones de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso (embargo y posterior enajenación forzosa): posibles soluciones y postura actual de la DGRN», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 4, 2014, pp. 253-276 y MURGA FERNÁNDEZ, J.P., «La ejecución forzosa de viviendas protegidas: la problemática de sus limitaciones dispositivas», en *ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J.P., (Directores), Vivienda, préstamo y ejecución, Editorial Aranzadi, Cizur-Menor, 2015, pp. 127-167.*

*menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los artículos 661, 675 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca –realización de la finca hipotecada–».*

También la DGRN se ha manifestado en este mismo sentido entre otras en Resoluciones de 27 de enero de 1986 (BOE de 7 de marzo de 1986) y de 8 de noviembre de 1993 (BOE de 19 de noviembre de 1993) y más recientemente en la de 8 de junio de 2011 (BOE de 1 de julio de 2011).

Con relación a la prohibición de arrendar y subarrendar sí que se han permitido cláusulas de vencimiento anticipado cuando se concretara el supuesto a *«aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta»* (R. de 28 de enero de 1998 BOE de 9 de febrero de 1998). Sin embargo como señalaba el propio TS en la Sentencia aludida ello es así teniendo en cuenta el antiguo artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) de 1994 en el que se garantizaba *«al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta»*.

Sin embargo este supuesto ya no es aplicable con la nueva redacción de ese artículo 13<sup>304</sup> de la LAU, reformado por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, ya que se prevé que en el caso de enajenación forzosa por ejecución hipotecaria, llevará consigo la extinción del arrendamiento saca que constase inscrito en el Registro, en cuyo caso se regirá por las normas generales de purga de cargas y derechos posteriores de manera que si en el momento de la constitución de hipoteca no está inscrito y así lo puede comprobar el acreedor y se inscribe con posterioridad a la misma, la ejecución hipotecaria conllevará la cancelación del arrendamiento como derecho posterior a la hipoteca que se ejecuta. Por lo tanto no existe hoy excepción alguna que justifique este tipo de cláusulas de vencimiento anticipado prohibiendo la enajenación, gravamen o arrendamiento de la finca hipotecada.

Además de la norma imperativa del artículo 27, se pueden señalar otras cláusulas que no se podrán inscribir por vulnerar otras normas imperativas de la normativa hipotecaria, como la renuncia a la cancelación parcial de la hipoteca prohibida por el artículo 124 LH o aquellas cláusulas que alteren el régimen legal de los procedimientos de ejecución (art. 129 LH)

También se ha de calificar negativamente todas aquellas cláusulas que por no cumplir con el principio de determinación o especialidad (art. 9 y 12 LH y 51 RH) que se exige para la perfecta delimitación del contenido del Registro deban también ser rechazadas en la calificación. Entre estas entrarían multitud de supuestos en la práctica, que se deben más bien a errores u omisiones involuntarios como puede ser la omisión de datos descriptivos de la finca, o de los otorgantes, defectos de representación de las entidades de crédito, falta de congruencia entre lo dispuesto en las condiciones financieras y la constitución de hipoteca, como puede ser un error en el cálculo de la cifra de responsabilidad máxima por aplicar un tipo distinto del previsto en el mismo título, errores en cifras de capital, intereses, tasación y un largo etcétera de errores perfectamente rectificables mediante diligencia y a cuyo efecto, como se ha señalado se prevé un apoderamiento

---

<sup>304</sup> Este artículo establece que: «1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento. Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9».

especial para la facilitación de estas rectificaciones o aclaraciones. También en base a ese principio de especialidad se rechazarán las causas de vencimiento anticipado que adolezcan de generalidad como la también común que prevé dicha resolución «por el incumplimiento de cualesquiera otras obligaciones del deudor». El principio de determinación sirve aquí para rechazar este efecto desproporcionado<sup>305</sup> que pudiera producirse por cualquier incumplimiento mínimo del deudor incluso desconectado de la obligación principal o de la garantía.

Pero también pueden entrar aquí en juego otras situaciones a las que no se refiere específicamente el centro directivo como pueden ser los defectos que deriven de problemas relacionados con el tracto sucesivo, o con el principio de prioridad, que pueden ser o no subsanables. En estos casos las entidades de crédito intentan blindarse frente a estos posibles problemas estableciendo como causa de vencimiento anticipado el que la hipoteca no pudiera inscribirse en el Registro por la existencia de cargas anteriores de las que no tuvieran constancia, o más en general por que hubiera una situación registral distinta a la que se hace constar en la propia escritura de hipoteca. Baste decir aquí que la validez o no de esas cláusulas de vencimiento anticipado dependerá en gran medida de la responsabilidad que tenga tanto la entidad de crédito como el deudor en esa situación, atendiendo a si ha existido conocimiento y ocultación por parte del deudor de la circunstancia que impedirá inscribir la hipoteca o bien se debe a una gestión deficiente por parte del presentante del título, como por ejemplo haber dejado caducar el asiento de presentación de la hipoteca y ganando prioridad un título incompatible o que implique una carga previa no prevista.

También dentro de estas cláusulas de los préstamos hipotecarios que han de rechazarse con independencia de su carácter abusivo o no, nos encontramos con todas aquellas que contienen las escrituras son estipulaciones o cláusulas meramente obligacionales que no forman parte de las llamadas cláusulas financieras y que se refieren a pactos o contratos extraños al contenido propio de la obligación garantizada o la garantía. Entre ellas pueden encontrarse otras garantías como la fianza, que por su carácter eminentemente personal no puede acceder al Registro (art. 2 LH y 7 RH), obligaciones varias como la de suministrar determinada información a la entidad de crédito, ou otorgar determinados instrumentos públicos [*vgr.* una declaración de obra nueva posterior (Resolución DGRN de 8 de junio de 2011 BOE de 1 de julio de 2011)], o la obligación genérica de

---

<sup>305</sup> Como de sanción absolutamente desproporcionada lo califica la Resolución de 1 de octubre de 2010 (BOE de 8 de noviembre de 2010) de la DGRN.

conservar el inmueble y permitir su inspección, si ello no está garantizado con una cifra concreta de responsabilidad hipotecaria ni es presupuesto de vencimiento anticipado. Lo mismo ocurre con las comisiones pactadas que no se harán constar si no están garantizadas especialmente con hipoteca.

Un pacto común de este tipo, con un claro contenido obligaciones es aquel por el cual el deudor autoriza al acreedor, mediante un consentimiento genérico para poder obtener segundas copias con carácter ejecutivo. La DGRN entre otras en la R. de 19 de abril de 2006 (BOE de 30 de mayo de 2006) ha señalado al respecto que no es inscribible por su naturales obligaciones pero además en este caso se opone a norma imperativa por cuanto son los artículos 517.1.4 LEC y 18 de la Ley Notarial, que reclaman para la atribución de eficacia ejecutiva a la segunda copia, que su expedición tenga la conformidad de todas las partes<sup>306</sup> y entre los cuales podría estar el tercer poseedor que haya de soportar la ejecución hipotecaria.

#### *2.4. Cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas.*

En segundo lugar en el esquema de calificación de las hipotecas que hace la DGRN, se refiere a la calificación negativa de todas aquellas cláusulas o pactos nulos por ser contrarios a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas.

Son varios los ejemplos que se dan de las mismas, como la relativa a la prohibición del pacto comisorio del art. 1859 CC, las que derivan de los principios generales de la contratación como el pacto que vulnere de forma objetiva el artículo 1256 del Código Civil o el artículo 1129.3 del Código Civil, relativo a la facultad del deudor de completar la garantía concedida en caso de menoscabo o pérdida de la misma. La sanción de nulidad que procede del art. 6 CC, se ve reforzada además por lo dispuesto en el art. 7 de la LCGC, que se aplica de forma específica a los préstamos hipotecarios por haber utilizado condiciones generales en su clausulado, con independencia además a estos efectos de que el deudor sea o no consumidor.

Estas cláusulas contrarias a normas imperativas tienen un especial reflejo en la calificación que se hace de las cláusulas de vencimiento anticipado que han de calificarse teniendo en cuenta su claro carácter real que se ha reconocido por la DGRN en diversas

---

<sup>306</sup> El artículo 517.1.4 LEC establece expresamente que «*Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes*».



Resoluciones como las de 30 de enero de 1998 (BOE de 18 de febrero de 1998) y de 2 y 3 de septiembre de 2005 (BOE de 19 y 20 de octubre de 2005), y por el propio TS en Sentencia de 27 de marzo de 1999 (ROJ: STS 2155/1999 ECLI:ES:TS:1999:2155), al señalar que el pacto de vencimiento anticipado es equivalente a una cláusula que reconoce la facultad de resolución, y conforme al art. 37 LH « las acciones (...) resolutorias se darán contra tercero que haya inscrito sus derechos conforme a lo prevenido en esta Ley», exceptuándose las legales y las inscritas en el Registro de la Propiedad, por lo cual esa necesidad de que sean inscritas para que produzcan sus efectos, implica su clara vocación real y la necesidad de calificarlas previamente.

Muchas de estas cláusulas de vencimiento anticipado se rechazan precisamente por ir en contra de norma imperativa o prohibitiva, como hemos visto respecto de las prohibiciones de disponer del art. 27 LH. Como ejemplos de estas cláusulas prohibidas podemos señalar las que hacen depender el vencimiento anticipado de la situación de concurso del deudor, que vulneran el art. 61.3<sup>307</sup> de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, o de la expropiación forzosa de la finca, ya que la normativa de expropiación forzosa ya establece los efectos del procedimiento respecto de la hipoteca en el que es obligatoria la citación al acreedor hipotecario en el expediente de expropiación a efectos de que pueda pronunciarse sobre el valor del inmueble gravado (art. 4.2 Ley de Expropiación Forzosa), y que la Ley Hipotecaria prevé además en el art. 110.2 la extensión de la hipoteca en caso de expropiación a las indemnizaciones que procedan de la misma.

Como pactos contrarios al art. 1256 CC que exige que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio o voluntad de uno solo de los contratantes, serían todos aquellos en que por ejemplo la comprobación de las circunstancias que dan lugar al vencimiento anticipado se deja en manos del acreedor hipotecario, como aquellos en que se establece como causa de vencimiento del contrato el deterioro de la finca que será apreciado o por el propio acreedor o por un tasador a elección del mismo, o bien aquellos en que además de su generalidad dependen de que el acreedor lo decida que actúe como tal causa de resolución como las que se hace referencia al estado de insolvencia del deudor o el incumplimiento genérico de obligaciones. En estos casos además se suele vulnerar otra norma imperativa del régimen general de las obligaciones como es el artículo 1129.3 CC, que prevé la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo

---

<sup>307</sup> Que señala que «*Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*».

cuando por actos propios hubiera disminuido las garantías, salvo que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras. Esta posibilidad que ha de darse al deudor de constituir nuevas garantías normalmente se obvia también en la redacción de las cláusulas de vencimiento anticipado y por tanto debe calificarse negativamente las mismas por ser contrarias a norma imperativa.

A título de ejemplo y sin carácter exhaustivo podemos señalar algunas de estas cláusulas de la hipoteca que independientemente de la condición de consumidor del deudor y sin hacer mención de su carácter abusivo o no deben rechazarse y excluirse del contenido del asiento de hipoteca y así se viene haciendo en las notas de calificación de los registradores. Se ofrece una redacción típica de las cláusulas, con independencia de que el texto puede variar de un modelo a otro y los fundamentos jurídicos por los cuáles se rechaza su inscripción:

**a) «En caso de cancelación anticipada del préstamo garantizado con hipoteca sobre vivienda se generará una comisión de un 1% sobre el capital prestado»**

Esta cláusula, tal y como está redactada es contraria a norma imperativa puesto que supera los límites<sup>308</sup> establecidos para las comisiones por amortización anticipada en

---

<sup>308</sup>Art. 5.1.2. de la Ley 41/2007: Compensación por desistimiento y compensación por riesgo de tipo de interés: Hay que distinguir:

A) *Créditos o préstamos hipotecarios referidos a interés variable cuyo periodo de revisión sea igual o inferior a doce meses:*

-No cabe comisión por amortización anticipada total o parcial.

-No cabe compensación por riesgo de tipo de interés.

-*Sólo es posible pactar la compensación por desistimiento, con los siguientes límites: no podrá ser superior al 0,5% del capital amortizado anticipadamente, cuando la amortización se produzca dentro de los 5 primeros años de vida del crédito o préstamo; no podrá ser superior al 0,25% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca después de transcurridos los 5 primeros años.*

B) *Restantes créditos o préstamos hipotecarios (créditos o préstamos hipotecarios a interés fijo o a interés variable cuyo periodo de revisión sea superior a doce meses):*

-No cabe comisión por amortización anticipada total o parcial.

-Cabe pactar la compensación por desistimiento, con los mismos límites antes indicados.

-*Además, cabe pactar compensación por riesgo de tipo de interés: dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la Entidad. Sólo procederá la compensación cuando, como consecuencia de la cancelación, se genere una pérdida de capital. La ganancia o la pérdida se determinan por la diferencia entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito cancelado. El valor de mercado se calcula como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada.*

la ley 41/2007 (art. 5) siempre que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea *persona física*, o bien que el prestatario sea *persona jurídica* y tribute por el régimen fiscal de empresas de *reducida dimensión* en el Impuesto de Sociedades.

***b) «En caso de que en el cálculo de la cifra de interés remuneratorio, la aplicación de la fórmula propuesta dé lugar a más de dos decimales se redondeará hasta la inmediata superior de forma que no supere dichos dos decimales en la cifra del interés a pagar».***

Los pactos relativos a intereses ordinarios que redondeen el interés por encima del 1/8 de punto, que fijen la variación sólo al alza o que señalen un tipo de referencia no objetivo por incluir en todo o en parte el tipo de la propia entidad son contrarios a normas imperativas o prohibitivas (disposición adicional 12a de la Ley 44/2002, artículos 1256 CC) y se han declarados nulas y no inscribibles por Sentencia del TS 75/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 2 marzo de 2011 (ROJ:STS 1244/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1244) y la de 11 de febrero de 2015 (ROJ:STS 278/2015 - ECLI:ES:TS:2015:278).

***c) «La hipoteca se extenderá a las obras nuevas que se realicen en el inmueble así como a todos los bienes muebles que se incluyan dentro del mismo en el momento de la ejecución».***

Este pacto es contrario al artículo 112 de la LH. La R. de 4 julio de 1984 (BOE de 7 de septiembre de 1984) entre otras posteriores han venido recordando que la extensión de la hipoteca a la obra nueva futura, sin especificar quién sea el constructor, no es inscribible, puesto que si la finca pasa a ser propiedad de un tercer poseedor, en ningún caso la hipoteca se extiende a las mejoras ni a los bienes muebles costeadas por éste, con lo cual el pacto excede del alcance que ha de darse al art. 112 de la Ley Hipotecaria.

***d) «Las partes acuerdan en el presente acto que la determinación del saldo deudor en el momento de la ejecución pueda obtenerse mediante certificación de la entidad de crédito que hará prueba en juicio y fuera de él».***

La DGRN entre otras en la Resolución de 19 de enero de 1996 (BOE de 23 de febrero de 1996) declaró que la cláusula de determinación del saldo deudor mediante

---

La compensación por riesgo de tipo de interés puede consistir en: a) un porcentaje fijo aplicable sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación; o b) la pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la Entidad.

certificación expedida por la entidad acreedora, que se impone mediante la redacción señalada que haga «efecto en juicio y fuera de él» no puede ser inscribible, pues al ser materias sujetas a normas de orden público sustraídas a la autonomía de la voluntad, la fuerza probatoria de los documentos y la determinación de los títulos dotados de fuerza ejecutiva, esa previsión carece de validez. Esto se entiende sin perjuicio de esa posibilidad de acreditar el saldo deudor a través de este medio que se reconoce para la ejecución de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito en el artículo 153 de la LH.

***e) «A los efectos del procedimiento especial de ejecución de la finca hipotecada se establece un valor de tasación para subasta igual al del principal del préstamo concedido»***

Este pacto, que se generalizó en las hipotecas del Banco Popular está hoy prohibido por el artículo 682.1<sup>309</sup> LEC. Igualmente ocurre respecto de la venta extrajudicial conforme al art. 129.2.a)<sup>310</sup> LH. Hay que tener en cuenta además, en cuanto a la tasación para subasta, que si no se acompaña el certificado correspondiente o no se ajusta a las prescripciones legales, ello impedirá la inscripción del procedimiento de ejecución directa y de la venta extrajudicial. En este caso la inscripción parcial de la hipoteca exige consentimiento expreso ya que obligaría a tener que acudir para la ejecución al procedimiento ordinario.

En relación a estas normas la DGRN ha afirmado entre otras en las Resoluciones de 29 de octubre de 2013 (BOE de 22 de noviembre de 2013), 22 de enero de 2015 (BOE de 24 de febrero de 2015) y 17 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre de 2015), que se extiende a todo tipo de hipotecas, también las concertadas entre particulares, y a todo tipo de inmuebles, a pesar de la referencia que se hace en dichos preceptos a la Ley de Mercado Hipotecario.

---

<sup>309</sup> El art. 682.2 LEC, modificado por la Ley 1/2013 establece que «Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». Apartado redactado por la Ley 1/2013 de 14 de mayo y posteriormente por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

<sup>310</sup> «El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».

Con relación al certificado de tasación también se ha planteado el problema en las hipotecas de edificios en construcción en que se aportan dos tasaciones diferentes, según el estado actual de la construcción y el valor de tasación hipotético en el momento de terminación de las obras queriendo que se tenga en cuenta este a los efectos de subasta. La DGRN ha sido aquí terminante en cuanto no se puede tener en cuenta para su acceso al Registro un valor meramente hipotético sujeto a fluctuaciones del mercado y a posibles paralizaciones o modificaciones de la construcción. Por ello afirma que debe tenerse en cuenta únicamente el valor actual de la tasación y en todo caso, en el momento de la terminación de las obras (con la correspondiente última certificación de obra), hacer constar esa tasación definitiva. Resolución de 22 de abril de 2015<sup>311</sup> (BOE de 1 de junio de 2015).

***f) «El deudor renuncia en el presente acto a la cancelación parcial de la hipoteca en caso de que como se ha señalado se produzca una amortización anticipada permitidas en la presente escritura».***

Además de que como veremos y se afirma por el TS en la Sentencia de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466) que son nulos por abusivos aquellos pactos de renuncia de derechos que correspondan al deudor, hay que tener en cuenta que este pacto es contrario además a los artículos 124 de la LH y 221 del RH. La Resolución de 16 de julio de 1996 (BOE 19 de septiembre de 1996) señaló que dicho pacto es ineficaz hipotecariamente por ir en contra del orden público, pues está enlazado estrechamente con el desarrollo del crédito territorial, con la facultad dispositiva del deudor y con el legítimo interés del adquirente de las fincas.

---

<sup>311</sup> Dice la DGRN al respecto que *«la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define en la norma aplicable como valor de tasación a efectos de subasta.*

*Para las entregas sucesivas de cantidades por el acreedor al prestatario se le exigen nuevas y distintas certificaciones de tasación que reflejen el valor real sin las cuales no puede disponer de los fondos concedidos. Si se inscribiera el llamado valor hipotético, de obtenerse con el fin de obra un mayor valor en la finca que el reflejado en la certificación se estará vulnerando, en perjuicio del prestatario, la finalidad de equiparación entre valor de finca-precio de tasación que actualmente persigue el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 2013, pretende evitar, para el acreedor, que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, y para el deudor, que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia.*

*De este modo, y para salvaguardar los intereses en juego, lo más idóneo es entender que sea la última tasación por realizar, necesaria para la entrega final de fondos y que habrá de quedar incorporada bien al acta de terminación de obra bien al acta de entrega final que en su caso se estipule, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada en la certificación como actual».*

**g) «En caso de ejecución de la hipoteca, el acreedor podrá descontar del precio de remate los gastos que le hayan ocasionado las notificaciones, los intentos de obtener el pago así como los servicios jurídicos contratados para llevar a efecto dicha ejecución»**

La cláusula que atribuye al acreedor la facultad de descontar del precio del remate los gastos de formalización y los tributarios relacionados con la adjudicación al mismo del inmueble en el procedimiento de ejecución, no es inscribible por ir en contra de los criterios de reparto señalados en los artículos 672 y 692 de la LEC y traspasar los límites de la autonomía de la voluntad.

**h) «No se fija el domicilio a efectos de notificaciones para los procedimientos de ejecución en tanto el deudor no decida si destinará la vivienda a domicilio habitual».**

Si no consta el domicilio para notificaciones para el procedimiento de ejecución judicial directa, no podrá aplicarse dicho procedimiento especial para la ejecución de la hipoteca. Lo mismo sucede respecto de la venta extrajudicial. Así resulta de los artículos 682 de la LEC, 129 de la LH y 234 del RH.

### 2.3. Cláusulas de vencimiento anticipado.

A título de ejemplo también podemos señalar algunas de las cláusulas de vencimiento que se hacen constar en las escrituras de préstamo hipotecario de una manera recurrente con una redacción igual o parecida a la que proponemos, y que han sido rechazadas y confirmada su calificación negativa por la DGRN en numerosas ocasiones y por la jurisprudencia del TS, fundamentalmente en las Sentencias de 4 de junio de 2008 (ROJ: STS 2599/2008 ECLI:ES:TS:2008:2599) y 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466).

La naturaleza de las cláusulas de vencimiento anticipado ha sido discutida, hay quién las configura como una condición resolutoria<sup>312</sup>, sin embargo otro sector de la doctrina<sup>313</sup> considera que a diferencia de aquellas, en las que la resolución se produce con efectos «*ex tunc*», con restitución de todas las prestaciones de las partes contratantes, si

---

<sup>312</sup> Vid. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., en «Resolución comentada. Hipoteca: calificación de sus diferentes cláusulas. (Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 711, enero-febrero de 2009, p. 455.

<sup>313</sup> Vid. CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, p. 48. Y ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca, estudio...*, *op. cit.*, pp. 215-216.

se produce el hecho a que se vincula el vencimiento anticipado del crédito, no se produce tal resolución, sino que el deudor pierde el derecho al plazo y ha de cumplir con su obligación de devolver el préstamo de manera inmediata puesto que este ha vencido (anticipadamente), lo que da lugar a que en el caso de que no devuelva el importe debido, ello pueda dar lugar a la ejecución de la hipoteca. En el caso del vencimiento anticipado no se producen efectos retroactivos sino que su eficacia es *«ex nunc»*.

Con relación a estas cláusulas, a pesar que el criterio tradicional de la doctrina era entender que el vencimiento anticipado del préstamo y la ejecución de la garantía sólo tiene lugar simultáneamente cuando el deudor hipotecario incumple una cláusula del préstamo o una obligación garantizada por la hipoteca con una cifra de responsabilidad propia, ha sido habitual en la práctica bancaria que las escrituras de hipoteca recogieran una pluralidad variadísima de cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo respecto de las que se pacta expresamente (aunque más bien se impone) su susceptibilidad para provocar también la ejecución de la garantía hipotecaria por motivos distintos a aquellos especialmente relacionados con el incumplimiento de la obligación principal o la subsistencia de la garantía. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha terminado por admitirlas en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarios a normas imperativas o prohibitivas, no sean abusivos y respondan a una causa justa que se concreta en que guarden una relación directa con la conservación u obligaciones inherentes a la finca gravada, con el derecho real de hipoteca o con su ejecución, o tengan un carácter esencial atendiendo a la naturaleza de la obligación garantizada<sup>314</sup>.

En este sentido hay que precisar, que no se trata de reglas mecánicas de aplicación, puesto que existen ciertas cláusulas que siendo rechazables en una hipoteca ordinaria, podría admitirse su inscripción en supuestos de hipoteca de empresa o de las denominadas de refinanciación dado que su especial finalidad le atribuye justa causa, por ejemplo, al vencimiento anticipado por incumplimiento de la obligación de entregar la contabilidad al acreedor o de permitir una auditoría de la misma –artículo 45 y 46 LC-, que podría

---

<sup>314</sup> La Resolución de la DGRN de 3 de Octubre de 2014 (BOE de 31 de octubre de 2014), que analiza profusamente diversos tipos de cláusulas de vencimiento anticipado, se refiere a esta evolución de la jurisprudencia: «Ciertamente la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo ha sancionado reiteradamente la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, así como el carácter dispositivo del artículo 1129 del Código Civil, en el sentido de que los supuestos de pérdida del beneficio del plazo por el deudor previstos en dicho precepto pueden ser ampliados al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, conforme al artículo 1255 del mismo Código. Lo que no quiere decir que dichas cláusulas sean válidas en todo caso y circunstancia, sino que lo serán en la medida en que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público».



entenderse accesoria en un préstamo hipotecario ordinario, pero no en una hipoteca de empresa y menos si es de las denominadas preconcursales, pues a través de misma es como se puede verificar el cumplimiento del plan de viabilidad que es condición *sine qua non* de estas hipotecas y en este sentido se ha pronunciado de la Resolución de la DGRN de 9 de junio de 2011.

***a) Vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo comprensiva de capital e intereses.***

Esta cláusula de vencimiento anticipado es la principal causa de vencimiento anticipado y la que tiene una mayor justificación, puesto que se refiere a la falta de pago del préstamo o se sus intereses que es la principal obligación del deudor. Como decíamos, es la causa sobre la que no habían existido dudas sobre si podría producir como consecuencia el vencimiento anticipado del préstamo y por tanto la obligación de devolver el importe total del mismo junto con los intereses y en caso de que no se pudiese este devolver, daría lugar a la ejecución de la hipoteca como garantía de aquel cumplimiento.

Sin embargo la polémica está servida con estas cláusulas desde que se recurriera estas en ante el TJUE en el caso Aziz. La clave está en qué debe entenderse como incumplimiento relevante a los efectos de hacer dependerlo del vencimiento anticipado del préstamo, puesto que hay que tener en cuenta que los préstamos hipotecarios se pactan con plazos muy largos, 15, 20 o 30 años, con un número equivalente de cuotas mensuales de 180, 240 o 360. ¿Puede considerarse que el impago de una sola cuota respecto de 180 o 240 es un incumplimiento relevante para producir las graves consecuencias del vencimiento anticipado?, Además debe tenerse también en cuenta el tiempo transcurrido y en consecuencia, la cantidad ya pagada del préstamo que también influirán en esa consideración como incumplimiento relevante.

Ante ello la Ley 1/2013 quiso atajar el asunto estableciendo un nuevo límite para que pudiera hacerse efectivo ese vencimiento anticipado por impago, fijando en el artículo 693 LEC<sup>315</sup>, un mínimo de tres cuotas mensuales o el equivalente a tres meses. Pero ¿soluciona esta previsión la posibilidad de que este tipo de cláusulas sean declaradas nulas por los tribunales? La práctica demuestra que no, existiendo multitud de jurisprudencia

---

<sup>315</sup> Que establece que «Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses...».

que difiere en este punto que ha llegado a provocar una cuestión prejudicial por el mismo TS solicitando un pronunciamiento del TJUE. Además, como hemos visto el Anteproyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario prevé una nueva regla al respecto partiendo de unos porcentajes determinados de cantidad impagada, respecto a la duración del propio préstamo y del tiempo transcurrido. Estas cláusulas merecen un análisis detallado el cual haremos más adelante junto con otras que estimamos requieren una profundización especial.

***b) Vencimiento anticipado en el caso de que el deudor incurra en insolvencia a juicio de la entidad de crédito o se declare en concurso voluntario o necesario.***

A este supuesto nos hemos referido antes en cuanto supone una cláusula contraria a norma imperativa, ya que el artículo 61 de la Ley Concursal 22/2003 dispone que se ha de entender como no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. Se podría admitir dicha cláusula de vencimiento anticipado si se estableciese sólo para aquellos supuestos en que la legislación concursal lo permita.

Respecto a la mera insolvencia la DGRN en diversas Resoluciones ha rechazado esta posibilidad, entre otras en la de 4 de noviembre de 2002 (BOE de 11 de diciembre de 2002), puesto que queda al arbitrio de una sólo de las partes la ejecución o no de contrato, determinando la entidad bancaria cuando se ha incurrido en un supuesto de insolvencia. (STS de 16 de diciembre de 2009 ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466).

***c) Vencimiento anticipado en el caso de embargo de la finca hipotecada de modo que deba responder por deudas distintas de la que se garantiza con la presente hipoteca, y en todo caso, si se despacha mandamiento de ejecución o embargo contra el deudor o la finca hipotecada.***

Aquí hemos de distinguir: en cuanto al supuesto de embargo de la finca hipotecada, este pacto ha sido rechazado por la DGRN entre otras en la Resolución de 4 de noviembre de 2002 (BOE de 11 de diciembre de 2002). Sólo sería admisible su inscrip-

ción respecto de aquellos que resultaran ser preferentes a la garantía hipotecaria, y siempre que se hubiese especificado así con claridad, sin que sea admisible una fórmula genérica referida a todo tipo de embargos.

Respecto del segundo supuesto, el pacto de vencimiento anticipado en caso de despacho de mandamiento de ejecución o embargo contra la finca hipotecada o contra la parte deudora hipotecante, no es válido ni inscribible, porque es pacto totalmente ajeno al préstamo hipotecario garantizado y, además, la ejecución no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca y, por tanto, vulnera los artículos 131 y 133 LH y el 1129.1 CC.

A este supuesto habrá que equiparar, por las mismas razones, las cláusulas en que se prevé el vencimiento anticipado por la disminución del patrimonio, riesgo de insolvencia (STS 16 de diciembre de 2009 ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466), impago de otras obligaciones ajenas al contrato o existencia de cualquier acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario. Además, si la causa de vencimiento anticipado por declaración concursal del deudor debe tenerse por no puesta, con mayor motivo debe tenerse por no puesta la que prevé la resolución por mero temor a una insolvencia subjetivamente apreciada por el acreedor.

En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466) establece que *«La previsión legal –artículo 1129 del Código civil-, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero esta cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia, y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la entidad financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponente para ejercitar la facultad resolutoria contractual».*

Estas cláusulas serían, sin embargo, como se deduce de la sentencia, inscribibles si la causa de vencimiento no fuera los supuestos enunciados sino la no apor-

tación de la garantía complementaría pactada para el caso de tener lugar dichos acontecimientos (insolvencia, embargos, o en general disminución de la capacidad de hacer frente a sus obligaciones), siempre que éstos estuvieran objetivizados de alguna manera y su apreciación no dependa en exclusiva del acreedor.

***d) Vencimiento anticipado por deterioro de la finca hipotecada, que suponga una disminución del valor de la misma y esta disminución de valor se acredite mediante certificado de tasación expedido por un arquitecto a elección del hipotecante.***

Sobre los pactos de vencimiento anticipado por disminución del valor de los bienes dados en garantía hay que tener en cuenta que el hecho de que el legislador atribuya al acreedor hipotecario, como una de las facultades de defensa y conservación del derecho real de garantía, en el artículo 117 de la LH, la llamada acción de devastación (tendente a reprimir o reparar el menoscabo que pueda sufrir el bien hipotecado).

Puede además atribuirse convencionalmente al mismo acreedor la facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito para el caso de disminución del valor de las garantías por causas objetivas y lograr, a través de su inscripción registral, hacerla oponible a terceros (ver R. de 2 de septiembre de 2005 BOE de 19 de octubre de 2005). La doctrina del Centro Directivo no sólo ha admitido la modulación por vía de pacto del vencimiento anticipado que establece el art. 1129.3º CC para concretar el grado de quebranto o pérdida del valor de los bienes que se configure como disminución de la garantía, sino también que a su amparo puedan configurarse como causas de vencimiento anticipado pérdidas o disminuciones del valor de los bienes producidas con independencia de la existencia o no de culpabilidad del deudor o propietario, admitiendo como tales hechos o circunstancias que supongan un riesgo para la subsistencia y rango de la garantía, o para declararlas inadmisibles cuando el supuesto contemplado no implica tal riesgo. (R. de 3 de abril de 2000 BOE de 15 de mayo de 2000). Pero hay que tener en cuenta, como señala la Resolución de 22 de marzo de 2001 (BOE de 8 de mayo de 2001), que en todo caso es necesario que se cumplan unas exigencias mínimas para que se produzcan esos efectos resolutorios, como la concreción de la disminución del valor que determine el vencimiento anticipado y que la misma no quede al arbitrio de una de las partes. Por tanto, no es admisible el supuesto de «a juicio del prestamista o apreciada por perito vinculado a ésta» por ser contrario al artículo 1256 del CC y 85-3 de la LGDCU de 16 de noviembre

de 2007<sup>316</sup>, y tampoco si no se da la posibilidad de ampliar la garantía a otros bienes (SAP Tarragona de 1 de abril de 2011).

***e) Vencimiento anticipado del préstamo por la falta de pago de la prima del seguro contra incendios y daños de la finca hipotecada que está obligado a constituir el prestatario o por impago de cualesquiera otros impuestos o contribuciones que debiera satisfacer el prestatario sobre la finca hipotecada.***

En estos casos conforme a la doctrina de la DGRN lo que hay que diferenciar es si se trata de gastos de conservación de la finca hipotecada que como consecuencia de su no asunción puedan dar lugar a una depreciación de la garantía en cuyo caso está justificado su establecimiento en caso de contravención como cláusula de vencimiento anticipado.

En este sentido, la DGRN en Resolución de 22 de marzo de 2001 (BOE de 8 de mayo de 2001), admitió como cláusula de vencimiento anticipado la falta de pago de las primas de los seguros de daños o incendios que darían lugar a pérdida de valor de la garantía en caso de producirse el siniestro que carecería de cobertura por dicho impago. No sería admisible por tanto la cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago de las primas de seguros como el de vida que en nada tiene que ver con la depreciación del inmueble. Además la falta de pago de seguros sobre la finca puede dar lugar a las llamadas hipotecas legales de los artículos 194 y 195 de la Ley Hipotecaria que gozan de preferencia sobre la hipoteca sin necesidad de inscripción y lo mismo sucede con determinados

---

<sup>316</sup> Sin embargo se considera inscribible el pacto eliminando únicamente la expresión «a juicio del prestamista» o similar. El mismo criterio es aplicable al supuesto de no asegurar la finca en compañía de reconocida solvencia «a juicio del acreedor» (STS 4 de junio de 2008). Además, con relación a la valoración objetiva de la disminución de valor a través de tasadora, hay que tener en cuenta el artículo 3 bis I) de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario, en la redacción dada por Ley 41/2007 dispone «Las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación», por lo que deberá denegarse la cláusula que vincule la desvaloración a la tasación efectuada por entidad de tasación dependiente de la propia entidad acreedora. No obstante, se entiende que debe admitirse el caso de vencimiento derivado de la disminución de valor de la finca hipotecada, siempre que ello resulte del juicio de una entidad de tasación legalmente autorizada e independiente, aunque la iniciativa de la nueva valoración se haya realizado por la entidad financiera.

impuestos sobre la finca hipotecada. Pero en ambos casos deben referirse las cláusulas a aquellos supuestos de impago que den lugar a cargas que gocen de preferencia a la hipoteca (también el caso de la falta de pago de las cuotas de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal).

Con relación al vencimiento anticipado por impago de impuestos hay que distinguir también, ya que sería inscribible aquella cláusula que hiciese depender dicho vencimiento del impago de impuestos que cuenten con privilegio legal y por ello puedan tener preferencia sobre las hipotecas en los casos mencionados (obligaciones tributarias de los arts. 1923.1 CC o 73 LGT). Sin embargo no serían admisibles cláusulas que hiciesen depender el vencimiento de impagos de tributos en general, pues, además de ir contra el principio de especialidad registral, pueden dar entrada a vencimientos anticipados por causas que en ningún caso generan ningún riesgo para el acreedor<sup>317</sup>.

***f) Vencimiento anticipado por incumplimiento de las obligaciones de presentar anualmente el balance de la sociedad prestataria, cuentas anuales y demás documentos relativos a la buena marcha de la empresa y de cualesquiera otras obligaciones accesorias del deudor establecidas en la escritura.***

Además de por su generalidad, contraria al principio de especialidad y su referencia al carácter obligacional, no es inscribible el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones asumidas por el deudor frente al acreedor, pues, como dice la STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466), admitir tal pacto supondría prácticamente dejar la resolución del contrato a la libre voluntad del acreedor. (Resolución de 1 de octubre de 2010 BOE de 8 de noviembre de 2010).

En el mismo sentido la Resolución de 8 de junio de 2011 (BOE de 1 de julio de 2011) señala que las cláusulas de vencimiento anticipado, con carácter general, sólo son inscribibles cuando se refieran al incumplimiento por el deudor de una obligación esencial, pero no cuando se trate de obligaciones accesorias o de incumplimientos irrelevantes. Añade a lo ya señalado por el TS, que lo contrario supondría dejar la resolución del

---

<sup>317</sup> Sí que sería posible según la Resolución de 20 de octubre de 2005 (BOE de 7 de diciembre de 2005) el vencimiento anticipado por impago genérico de impuestos y tributos, gastos e impuestos ocasionados por la celebración del contrato de hipoteca, honorarios de abogados y asesores, son inscribibles si se incluyen entre las obligaciones que son el objeto propio de la garantía constituida y son asegurados con hipoteca de seguridad.

contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera acreedora, con un manifiesto desequilibrio para el deudor, ya que se trata de obligaciones cuyo incumplimiento no desvirtúa ni la garantía real ni la preferencia de la hipoteca, y que además no se prevé la posibilidad de fijar garantías sustitutorias. Partiendo de estos argumentos, la propia DGRN afirma que tampoco podrían inscribirse como causas de vencimiento anticipado las que lo hacen depender del inicio de un procedimiento de ejecución contra el deudor, del cambio material adverso, cambio de negocio u objeto social del deudor, o por el inicio por éste de cualquier procedimiento de disolución, fusión, escisión o modificación societario en términos distintos a los autorizados por el acreedor.

En cuanto al vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias impuestas al deudor hay que tener en cuenta que las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008 (ROJ: STS 2599/2008 ECLI:ES:TS:2008:2599) y 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466) las rechazan razonando que *«resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida»*.

No obstante, debe tenerse sumo cuidado con la aplicación de este criterio de accesoriidad a las concretas cláusulas de vencimiento anticipado pues, como la propia resolución de 2011 indica, la apreciación de la relevancia de la obligación incumplida depende de cada caso en particular y deberá atenderse, como se ha expuestos anteriormente, a la naturaleza de la obligación garantizada y la finalidad del préstamo. Por ejemplo en una hipoteca preconcursal, en la que el no cumplimiento de las obligaciones de presentar las cuentas anuales o el balance, sí que puede afectar directamente a la subsistencia de la garantía por su propia situación preconcursal y tendría lógica para el acreedor, preverlo así.

***g) Vencimiento anticipado en caso de constitución de nueva hipoteca enajenación de la finca hipotecada a un tercero sin el consentimiento de la entidad hipotecante, o arrendamiento o acto dispositivo sobre la finca hipotecada.***

A estas cláusulas de vencimiento anticipado ya nos hemos referido antes en extenso señalando que no son inscribibles por ir en contra de norma imperativa como los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria y ser además contrarias al principio de libertad



de contratación, a la libre circulación de los bienes y al crédito territorial<sup>318</sup>. Ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466) y por la DGRN en numerosas ocasiones, así en la Resolución de 16 de agosto de 2011 (BOE de 14 de octubre de 2011) establece que la prohibición de disponer contenida en una escritura de constitución de hipoteca no es inscribible por contravenir lo dispuesto en los arts. 27 y 107.3 LH.

***h) Vencimiento anticipado en caso de subrogación de un nuevo acreedor en el préstamo hipotecario.***

No es inscribible el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca en caso de que un nuevo acreedor se subrogue en la posición del primitivo deudor, por ser contrario a los principios de libre competencia y libertad de contratación, y además la subrogación es un derecho imperativo reconocido por la Ley 2/1994 modificada por Ley 41/2007. (Sentencia 23-2-2007 del JPI de Valladolid, confirmada por sentencia 18-9-2007 de la AP de Valladolid, dictada en juicio verbal por recurso directo contra calificación registral).

***i) Vencimiento anticipado por expropiación de la finca hipotecada.***

Como también hemos adelantado esta cláusula sería contraria a norma imperativa ya que los efectos de dicha expropiación están señalados por el artículo 110 de la LH. (Resoluciones de 19 y 25 de marzo de 2008 (BOE de 16 de abril de 2008) y SAP Tarragona de 1 de abril de 2011).

***j) Vencimiento anticipado en caso de insolvencia o fallecimiento del fiador o por pérdida de la condición de empleado del deudor.***

Aunque parezca exagerado, hasta este punto habían llegado las entidades de crédito; hacer depender el vencimiento del préstamo hipotecario de la muerte o insolvencia de quién como garantía adicional consentía en afianzar dicho préstamo. Evidentemente, no es inscribible esta causa de vencimiento anticipado por ser la fianza una institución ajena al Registro, y no afectar en modo alguno la situación del fiador ni a la hipoteca constituida ni a la solvencia del deudor como así lo puso de relieve la SAP Tarragona de 1 de abril de 2011. Lo mismo ocurre respecto de la que se refiere a la pérdida de la condición de empleado de la entidad de crédito que puede tener el deudor hipotecario. Es

---

<sup>318</sup> Como caso excepcional, tenemos el caso de la hipoteca inversa (disposición adicional de la Ley 41/2007) condicionado a que no se preste una garantía complementaria.

normal que la entidad otorgue mejores condiciones de financiación a sus empleados, incluso puede ser admisible que se pacte una alteración en esas condiciones beneficiosas (como un tipo de interés especialmente bajo), pero lo que no cabría por ser contrario al artículo 1256 del CC y por no tener relación ni con la hipoteca ni con la solvencia del deudor es hacer depender el vencimiento anticipado del préstamo de la pérdida de dicha condición de empleado<sup>319</sup>. (SAP de Málaga de 22 de mayo de 1998 (ROJ:SAP MA 2225/1998 – ECLI:ES:APMA:1998:2225), SAP Tarragona de 1 de abril de 2011 (ROJ:SAP T 575/2011 – ECLI:ES:APT:2011:575) y STS de 13 de septiembre de 2013 (ROJ: STS 5706/2013 ECLI:ES:TS:2013:5706)).

***k) Vencimiento anticipado para el caso de falta de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, o si no se inscribe en un plazo de tres meses desde su otorgamiento, o si se inscribe parcialmente la misma.***

Este pacto es muy común en las escrituras de hipoteca, y en un primer momento puede parecer lógico teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la hipoteca, y la necesidad de su inscripción para su existencia y su posible ejecución. Sin embargo es rechazado por la STS de 12 de diciembre de 2009 porque *«no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir, incluso por motivos ajenos al mismo, y no tiene en cuenta que es de la Entidad Financiera la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo»*.

Ahora bien, lo normal es que cuando se despacha la escritura de constitución de hipoteca, la causa habrá desaparecido (ya que se va a proceder a su inscripción) por lo tanto el motivo de su denegación no debe ser lo indicado por la sentencia, sino el carácter superfluo de la causa una vez inscrita la hipoteca. Si bien, sí sería inscribible la cláusula si la hipoteca afectará a numerosos Registros y se excluyeran, como supuesto de vencimiento anticipado, aquellos casos en que no existiere dolo, culpa o negligencia del deudor o hipotecante.

---

<sup>319</sup> Sobre este punto *vid.* VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. y CALMARZA CUENCAS, E., «Hipoteca. Inscribibilidad o no de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, N° 202, junio 2013, pp. 1795-1796.

***l) Vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca como consecuencia de la fluctuación de los precios de mercado.***

Esta cláusula se venía admitiendo, por ser un supuesto previsto en la Ley del Mercado Hipotecario, sin embargo, se suprimió el 5.3 de la LMH que recogía esta posibilidad, por la Ley 1/2013, por entenderse que tenía un carácter abusivo al hacer recaer todo el riesgo de la posible bajada de los precios en el deudor. Y ello aunque se efectuara la tasación por perito independiente y se permitiera al deudor aumentar la garantía. Venía además confirmado por la STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466), que señalaba en general que cualquier desplazamiento general de riesgos al deudor es desproporcionado y abusivo.

***m) Vencimiento anticipado por el incumplimiento de cualesquiera otras obligaciones contenidas en la escritura, o que se refieran a circunstancias indeterminadas como el advenimiento de circunstancias adversas que de haberlas conocido el acreedor no hubiera otorgado el crédito.***

Este último tipo de cláusulas genérica se suele introducir con diversas redacciones por las entidades de crédito a modo de cláusula de cierre que le permitiera por cualquier motivo que estime oportuno dar por vencido el préstamo y privarle al deudor de su derecho al plazo, evidentemente estas cláusulas genéricas no son inscribibles por ir en contra de la necesaria determinación registral, y además porque se refieren al cumplimiento de obligaciones o al acaecimiento de hechos que en nada tienen que ver con el cumplimiento de la obligación principal y con la debida conservación de la garantía. Siendo además contrarias al artículo 12566 CC pues será el acreedor el que tendría la facultad exclusiva de apreciar si se ha producido el hecho o incumplimiento que considere relevante.

En el fondo no podemos obviar, que las entidades de crédito siguen incluyendo este tipo de cláusulas de vencimiento anticipado generales, aún a sabiendas de que no serán inscribibles, ya que de este modo tienen un instrumento con el que de algún modo amenazar al deudor poco informado y exigirle el cumplimiento de cualesquiera obligaciones, bajo la amenaza de hacer vencer el préstamo y requerirle el pago total del préstamo. El deudor, que realmente no puede saber si esa cláusula contenida en la escritura pública está o no inscrita ya que la copia de la escritura con la nota del registrador denegando las cláusulas de vencimiento anticipado no inscribibles está en poder del acreedor que ha inscrito su derecho y de la que no damos traslado al deudor en la actualidad. Aquí debería

proponerse un cambio que permitiese que el deudor tenga efectivo conocimiento del contenido de la hipoteca tal y como ha quedado inscrita. Sobre ello volveremos más adelante.

Sin embargo, sí se deben admitir otras cláusulas de vencimiento anticipado frecuentes como son:

**a) Vencimiento anticipado por deterioro de la finca, o por incumplir la obligación de conservar diligentemente la finca hipotecada.**

Siempre que se limite a dolo culpa o voluntad del dueño (art. 117 LH), y se limite a un porcentaje de deterioro que al menos sea de un 20%, acreditado por perito independiente en los términos antes señalados y se dé la posibilidad (con un duración determinada, por ejemplo 2 o 3 meses) de ampliar convenientemente las garantías.

**b) Vencimiento anticipado por resultar falsos la documentación o datos suministrados al acreedor para el otorgamiento del préstamo.**

En este caso, además de la culpa o dolo del deudor, se justifica en la obligación por parte del acreedor del deber de otorgamiento responsable del préstamo en el que para su concesión no se debe atender sólo al valor de la garantía sino a la solvencia del deudor. Ello siempre que se trate de documentos o información esencial para el estudio de su viabilidad, que se hayan presentado antes de la concesión del préstamo sin que pueda ser aplicable a la entrega de documentación o información posterior y accesoria.

**c) Vencimiento anticipado en caso de que la finca hipotecada llegue a estar afectada por alguna carga o gravamen, no conocido en el momento del otorgamiento que tuviera rango registral preferente a la hipoteca que se constituye por causas no imputables al acreedor.**

Aquí es esencial que se trate de cargas no conocidas, y que no sea por causas imputables al acreedor, como puede ser el caso en que haya caducado el asiento de presentación y hubiera accedido con rango prioritario una carga o derecho incompatible con la hipoteca o que goce de preferencia.

Si se cumplen esas condiciones es inscribible pues se entiende que es un supuesto de deterioro de la garantía, pero se debe dar además la posibilidad de completar la garantía en los mismos términos antes señalados.

## 2.6. Cláusulas hipotecarias que se deniegan por ser abusivas.

El tercer bloque de que hablaba la DGRN sobre calificación de las cláusulas hipotecarias viene constituido por la aplicación de las normas sobre consumidores, que como ya hemos señalado no es un cuerpo uniforme, sino que se encuentran recogidos en diversas normas que hemos ido viendo en este trabajo.

Además habría que distinguir una doble vertiente de la normativa aplicable; la Directiva 2014/17 UE, pendiente de trasposición por la Ley de Contratos de Crédito en fase de anteproyecto, la Orden EHA/2899/2011 y la Resolución de la DGRN de 9 de septiembre de 2014, que recogen las normas sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y de protección de los consumidores. Y la normativa específica de consumidores, TRLGDCU, la Ley 2/2009 con las matizaciones hechas tanto por la DGRN como por la DGRN.

El bloque de las normas sobre transparencia de las condiciones financieras se va a aplicar a aquellos contratos con condiciones generales de la contratación como consecuencia de las reglas de la LCGC y además por ser préstamos a la normativa financiera señalada. En concreto se aplicará *i*) a las hipotecas sobre vivienda (aunque no sea habitual) que pertenezca a una persona física, aunque el propietario no sea el prestatario (hipotecante no deudor en este caso), pudiendo ser el deudor no hipotecante una persona jurídica, y con independencia de la finalidad del préstamo, por tanto, aunque la finalidad sea empresarial, o bien a *ii*) Préstamos o créditos hipotecarios en los que el deudor sea una persona física y tenga por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

La aplicación de la normativa específica de consumidores tendrá lugar atendiendo a la finalidad del préstamo, esto es que el destino de la operación sea de consumo y por tanto ajena a su actividad empresarial o profesional, pudiendo ser el prestatario, persona física o jurídica y siendo cualquiera la naturaleza del bien que se hipoteque. Hay que tener en cuenta además que se establece un régimen de protección más específico e intenso, cuando el adherente es consumidor y no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente. Cabe recordar de nuevo que el régimen de la LCGC es más amplio que el del

TRLGDCU, ya que la LCGC se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; sin embargo el régimen de la TRLGDCU se aplica únicamente al adherente-consumidor. Por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado en cuanto al objeto ya que solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, sin embargo, el TRLGDCU, incluye, además de estos, los contratos particulares que hayan sido redactados en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente, con independencia de que se pretenda utilizar o no para incorporarlos a una pluralidad de contratos.

La consideración como cláusula abusiva atenderá por tanto al aspecto subjetivo del deudor como consumidor<sup>320</sup> y a la finalidad del préstamo y a la definición que de las mismas realiza el TRLGDCU. Recordemos que en su artículo 82 las define como *«aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante<sup>321</sup> de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*, y que en todo caso se considerarán también

---

<sup>320</sup> Es importante destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado la interpretación de la protección del consumidor, aclarando el concepto de consumidor definido en el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE. Así en la sentencia de la Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14 ECLI:EU:C:2015:538). El órgano jurisdiccional remitente planteaba si debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se especifique el destino de crédito, puede considerarse «consumidor», en el sentido de dicha disposición. Además, el referido órgano jurisdiccional pregunta al Tribunal de Justicia sobre la incidencia al respecto del hecho que el crédito nacido del citado contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por esa persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicha persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete. Al respecto el Abogado General ha señalado en los puntos 28 a 33 de sus conclusiones, el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información que dicha persona realmente disponga. Es por ello que, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara que: «El artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete». Por lo que muchos autónomos pueden ser considerados consumidores cuando avalan con el patrimonio de su empresa un préstamo personal, que puede incluir cláusulas abusivas. Y cualquier profesional puede ser considerado consumidor con independencia de sus conocimientos.

<sup>321</sup> En cuanto al ámbito objetivo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/12, Caso Constructora Principado, ECLI:EU:C:2014:10) ha destacado que el juicio de abusividad se limita al examen del contenido de la cláusula en el momento de contratar al declarar que *«para apreciar la posible existencia de desequilibrio importante, se ha de tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este»*.

abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, «a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable».

En cuanto a qué ha de entenderse por las expresiones que utiliza este artículo 82 cuando define las cláusulas abusivas, que son conceptos jurídicos indeterminados, como desequilibrio importante y la buena fe, podemos recoger la referencia y definición de los mismos que ha hecho el TSJUE en la Sentencia de 26 de enero de 2017 (C-421/14 ECLI:EU:C:2017:60). En ella se atiende para considerar como abusiva una cláusula, a la comparación de lo dispuesto en dicha cláusula con la regulación de derecho dispositivo que sería aplicable en caso de no existir la misma, y si dicha cláusula deja en situación menos favorable al consumidor de lo que haría el derecho dispositivo. Señala expresamente la Sentencia que *«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. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas»*.

En el caso de no poder hacerse esa referencia al derecho supletorio por no existir en el supuesto concreto, sería aplicable la referencia a la buena fe (del mismo modo que hace el artículo 1258 CC), así señala el TSJUE que *«en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio contrariamente a las exigencias de la buena fe, debe señalarse que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»*.



Muchas de las cláusulas que hemos visto que se deniegan de los préstamos hipotecarios, por ir en contra de los principios hipotecarios, o por ser contrarias a norma imperativa son también cláusulas abusivas en el sentido de la definición ofrecida, siempre que el prestatario sea consumidor. Así, aquellas cláusulas que hemos visto que se rechazan por ser contrarias a la norma del artículo 1256 del CC, o las que implican una renuncia prohibida por la Ley hipotecaria son también abusivas si se atiende a los artículos 85.4 u 86.7 TRLGDCU. Son por tanto además nulas por abusivas lo cual hace reafirmar su rechazo.

Aquí vamos a referirnos a las principales cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios que se califican negativamente por abusivas por los registradores y cuyas calificaciones han sido confirmadas. En especial haremos referencia a cuatro sobre las que se ha planteado una especial problemática como son la cláusula de vencimiento anticipado por impago, las cláusulas de intereses moratorios, las cláusulas de limitación de tipo de interés, que son las llamadas cláusula suelo y techo y haremos también referencia a la cláusula de gastos que puede ser la siguiente lucha declarada por los consumidores contra las entidades de crédito si antes no se soluciona.

Antes de referirnos a estas cuatro tipos de cláusulas mencionaremos otras cuya calificación como abusivas plantea en la actualidad menos problemas, sin perjuicio de que como hemos visto no siempre ha estado tan clara su calificación como abusivas y la posibilidad de denegarlas basándose únicamente en la normativa de consumidores.

A) La cláusula de redondeo al alza del tipo de interés.

La cláusula por la cual se prevé que en caso de que en la cifra de interés aplicable, cuando éste es variable y se produce una modificación del índice de referencia, se produzca un redondeo al alza exclusivamente en el caso de que haya más de dos decimales resultantes es una cláusula prohibida por la disposición adicional duodécima de la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero<sup>322</sup>. La prohibición se refiere a los préstamos o créditos hipotecarios a interés variable y se permite el redondeo, pero

---

<sup>322</sup> Esta norma establece, bajo la rúbrica de *Régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito*, que: «En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto».

siempre que se haga ese redondeo a la fracción de punto más próxima, ya sea a la baja o al alza, estableciendo en este punto la igualdad de las partes.

Además de ello constituye claramente una cláusula abusiva por cuanto supone la aplicación de cualquier tipo de redondeo que favorezca sólo al acreedor una cláusula abusiva por ser patente el desequilibrio entre las partes (art. 82 TRLGDCU). A ello se refiere expresamente además el art. 87.5 TRLGDCU, calificando expresamente como abusivas *«Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva»*. En este sentido se han declarado nulas por abusivas en los préstamos hipotecarios las cláusulas de redondeo al alza por Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010 (ROJ: STS 7551/2010 ECLI:ES:TS:2010:7551) y 2 de marzo de 2011 (ROJ: STS 1244/2011 ECLI:ES:TS:2011:1244) y la STS de 23 de diciembre de 2015 (STS 5618/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5618). Por la DGRN entre otras, por la Resolución de 19 de abril de 2006, (BOE de 30 de mayo de 2006).

#### B) Variación de la finalidad del préstamo.

Todas aquellas cláusulas que hagan depender el vencimiento de la hipoteca de la variación de la finalidad del préstamo, normalmente cuando se ha establecido éste para la adquisición de la vivienda habitual, deben considerarse abusivas de acuerdo con los artículos 85, 86.7 y 88 TRLGDCU, ya que supone una limitación de los derechos del consumidor, la prohibición de cambiar el destino del importe del préstamo. Así lo ha declarado el TS en Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 ECLI:ES:TS:2015:5618) en relación a una cláusula en la que se establecía que: *«La parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco»*. La DGRN también rechaza la cláusula de vencimiento anticipado que hace depender de ese cambio del destino del préstamo sin autorización de la entidad acreedora en Resolución de 19 de abril de 2006 (BOE de 30 de mayo de 2006).

Sin embargo hay que tener en cuenta que no se trata de una cuestión pacífica, puesto que se han dado argumentos contradictorios al respecto. Así, la Comisión de consultas doctrinales del Colegio de Registradores de España, ante consulta de 14 de julio de

2015, de la Asociación Hipotecaria Española, en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios garantizados con vivienda<sup>323</sup>, entendió en un primer momento que sería admisible por cuanto teniendo en cuenta el actual contexto legislativo, esa finalidad del préstamo para adquirir la vivienda habitual condiciona mucho los distintos aspectos de la hipoteca, como el importe de los intereses de demora, incidencia de cláusulas de limitación de interés, cláusulas suelo y swaps, especialidades en cuanto a la ejecución, etc.), teniendo en estos casos el cumplimiento del destino pactado un carácter esencial en el otorgamiento del préstamo.

Posteriormente, y tras la Sentencia indicada, cambió de opinión y afirmaba en el Informe de la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio Nacional de Registradores de 3 febrero 2016<sup>324</sup> con relación a la cláusula de prohibición de variar el destino del bien hipotecado, que constituye la vivienda habitual del prestatario, a actividad profesional sin autorización del banco que dicha cláusula ha de considerarse abusiva por falta de determinación al amparo de los artículos 82-1, 85 y 88-1 LGDCU. Pero que, no obstante, se entiende que en el ámbito registral el argumento correcto es denegar por tratarse de una prohibición en contrato oneroso, contraria al artículo 27 de la LH.

#### C) Cláusulas de sumisión a fuero.

Son abusivas todas aquellas cláusulas que obligan a los consumidores a someterse a una determinada circunscripción de los juzgados y tribunales para tratar de las contenciosas judiciales que se deriven del préstamo. A ello se refiere expresamente el art. 90.2<sup>325</sup> TRLGDCU. El carácter abusivo de este tipo de cláusulas fue declarado por la STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 ECLI:ES:TS:2009:8466) y se refiere a ello extensamente la DGRN en la Resolución de 10 de abril de 2000 (BOE de 16 de mayo de

---

<sup>323</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., (Coord.), «Informe 9/2015 sobre las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios garantizados con una vivienda» en *Anuario del Centro de Estudios Registrales*, Colegio de Registradores de España, 2017, pp. 350-355.

<sup>324</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., (Coord.), «Informe 4/2016 sobre la calificación registral de los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios tras la Sentencia del tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015» en *Anuario del Centro de Estudios Registrales*, op. cit., pp. 408-415.

<sup>325</sup> Que declara abusiva: «La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble».

2000) diferenciando entre acciones reales y acciones personales que derivan de la hipoteca<sup>326</sup>.

#### 2.4.4.- Cláusula de gastos de seguro.

Que normalmente se refieren a seguros que han de constituirse sobre la finca hipotecada, como el seguro de daños o seguro de incendios. Estos gastos, como se refieren al mantenimiento y conservación de la garantía, tienen relación directa con la hipoteca y por tanto como ha quedado dicho serían inscribibles, tanto la obligación de constituir estos seguros como las cláusulas de vencimiento anticipado que lo hacen depender de la falta de pago de la prima de los mismos.

Sin embargo habrá que atender a la relación que tengan cualquier otro seguro que se establezca con la obligación principal o con la garantía, como puede ser la constitución obligatoria de un seguro de vida o vinculado necesariamente a la constitución del préstamo (recordemos que la Directiva 2014/17/UE, habla específicamente de prácticas de venta vinculadas y combinadas). En todo caso y aunque nos referiremos específicamente a la cláusulas de gastos de la hipoteca como abusivos, en estos casos la abusividad vendrá dada fundamentalmente por una falta de reciprocidad del contrato o la vinculación del contrato al acreedor, o la determinación por éste exclusivamente de la apreciación del cumplimiento de los requisitos previstos en el mismo o sobre la interpretación. En este sentido, como señala BALLUGERA<sup>327</sup>, un ejemplo de este tipo de cláusula abusiva sería aquella por la que la entidad financiera se reserva «el derecho de aceptar a la Entidad Aseguradora, que podrá rechazar por causas justificadas y la póliza de seguro concertada». Esta estipulación viola el art. 1256 del Código Civil y el art. 85.3 TRLGDCU porque en definitiva viene a dejar a la decisión del empresario la elección de la compañía

---

<sup>326</sup> Señala el centro directivo al respecto que: «tratándose de ejercicio de determinadas acciones reales de carácter ejecutivo, porque se rigen por su normativa específica de carácter imperativo (así, la acción hipotecaria que haya de sujetarse al procedimiento judicial sumario establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria; o cualquier otra acción real o en juicio ejecutivo, según resulta de lo establecido en el artículo 1.439 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil). Y, respecto de cualquier otra acción real (para las cuales se permite la sumisión en los artículos 56 y 62.3.a de la mencionada Ley procesal –a diferencia de la prohibición establecida en el artículo 54.1, en relación con el 52.1.o, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, todavía no vigente, y de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo cuarto, en relación con el artículo 16.1, letra «a», del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil–), porque tal sumisión no puede formar parte del contenido de un derecho real, de eficacia *erga omnes*. Por último, en cuanto al ejercicio de acciones personales o mixtas, no puede atribuirse al pacto de sumisión el carácter de defecto subsanable, cuando en realidad no hay tal sino simple circunstancia no inscribible del título presentado, respecto de cuya validez y eficacia relativa no ha de decidirse ahora».

<sup>327</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/clausulas-de-hipoteca/seguro/8-co0nservacion-de-la-garantia-seguro/> (Fecha de consulta 21/09/2017)

con la que el consumidor deba contratar, por lo que debería ser anulada [El Auto TS 8 febrero 2017 (ATS 271/2017 - ECLI: ES:TS:2017:271A), que plantea la cuestión prejudicial sobre integración cláusula abusiva de vencimiento anticipado en casación SAP Pontevedra, Sección 1ª, 14 mayo 2014, recurso 220/2014 (ROJ:SAP PO 448/2014 – ECLI:ES:APPO:2014:448)].

D) Cláusula por la que la entidad de crédito sólo libera al deudor original en caso de aceptación expresa de la subrogación.

Se refiere esta cláusula a aquellos supuestos en que el Banco establece una cláusula expresa en la que afirma que sólo podrá quedar liberado el deudor hipotecario del préstamo en que se ha subrogado un tercero cuando lo consienta expresamente, incluso se afirma en estas cláusulas a pesar de que el banco haya comenzado a cobrar las cuotas del nuevo deudor y se le haya cobrado además la comisión de subrogación.

En estos casos tales cláusulas son abusivas por ir en contra de la teoría de los actos propios y de los artículos art. 82.1 en relación art. 87.1 contra reciprocidad y contra actos propios. Confirmado así por la STS de 23 de diciembre de 2015 (STS 5618/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5618).

E) Renuncia del deudor a ser notificado en caso de cesión del crédito o préstamo hipotecario.

Toda renuncia que se imponga a un consumidor de un derecho que le corresponda es una cláusula abusiva conforme al artículo 86.7 TRLGDCU que expresamente señala que será abusiva «*la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*».

Sin embargo el establecimiento de estas cláusulas de renuncia del deudor a la notificación en caso de cesión del crédito venía justificada por parte de las entidades de crédito en el artículo 242 LH, que refiriéndose a la cesión de créditos, exige que «*del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley*». Para cumplir con esta exigencia y teniendo en cuenta que las entidades de crédito querían dejar clara su disponibilidad del crédito para poder transmitirlo, sobre todo a través de la movilización de los

mismos a través del mercado secundario de hipotecas (titulización a través de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipotecas fundamentalmente), exigían esa renuncia en la propia escritura de constitución de hipoteca sin atender al posible carácter abusivo de dicha cláusula.

No obstante por lo que respecta a la calificación registral de la misma es una cláusula que no debe inscribirse por su carácter personal. Efectivamente, con arreglo al nuevo art. 149 LH la notificación al deudor no es requisito de la inscripción de la cesión, por lo que la renuncia tiene un indudable carácter personal, ya que no resulta un elemento determinante de la obligación garantizada ni de su ejecución. No obstante, sí serían inscribibles los consentimientos que los deudores o hipotecantes puedan otorgar, sin renunciar a los derechos que les sean propios, en relación con la cesión de los créditos hipotecarios o su titulación en el mercado secundario<sup>328</sup>.

#### F) Hipotecas multidivisa.

Este tipo de hipoteca, para las que nuestro ordenamiento exige uno de los supuestos agravados de consentimiento formal de los consumidores como es la expresión manuscrita exigida por el artículo 6 de la Ley 1/2013, para los casos de hipoteca de prestatario persona física, que recaiga sobre vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir y que se conceda en una o varias divisas.

El TS se refirió a estos supuestos en la Sentencia de 30 de junio de 2015 (STS 3002/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3002), en la que señalaba que «lo que se ha venido en llamar coloquialmente hipoteca multidivisa es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para deter-

---

<sup>328</sup> Informe de la Comisión de Calificación del Colegio Registradores sobre cláusulas inscribibles de los préstamos hipotecarios de 24 marzo 2010. Vid. también sobre este punto: VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «La aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, a las sociedades extranjeras adquirentes de carteras de créditos hipotecarios, el retracto de crédito litigioso», en *Boletín Oficial Colegio Registradores*, núm. 47, (3ª época), 2017, pp. 2168 y 2173, en donde se plantea si son abusivas la renuncia a la notificación de la cesión y la imposición de la exclusión del derecho de exoneración del art. 1527 CC en caso de falta de notificación.

minar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (*London Interbank Offered Rate*, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)»

Señala también la misma Sentencia que debe entenderse que este tipo de hipoteca, es además, «un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera», que como tal está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y siendo además, un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley, la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que como consecuencia de ello deben aplicársele para la contratación de los mismos en dicho artículo 79.bis de la LMV y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Por otro lado no hay duda de que este tipo de hipoteca, en las concretas cláusulas que se refieren a su especialidad (según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató) al ser una cláusula que se refiere al «objeto principal del contrato», no puede aplicársele la normativa sobre cláusulas abusivas conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/UE. Por lo que en cuanto al posible rechazo de esta cláusula vendrá determinado por si se han cumplido de manera adecuada los controles de transparencia e incorporación, en similares términos a la doctrina establecida respecto de las cláusulas suelo y techo a las que luego nos referiremos.

En este sentido se ha pronunciado también el TJUE en Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703), que señala entre sus conclusiones que *«dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato (...) no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible»* y que *«El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una*



*cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».* También se había referido a esta cuestión previamente el mismo tribunal en STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13 - ECLI:EU:C:2014:282) .

Por su parte la DGRN, con relación a la inscripción de este tipo de hipotecas ha declarado en Resolución de 2 de octubre de 1981 (BOE de 20 de octubre de 1981), que en la hipoteca en garantía de un préstamo en moneda extranjera hay que determinar la equivalencia en moneda española en el momento de la constitución de la hipoteca, ya que el principio de especialidad no permite la oscilación de la cuantía de la responsabilidad.

#### G) Comisión por reclamación de posiciones deudoras.

El supuesto general que contempla este tipo de cláusulas abusivas que se contienen en los préstamos hipotecarios, es que haya cualquier retraso en el pago por parte del deudor y que se reclame esa deuda por el banco, en cuyo caso se genera una comisión que automáticamente se suma a la deuda. Suele tratarse de una cantidad fija y su abusividad viene determinada por no derivarse de un gasto o coste real de la entidad de crédito que pueda demostrar. Vulnerando así los artículos 85.3 y 6, 86, 87.5 TRLGDCU por cuanto supone que queda a la voluntad del empresario la interpretación de estas cláusulas ya que en ellas no se suele decir el medio a través del cual se va a reclamar la cantidad<sup>329</sup> (y del que derivará un coste en su caso), privando además al consumidor del derecho a conocer el medio de reclamación concreta que se va a emplear, y la periodicidad de esa reclamación y por tanto qué plazo tiene para solucionar el impago antes de que se le cobre otra nueva comisión, además de que en la mayoría de las ocasiones estas comisiones se

---

<sup>329</sup> Un ejemplo de este tipo de cláusulas es la que el Banco Santander hacía constar en sus escrituras de hipoteca y se refiere la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de San Sebastián, de 2 de febrero de 2015 (SJM SS 3329/2015 - ECLI: ES:JMSS:2015:3329), cuyo tenor es «El Banco percibirá, por el concepto de comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de 28,00 Euros a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o reclamada».

cargan automáticamente antes de haber incurrido en ningún coste efectivo para el acreedor. Además, supone sin duda una sanción desproporcionadamente alta para el consumidor por el incumplimiento puesto que se suma además a los correspondientes intereses de demora que se hubieran pactado<sup>330</sup>.

Como ha manifestado la jurisprudencia, «se trata de una cláusula abusiva por cuanto opera de modo automático con ocasión de cada reclamación por parte de la entidad sin necesidad de demostrar que para la misma se ha incurrido en un gasto, ni en su caso el importe alcanzado por el mismo; además es una sanción que se añade al interés de demora» [Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de San Sebastián, de 2 de marzo de 2016 (SJM SS 1183/2016 - ECLI: ES:JMSS:2016:1183)].

#### H) Cláusula de imputación de pagos.

Son aquellas cláusulas en las que se establece el derecho de Banco de determinar libremente, de las distintas operaciones o créditos que tenga el deudor, a cuál de ellas imputará los pagos que este haga. Supone una clara desproporción entre las partes que carece de justificación, además de poder ir en contra de las normas especiales sobre imputación de pagos y preferencias crediticias que se establecen en los artículos 1172 a 1174 CC. De este modo se priva el derecho del deudor establecido en el CC de decidir a qué deudas e destina el pago hecho, de manera que puede que el importe de lo pagado se destine a otra deuda menos gravosa para él que la hipoteca, cuando el préstamo hipotecario es de gran importancia con relación a cualesquiera otras posibles deudas ya que su impago podría tener como consecuencia la ejecución de la hipoteca y la pérdida de su vivienda. Son por tanto abusivas estas cláusulas conforme al artículo 85.3 y 86.1 TRLGDCU. Así lo ha declarado la jurisprudencia entre otras en la Sentencia de la AP de Gipuzkoa de 31 de marzo de 2017 (SAP SS 217/2017 - ECLI: ES:APSS:2017:217).

I) Cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones genéricas.

---

<sup>330</sup> Sobre este punto vid. BALLUGERA GÓMEZ, C. «Nulidad por abusiva de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras. Breve comentario y resumen SJM núm. 1 de Vitoria-Gasteiz de 17 junio 2016», en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/nulidad-por-abusiva-de-la-clausula-de-reclamacion-de-posiciones-deudoras/>. (Fecha de consulta: 22/09/2017).

Cuando se trata de vencimiento anticipado previsto para el incumplimiento genérico de obligaciones o por incumplimiento de obligaciones, ya hemos señalado que su rechazo en la calificación registral vendrá determinado por ir en contra del principio de especialidad o determinación registral (art. 9 LH y 51 RH) y por no tener relación con la obligación principal del contrato ni con la subsistencia y conservación de la garantía (art. 1129CC), pero además en estos casos puede considerarse que son cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario ya que reservan a favor del mismo facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato (art. 85.3 TRLGDCU) o por ser cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad (art. 85.4 TRLGDCU).

Así por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (STS 8466/2009 - ECLI: ES:TS:2009:8466) se rechazaba el pacto de vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca, no inscripción en plazo determinado o inscripción parcial, porque «no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista, no se pueda constituir, incluso por motivos ajenos al mismo, y no tiene en cuenta que es de la entidad financiera la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo». Lo mismo sucede respecto de otras cláusulas de vencimiento anticipado que lo prevén para el caso de concurso del deudor, embargo o disminución de solvencia.

Son numerosas las resoluciones de la DGRN que rechazan además estas cláusulas como la de de 3 octubre 2014<sup>331</sup> (BOE de 31 de octubre de 2014) como se ha señalado ampliamente en este trabajo.

#### J) Cláusula de 360 días para el cálculo de los intereses.

Se trata esta de una cláusula que ha sido muy común en los contratos bancarios, habiéndose calificado como un «uso bancario»<sup>332</sup>, en los que para facilitar el cálculo de los intereses (remuneratorios o de demora) en los periodos inferiores a un año, se tomaba como referencia la duración del año comercial (360 días), en lugar del año natural, 365 o 366 días, dependiendo a si era o no bisiesto. Por lo que si se calculaba el interés diario en

---

<sup>331</sup> Esta resolución confirma además como no inscribibles los vencimientos cruzados por indeterminación -falta de trascendencia real- y del vencimiento anticipado por embargo por falta de justa causa.

<sup>332</sup> Admitido por el Consejo Superior Bancario de acuerdo con el Decreto de 16 de octubre de 1950.

base a esos 360 y después se multiplicaba por los 365 o 366 reales, resultaba una diferencia a favor del acreedor que no tiene justificación.

La Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de mayo de 2016 (SAPPO 640/2016-ECLI:ES:APPO:2016:640) la consideró no transparente y la Sentencia de la misma Audiencia de 9 de febrero de 2017 (SAPPO313/2017-ECLI:ES:APPO:2017:313), consideró abusiva esta práctica por falta de reciprocidad, señalando que, si bien había tenido una justificación histórica para facilitar el cálculo de los intereses, hoy carecía de la misma, ya que no existe justificación para que se tome como base de liquidación el año comercial de 360 días y después se utilicen el mes natural de 30 o 31 días para el cálculo de los intereses, que genera un desequilibrio importante en los derechos de las partes conforme al artículo 82 TRLGDCU, ya que perjudica siempre al consumidor. Y asemeja esta práctica, a la prohibida por abusiva del redondeo al alza del tipo de interés a que ya nos hemos antes referido. También sería aquí aplicable la previsión del art. 87. 5 TRLGDCU, en cuanto prohíbe aquellas estipulaciones que supongan falta de reciprocidad, y en concreto las estipulaciones que prevean el redondeo al alza, así como el art. 89.5 en cuanto a las estipulaciones que supongan un incremento del precio.

Y además, tampoco se ajustaría a la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 que en su anexo primero sostiene que *los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o en fracciones de año. Un año tiene 365 o 366 días, 52 semanas o 12 meses normalizados y que los meses normalizados tienen 30,41666 días, siendo indiferente que el año sea o no bisiesto*. Como sabemos la transposición de esta Directiva aún no se ha producido por lo que debe entenderse de aplicación lo previsto en la Orden EHA/2899/2011, cuyo Anexo V con relación a la TAE (que debiera ser el criterio general escogido para el cálculo de intereses) establece una idéntica formulación en cuanto al cálculo de intereses.

También el TJUE, se ha referido a esta cláusula rechazándola, en la Sentencia de 26 de enero de 2017(C-421/14 – ECLI:EU:C:2017:60), configurando la fórmula para el cálculo de los intereses como parte de los elementos esenciales del contrato, por lo que

de acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva 93/13, esta cláusula no quedaría sometida al control de abusividad sino al de transparencia<sup>333</sup>.

K) Cláusula IRPH de determinación del interés.

Con relación a los fundamentos que hemos visto en cuanto al cálculo de tipo de interés y la existencia de cláusulas abusivas en la fórmula aplicada, hay que tener en cuenta también los distintos pronunciamientos judiciales que han recaído sobre la cláusula IRPH. Se trata del tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de las entidades de crédito, índice que se define por el propio Banco de España como *«la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes»*<sup>334</sup>.

El principal problema que plantea este índice, es que elaborándose por las propias entidades de crédito, estas pueden influir en el tipo de interés aplicable al contrato aunque sea indirectamente lo que junto a su configuración como condición general de la contratación ha llevado a determinadas resoluciones judiciales a configurarlo como abusivo.

Anteriormente también se habían pronunciado los tribunales configurando como abusivo aquellas referencias a índices que dependían de la propia entidad acreedora como el IRPH Cajas [SAP Vitoria de 19 de octubre de 2016 (SAP VI 617/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:617)]. Existían además el IRPH Bancos y el IRPH CECA. Estos tres fueron suprimidos por la Orden EHA/2899/2011 y finalmente la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización vino a establecer únicamente el IRPH entidades, previéndose que los préstamos que estaban sujetos a aquellos como índice debían sujetarse al índice previsto como sustitutivo y si no al IRPH entidades. Además hay que tener en cuenta que la orden de 28 de octubre de 2011 mencionada,

---

<sup>333</sup> Alfaro Águila-Real, se opone a esta configuración como elemento esencial del contrato, ya que considera que la determinación de la duración del año para el cálculo de intereses es una cláusula abusiva que en nada tiene que ver con el precio u objeto del contrato, sino que supone una cláusula que a imagen de las de redondeo establecen una fórmula de cálculo ajena a la establecida por la ley (que debería ser la correspondiente a la TAE) y que por tanto al ser nula por abusiva, debería eliminarse sin que ello afecte al contenido esencial de dicho contrato. Alfaro Águila-Real, J., en <http://almacenederecho.org/cuando-los-anos-tienen-360-dias/> (Fecha de consulta: 02/10/2017).

<sup>334</sup> [http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos\\_de\\_Interes/Tipos\\_de\\_interes/Oficiales\\_para\\_p/Tipos\\_referencia/](http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_referencia/) (Fecha de consulta 02/10/2017).

establece que los índices o tipos de referencia utilizados para el cálculo del tipo de interés en los préstamos a interés variable, es necesario que cumplan como condiciones «a) *Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades*» (art. 26.1 Orden EHA/2899/2011).

Puede también aplicarse lo que veremos sobre el control de transparencia en la redacción de las escrituras por cuanto no se explica que está elaborado por las propias entidades, ausencia de simulación de la evolución del precio<sup>335</sup>, etc. Pero el principal motivo que se alega para la configuración de esta cláusula como abusiva, es la dependencia de la evolución del índice, de la voluntad del acreedor, siquiera sea de manera indirecta, lo que tendrá una consecuencia en el interés a pagar por el deudor. Así lo han entendido las Sentencias que han declarado abusiva esta cláusula como la Sentencia del juzgado de 1ª Instancia 1 de Mataró de 10 de febrero de 2017 [Núm. de resolución 36/2017 (ROJ:SJPI 26/2017 – ECLI:ES:JPI:2017:26)], que afirma que «*de las respuestas vía informe emitidas por el representante del Banco de España puede afirmarse la capacidad de la entidad de crédito de influir unilateralmente en el alza y la baja del índice a través de la comunicación mensual de los tipos de interés que aplica a operaciones similares, (...) lo que comporta una actuación unilateral contraria a las limitaciones del art. 1256 CC*»<sup>336</sup>, a lo que podemos añadir contrarias al art. 85.1 TRLGDCU en cuanto son abusivas las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario<sup>337</sup>.

#### L) Retención de parte de capital no entregado.

Se refiere esta cláusula abusiva a aquellos casos en que se prevé por el prestamista la retención de una parte del capital estipulándose que no se devolverá hasta la finalización del plazo y la comprobación de que no se ha impagado ninguna de las cuotas del préstamo. Sin embargo a pesar de no entregarse esa parte del capital si que se generan intereses sobre la misma. Por lo que supone una clara cláusula abusiva por existir un

---

<sup>335</sup> SAP Álava, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2016 (ROJ:SAP VI 341/2016 – ECLI:ES:APVI:2016:341), que señala que en el caso enjuiciado, la cláusula ni siquiera aparece destacada en la escritura pública.

<sup>336</sup> En el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 18 de noviembre de 2015 (ROJ:SJM V 4011/2015 – ECLI:ES:JMV:2015:4011) y la del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, núm. 7, de 16 de marzo de 2015.

<sup>337</sup> Sobre estos supuestos vid. también, GARCÍA GARCÍA, J. M., «Calificación registral de una cláusula de interés variable de hipoteca en que el tipo de referencia es el interés preferencial de la propia entidad acreedora», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, Nº 248, año XXI, septiembre 1988, p. 1659.

desequilibrio entre las partes en perjuicio del consumidor que se ve obligado a pagar los intereses correspondientes a una cantidad no recibida sin que exista una justificación para ello (art. 87 TRLGDCU en cuanto al desequilibrio y la existencia de garantías desproporcionadas conforme al art. 88.1 TRLGDCU). Así lo ha reconocido la DGRN en las RR de 22 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre de 2015) y de 20 de junio de 2016 (BOE de 21 de julio de 2016).

M) Renuncia del deudor a la cancelación parcial.

Se trata este de un supuesto de renuncia a los derechos que el artículo 124<sup>338</sup> reconoce al deudor de poder exigir la cancelación parcial de la hipoteca, en caso de amortización parcial del préstamo aceptada por el acreedor.

Esta cláusula obliga al deudor a renunciar a ese derecho de cancelación parcial, lo que supone claramente su configuración como cláusula abusiva por cuanto se trata de una de las renunciaciones a derechos declaradas nulas por abusivas en el artículo 87.6 TRLGDCU. La calificación negativa de esta cláusula ya había sido admitida por la DGRN entre otras en la Resolución de 27 de enero de 1986 (BOE de 7 de marzo de 1986), por ser contrarias al orden público. En este sentido afirmaba el centro directivo que *«el derecho a la cancelación conferido al deudor por el citado precepto (art. 124 LH), en caso de pago parcial, está enlazado estrechamente con el desarrollo del crédito territorial; con la facultad dispositiva del deudor, a quien la trascendencia real del pacto contrario a tal derecho puede impedir o limitar la celebración de contratos de préstamos garantizados por las fincas gravadas cuya liberación autorizan las leyes, con el derecho de los acreedores posteriores; y con el legítimo interés del adquirente de las fincas; y por ello tal pacto debe reputarse ineficaz hipotecariamente porque va contra el interés público»*.

---

<sup>338</sup> Art. 124 LH : *«Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre»*.



### 3.- CLÁUSULAS ABUSIVAS DE MAYOR RELEVANCIA SOCIAL

Vamos a referirnos ahora a las que podríamos definir como cláusulas abusivas de mayor relevancia social, puesto que su amplia utilización y sus importantes consecuencias ha generado una profusa jurisprudencia que en la mayoría de los casos no es uniforme, con sucesivos cambios además de criterio, en algunos supuestos debido a la aparición de nuevas normas en nuestro ordenamiento, como la Ley 1/2013, y en otros como consecuencia de un cambio de orientación o criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a su vez se ha visto en ocasiones a cambiar su anterior criterio por una o varias Sentencias del TJUE.

Sin duda existe un cambio de orientación de la sociedad hacia una mayor sensibilización frente a las cláusulas y prácticas abusivas. El ámbito hipotecario ha servido de altavoz para poner de manifiesto la existencia de esas cláusulas en las hipotecas como consecuencia a su vez de los miles de procedimientos de ejecución fruto de la crisis económica e inmobiliaria, al no poder afrontar los deudores las cuotas de las hipotecas en un escenario de continuas subidas del tipo de interés respecto de préstamos hipotecarios que se habían concedido sin valorar quizá suficientemente el riesgo de los mismos si el deudor se encontraba en un escenario como el que luego sucedió con bajada exponencial del precio de los inmuebles (fruto del estallido de la burbuja inmobiliaria) y un incremento del desempleo del que aún no nos hemos recuperado del todo.

A este escenario de descontento social y de crisis económica debe añadirse que como consecuencia de algunos esos procedimientos de ejecución el deudor quedaba sin vivienda habitual, por lo que en cualquiera de los supuestos en que se demostrase que el Banco había ejecutado la finca como consecuencia de una hipoteca con cláusulas abusivas y en consecuencia desahuciado a una familia, la repercusión social y la problemática de la existencia de cláusulas abusivas en las hipotecas iba mucho más allá del ámbito estrictamente jurídico.

De hecho se convirtió en bandera de algunos movimientos sociales como el llamado “stop desahucios”, y en cierto modo ha obligado al legislador a dictar normas sobre

la materia de forma progresiva y cambiante que no ayuda mucho a resolver definitivamente el problema<sup>339</sup>.

En definitiva, las cláusulas abusivas han pasado de ser prácticamente unas desconocidas en la sociedad a ocupar portadas y cabeceras de telediarios. De entre ellas hay algunas que son las que mayor relevancia social han tenido por su frecuencia, o por la trascendencia de las mismas en el caso de resultar nulas por abusivas. Son la cláusula de vencimiento anticipado por impago, la cláusula de intereses de demora, las cláusulas de limitación del tipo de interés; las llamadas cláusulas suelo y techo y por último nos referiremos también a la cláusula de imputación de gastos que parece ser el próximo frente abierto por las asociaciones de consumidores y usuarios.

Vamos a hacer un análisis en profundidad de las mismas, intentando arrojar un poco de luz sobre su problemática y fijando el estado actual de la posición jurisprudencial y doctrinal sobre las mismas.

### *3.1. Abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago.*

#### A) Concepto

Como ya ha quedado señalado, las cláusulas de vencimiento anticipado en las hipotecas son aquellas estipulaciones incluidas en las mismas, por las que el acreedor tiene la facultad unilateral de dar por vencido el préstamo, sin esperar a que concluya el plazo pactado, cuando se produzca la causa prevista de la que se hace depender ese vencimiento y que ha de tener relación directa con el incumplimiento de la obligación principal o afectar a la conservación de la garantía.

---

<sup>339</sup> Como ejemplo sólo el título del último (por ahora) Real Decreto sobre protección de deudores hipotecarios lo dice todo: Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

El Tribunal Supremo, tras una primera posición vacilante<sup>340</sup> terminó por admitir las respecto de los préstamos hipotecarios en base a la libertad de pacto del artículo 1255 CC<sup>341</sup>.

Son muy diversas las que han admitido el TS y la DGRN, pero en todo caso siempre había quedado claro que la causa de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, por la cual perdía el deudor el derecho al plazo era en todo caso el incumplimiento de su obligación principal; el pago o devolución del préstamo y los correspondientes intereses.

Ello se encuentra previsto además en el Código Civil, que en su artículo 1124 se refiere a la facultad de resolver los contratos por incumplimiento de una de las partes y también se refiere a la facultad de concertar obligaciones a plazo en el art. 1125, mientras que en el artículo 1129 se regulan los supuestos en los que desaparece el plazo para el pago por el deudor<sup>342</sup> que si bien no establece como una de las causas de pérdida de ese derecho al plazo el impago hay que tener en cuenta que no está pensando el Código exactamente en un contrato de ejecución diferida, como es el caso de la hipoteca, y que la insolvencia puede englobar esa imposibilidad o renuencia a pagar los plazos que correspondan. Al fin y al cabo, la autonomía de la voluntad del artículo 1255 y del 1125 CC, permite sin duda que se acuerde por las partes el vencimiento anticipado por impago del deudor. La cuestión será que ha de entenderse por ese incumplimiento.

## B) Planteamiento de la cuestión.

Teniendo en cuenta esta admisión de las cláusulas y su fundamentación jurídica, la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota de capital y/o intereses se

---

<sup>340</sup> En la Sentencia de 27 de marzo de 1999 (ROJ: STS 2155/1999 ECLI:ES:TS:1999:2155), que no llegó a crear jurisprudencia, el Tribunal Supremo apreció la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y se preguntaba si eran aceptables este tipo de condiciones, con afirmaciones como que «*la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes, (...) da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 del Código Civil*» o que «*constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios*».

<sup>341</sup> En la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 ECLI:ES:TS:2015:5618), se afirma que «*en términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda afectar al arbitrio del prestamista, en contraposición de lo dispuesto en el art. 1256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 20016, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 o 16 de diciembre de 2009, entre otras)*».

<sup>342</sup> Este artículo 1129 establece que: «*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras*».

hacía constar en todas las escrituras de préstamo hipotecario y a ésta se sumaban en su caso otras como las de deterioro o pérdida de la garantía o falta de pago de impuestos sobre la finca, junto a otras que hemos visto que eran nulas como el vencimiento en caso de concurso, embargo o transmisión de la finca.

A la vez, esta cláusula de vencimiento anticipado por impago es la que ha servido para iniciar los procedimientos de ejecución de las hipotecas, de modo que una vez que vencido el préstamo y no pudiendo el deudor pagar, se instaba el procedimiento especial de ejecución hipotecaria se reclama por el acreedor el pago total del préstamo más los intereses y la ejecución de la hipoteca que lo garantizaba.

Hasta la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de los mercantil N° 3 de Barcelona, el 19 de julio de 2011, sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota<sup>343</sup> y que dio lugar a la repetida Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 ECLI: EU:C:2013:164), no se había planteado si esa cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una cuota podía ser abusiva basándose en la literalidad del entonces vigente artículo 693 LEC<sup>344</sup>.

Esta Sentencia, como sabemos se pronunció sobre esta cuestión dando una serie de parámetros a los jueces nacionales para que pudieran estimar si era abusiva esta cláusula, y de manera más amplia si el vencimiento anticipado en caso de impago debía considerarse no abusivo y en cierto modo proporcionado. Así señalaba al respecto que *«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, (...), si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con*

---

<sup>343</sup> En concreto en la cuestión prejudicial se requería: al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que *«pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden: a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto (...)*».

<sup>344</sup> Así la SAP Barcelona, Sección 3ª, de 10 de octubre de 2012, señalaba que *«en la actualidad la cláusula de vencimiento anticipado se encuentra expresamente admitida en el artículo 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con los préstamos hipotecarios, ya que permite la reclamación de todo lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes, zanjando la nueva norma la discusión doctrinal que se venía produciendo acerca de la exigibilidad de los plazos sucesivos aún no vencidos*».

respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»<sup>345</sup>.

Como consecuencia de esta Sentencia, la Ley 1/2013 en relación con el vencimiento anticipado por impago modificó el artículo 693.2 LEC que paso a señalar un límite para las cláusulas de vencimiento anticipado afirmando que «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo».

Como consecuencia de ello las entidades de crédito comenzaron a modificar sus modelos de hipoteca de modo que apareciese el nuevo límite de tres cuotas de capital o intereses impagados o un número que equivaliese al impago de al menos tres meses.

Hubo aquí numerosas notas de calificación negativa de registradores que apoyándose en el nuevo texto del artículo 693.2 LEC, calificaban como abusivas aquellas cláusulas de vencimiento anticipado que no respetasen el límite legal. También se planteó al respecto si ese límite debía aplicarse respecto de novaciones o ampliaciones de hipoteca y también si sólo a las hipotecas concedidas por las entidades de crédito o si debía entenderse aplicable a las hipotecas entre particulares. La DGRN en las Resoluciones de 18 y 24 de febrero de 2014 (BOE de 28 de marzo de 2014), consideró no aplicable la Ley 1/2013 y por tanto el nuevo artículo 693.2 LEC a las novaciones e incluso las ampliaciones de hipoteca<sup>346</sup>. Y en relación con la duda planteada sobre el ámbito subjetivo de la reforma, señaló en la Resolución de 24 de marzo de 2014 (BOE de 29 de abril de 2014),

---

<sup>345</sup> Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Caso Aziz C-415/11 ECLI: EU:C:2013:164), apartado 73.

<sup>346</sup> Pudiendo estar de acuerdo con la DGRN en la no aplicación de esta exigencia de adaptar la cláusula de vencimiento anticipado en aquellos casos en que sólo se modifica un préstamo existente, puesto que ninguna norma obligaba a ello, y como veremos en el momento de la ejecución sí que habrá de tenerse en cuenta la limitación legal, sin que afecte a la vida del préstamo, no comparto la misma idea respecto de las ampliaciones de hipoteca. Ello porque entiendo que una ampliación supone una nueva hipoteca en muchos aspectos como la prioridad y su exigibilidad frente a terceros, por lo que no existe ningún razonamiento que sirva para justificar su no adecuación a la nueva normativa. Cuando además, en el momento de la ejecución no van a poder alegar que no se hizo constar en el registro, ya que el juez deberá hacer el examen de su abusividad de oficio. Esta no aplicabilidad en ambos supuestos sirve sólo para seguir dando publicidad a un contenido que además de nulo por abusivo, no sirve realmente para el ejercicio de derecho alguno por el acreedor hipotecario.

que debía también limitarse a tres cuotas o a un número de ellas equivalente a tres meses<sup>347</sup>.

Pero el problema, una vez vigente la nueva redacción del artículo 693.2 se planteó en los juzgados y tribunales fundamentalmente en dos direcciones: i) Si una vez ejercitada la cláusula de vencimiento anticipado podía no considerarse abusiva la misma si, a pesar de la dicción literal de la propia cláusula antes de la reforma, la entidad de crédito había esperado al menos tres meses de incumplimiento para ejercitarla, ii) y por otro lado si a pesar de que se tratase de un incumplimiento de tres meses y por tanto de acuerdo con la redacción de la LEC, podía considerarse abusivo el ejercicio del vencimiento anticipado por no respetar los criterios establecidos por el TJUE, en cuanto a la proporcionalidad y gravedad del incumplimiento.

En el primer caso nos encontraríamos aquellos casos en que la cláusula de vencimiento anticipado estaba redactada de acuerdo con la norma anterior y por tanto permitía el vencimiento anticipado del préstamo por cualquier impago de las cuotas de capital y/o intereses y por tanto también en el caso de una sola cuota y la entidad de crédito optaba por ejercer la facultad de dar por vencido el préstamo cuando se había producido el impago de al menos tres de acuerdo con la nueva previsión legal, o de más de tres.

El segundo supuesto se refiere al caso, que también englobaría los anteriores en que se considere que el impago de sólo tres o más (4, 6 etc.) cuotas de capital o intereses no supone un incumplimiento grave y esencial de la obligación del prestatario teniendo en cuenta el importe global del préstamo y el plazo pactado. Teniendo en cuenta que en la mayoría de los préstamos hipotecarios los plazos son largos (20 o 30 años) y las cuotas son normalmente mensuales, por lo que el porcentaje de impago respecto del total por sólo tres cuotas, resulta mínimo.

Para apreciar en toda su extensión la importancia de estas diferentes opciones hemos de recordar que la declaración de abusividad de esta cláusula de vencimiento anticipado conlleva su nulidad, y la subsistencia del resto del contrato sin la misma, y sin posibilidad de completarla o integrarla por el órgano judicial, y que en aquellos supuestos en que el procedimiento de ejecución se hubiese incoado en base a la misma (por otro lado prácticamente todos los supuestos) la nulidad de esa cláusula debería llevar en una aplicación estricta al sobreseimiento del procedimiento iniciado, quedando por tanto el

---

<sup>347</sup> De hecho en el caso concreto de la Resolución se trataba del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota pero semestral, por lo que la DGRN entiende cumplida la exigencia del art. 693.2 LEC.

acreedor con la posibilidad de ejercitar su derecho a través de un procedimiento de ejecución ordinario tras el correspondiente declarativo.

La jurisprudencia en el primer punto fue muy variada, así hubo quien consideraba la no aplicación retroactiva de la nueva norma en ningún aspecto como la Sentencia de la AP de Granada, Sección 4ª, de 10 de enero de 2014, que afirmaba que la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cualquiera de las cuotas, no podía considerarse abusiva en sí misma, *«al encontrarse permitida por la ley vigente al tiempo de ser concertada, ni en su aplicación; por cuanto se tuvo por vencido el préstamo (...) cuando ya se habían dejado de pagar las cuotas desde hacía más de cinco meses, por lo que, incluso aplicando la nueva normativa, que como dijimos no es retroactiva, se habrían dejado transcurrir los tres meses fijados en el artículo 693.2 LEC para declarar vencido anticipadamente el préstamo»*<sup>348</sup>.

Otros Tribunales defendieron una suerte de retroactividad parcial<sup>349</sup>, procesal, no material, de manera que la cláusula no podría considerarse abusiva por adaptarse a la norma vigente en el momento de haberla establecido, pero sí requerían que en el momento de quererla hacerla efectiva al ejercitar la acción hipotecaria, se cumpliesen los requisitos establecidos por el artículo 693.2 LEC tras la Ley 1/2013. Así el Auto de la AP de Barcelona, sección 17ª, de 29 de octubre de 2014 (ROJ:SAP B 14828/2014 – ECLI:ES:APB:2014:14828) señalando que *«cuando se otorgó la escritura la cláusula cuestionada era conforme a derecho en cuanto permitía el vencimiento por impago de una cuota de amortización. Por consiguiente, no puede ser privada la entidad financiera del derecho a ejercitar dicha facultad de dar por vencida anticipadamente la operación, siempre que, al ejercitarlo, se ajuste a lo que ahora exige la ley, es decir, que haya dejado de pagarse la amortización durante al menos tres meses»*. Por su parte la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 14ª, en esta misma línea afirmaba en la Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (ROJ:SAP CO 988/2014 – ECLI:ES:APCO:2014:988) que *«nos encontramos ante lo que podría denominarse como una retroactividad sobrevenida ex lege,*

---

<sup>348</sup> En este mismo sentido también la SAP Madrid, Sección 13ª, de 14 de octubre de 2014 (ROJ:SAP M 12980/2014 – ECLI:ES:APM:2014:12980). En realidad la práctica pone de manifiesto que en la realidad en muy pocas ocasiones se producía el vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas, puesto que los protocolos establecidos por las propias entidades de crédito para calificar como moroso un préstamo exigen una media de 120 días, ampliables por ellos a 150 para iniciar las actuaciones encaminadas al cobro ejecutivo. Sin embargo sí que es posible que aún impagando 4, 5 o 6 cuotas, ese incumplimiento pueda considerarse grave en relación a la cuantía y a la duración del préstamo como exige el TJUE.

<sup>349</sup> En cuanto a esta distinción de retroactividad material y procesal del artículo 693.2 LEC *vid.* BASTANTE GRANELL, V., «La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 750, julio-agosto 2015, pp. 2420-2454.



*puesto que desde el momento en que la citada Ley 1/2013 reformó el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que el mismo exige el impago de al menos tres mensualidades tanto para admitir la ejecución parcial por impago de algunas cuotas, como para iniciar la reclamación anticipada por la totalidad de la deuda».*

Sin embargo, otros órganos jurisdiccionales, se plantearon que la redacción del artículo 693.2 LEC, siendo un mínimo legal no dotaba de validez por sí sola a la facultad del acreedor de dar por vencido el préstamo por impago de sólo tres cuotas o el equivalente a tres mensualidades, era necesario una labor por parte del juez para comprobar que ese incumplimiento era grave y esencial. A raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander<sup>350</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de fecha 11 de junio de 2015, en el asunto C-602/13 (ECLI:EU:C:2015:397) dictó un Auto en el que confirmaba la doctrina anterior de que no resulta suficiente para configurar como abusiva o no la cláusula de vencimiento anticipado el impago de un número de cuotas concreto, sino que es labor del juez comprobar, a efectos de decretar su validez o nulidad tres aspectos: a) la esencialidad de la obligación incumplida, b) la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y c) la posibilidad real del deudor de evitar esa consecuencia

En cuanto a que la obligación incumplida revista carácter esencial, no cabe duda que la falta de cumplimiento de la obligación de pago por parte del deudor reviste ese carácter esencial si se compara con otras cláusulas de vencimiento anticipado, pero no puede hacerse con carácter abstracto el examen de ese carácter esencial respecto de cualquier impago sino que debe relacionarse con los otros requisitos señalados por el TJUE.

La gravedad del incumplimiento se tomará en relación con dos parámetros distintos; un aspecto económico entendido como el importe total debido al acreedor hipotecario y un factor temporal en el que habrá que tener en cuenta dos variables; la duración del

---

<sup>350</sup> En este Auto de 10 de septiembre de 2014 el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, plantea entre otras cuestiones los dos principales problemas que se venían planteando sobre la nueva regulación de las cláusulas de vencimiento anticipado, en concreto: «*Si el artículo 693.2 de la LEC, reformado por la Ley 1/2013, debe interpretarse en el sentido de que no puede ser obstáculo a la protección del interés del consumidor y si de conformidad con la Directiva 93/13, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional*».

préstamo y el momento en que se produce el incumplimiento, pues como señala el Auto de la AP de Pontevedra, Sección 1ª, de 30 de octubre de 2015 (ROJ:APP PO 1/2015 – ECLI:ES:APPO:2015:1A), se ha de ponderar *«el modo en que el empresario/entidad financiera había aplicado o hecho uso de la cláusula, a saber, la cuantía impagada en relación con la cuantía total y con la satisfecha, el número de cuotas o plazos desatendidos en conexión con los debidamente cumplidos y la duración total del contrato, el porcentaje que suponían unos y otros en proporción con el resto..., pues no es lo mismo dejar de pagar 10 mensualidades al inicio del préstamo, en lo que puede constituir un incumplimiento flagrante, que desatender esas mismas 10 cuotas cuando el prestatario ha venido satisfaciendo sus obligaciones durante veinte años, por ejemplo»*. En esta misma línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16º, de 27 de noviembre de 2015 (ROJ:AAP B 1637/2015 – ECLI:ES:APB:2015:1637A), consideró abusivo el vencimiento anticipado por impago de cinco cuotas cuando el total de cuotas era de 480 y la cuantía impagada no alcanzaba siquiera el 1% del capital financiado.

El Auto citado de la AP de Pontevedra, por ejemplo, toma en cuenta la doctrina del TJUE y entiende que no es posible ya admitir que el acreedor ha respetado, a pesar de la literalidad de la cláusula de vencimiento anticipado el plazo previsto en el art. 693.3, esperando al impago de al menos tres cuotas, sino que debe atenerse a lo dispuesto en la propia cláusula que en este caso permitía el vencimiento anticipado ante cualquier incumplimiento del deudor. Va más allá, señalando también de acuerdo con el TJUE, que la consecuencia de la abusividad de esa cláusula es su nulidad lo que conlleva a su vez el sobreseimiento del procedimiento de ejecución<sup>351</sup>.

### C) Posición del TS y del TJUE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contestó a las cuestiones planteadas mediante el Auto citado de 11 de junio de 2015 (C-602/13 ECLI:EU:C:2015:397), en el que afirmaba que:

---

<sup>351</sup> En concreto se decanta por la cuarta de las opciones que señala que se le plantean: *«Estimar que la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula que constituye fundamento de la ejecución y, por tanto, su nulidad comporta el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, con independencia de que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas, al amparo de la póliza, o a un proceso declarativo ordinario en reclamación del total capital prestado con invocación del art. 1124 CC»*.

«Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

Sin embargo a pesar de estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo, si bien acepta que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva conlleva los efectos propios de la nulidad y no puede integrarse<sup>352</sup>, lo hace sólo en la vertiente sustantiva, ya que respecto del aspecto procesal, que conllevaría, al basarse la ejecución hipotecaria en la cláusula de vencimiento anticipado abusiva y declarada nula, no estima como solución el sobreseimiento de dicho procedimiento sino la continuación del mismo atendiendo al «beneficio del deudor», considerando que el sobreseimiento del procedimiento, y la prosecución de la vía ejecutiva (por el procedimiento ordinario), supondría un perjuicio para

---

<sup>352</sup> Así lo afirmaba en la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916), en la que recordaba que «la posibilidad de integración y reconstrucción equitativa del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión en Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73» en el sentido de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 es contrario a una norma como el artículo 83 TRLGDCU, que atribuye al juez español la posibilidad de integrar un contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

el deudor. Por ello considera el TS que el juez nacional puede sustituir la cláusula abusiva por una disposición transitoria de derecho nacional, entendiendo que si se obligase al juez a anular toda la cláusula, produciría una penalización y no una ventaja para el consumidor.

Lo justifica en dos argumentos, la protección de la práctica bancaria y del mercado crediticio, pues estima que perjudicaría el mercado de acceso al crédito ya que a los acreedores les perjudicaría tener que esperar al incumplimiento total del crédito para reclamar lo debido y que por ello se verían obligados a acudir a largos procedimientos declarativos perdiendo interés en la garantía hipotecaria con el consecuente encarecimiento de costes que se traduciría en un coste elevado de acceso a la financiación hipotecaria y tipos de interés más altos.

Y por otro lado pretende fundamentar esta solución en la protección del consumidor, alegando una serie de normas que suponen una ventaja para los consumidores en el procedimiento de ejecución especial y de las que no gozarían en la vía ordinaria.

Estas desventajas por el sobreseimiento del procedimiento hipotecario serían; a) la pérdida de la posibilidad de liberar el bien del artículo 693.3 LEC, que además en el caso de vivienda habitual permite al deudor liberar el bien aun en contra de la voluntad del acreedor mediante la consignación de las cantidades debidas. b) Tampoco tendría la posibilidad el consumidor de beneficiarse de la liberación de responsabilidad que para el deudor prevé el artículo 579 LEC para el caso de que el remate resulte insuficiente para satisfacer al acreedor pagando un porcentaje de la deuda: el 65% en los cinco primeros años o el 80% dentro de los diez primeros años. Además siempre que se enajene el bien por el acreedor o una sociedad de su grupo dentro de los diez años siguientes obteniendo plusvalía, la deuda que quede a pagar por el ejecutado se reducirá en un 50% de esa plusvalía; c) Perdería también el deudor las medidas del artículo 682.2.1ª LEC de limitación de la cantidad fijada para la tasación en la subasta que se fijan en el 75% del valor de la tasación que sirvió para la concesión del préstamo. D) Señala también el TS que no beneficia al deudor la vía declarativa puesto que no existen mayor amplitud en los motivos de oposición ante una cláusula abusiva, sino que considera que serían los mismos que en la vía ejecutiva, de acuerdo con el artículo 695.1.4 LEC, y sin embargo señala sí que le perjudicaría la mayor duración del procedimiento declarativo puesto que aumentaría la deuda relativa a los nuevos intereses que se fueran generando por el transcurso del tiempo.

En este sentido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016 (ROJ: STS 626/2016 ECLI:ES:TS:2016:626) y de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 ECLI:ES:TS:2015:5618), afirma nuestro Alto Tribunal que *«no puede afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas»*. Los argumentos del TS tienen lógica, viendo cuáles son las alternativas que quedan al deudor y además, siendo conscientes de las ventajas que para el deudor tiene el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en los términos señalados.

Sin embargo, no es fácil la solución, lo que demuestra en que la posición de los Magistrados del TS en estas Sentencias no es unánime y existen en ambas sendos votos particulares del Magistrado Orduña Moreno que entre otras afirmaciones señala que estando de acuerdo con la declaración de abusividad de las cláusulas discutidas, se critica y discute *«la inaplicación de las consecuencias de esa abusividad, permitiéndose la prosecución del proceso de ejecución afirmando que esa doctrina jurisprudencial, de un modo frontal y con carácter general, desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en esta materia, pues, el despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no sólo viene obligado a la restitución del capital prestado, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial»*<sup>353</sup>.

A pesar de esta posición de pretendido equilibrio del TS para intentar combinar todos los intereses en juego, la solución ofrecida no resuelve las dudas y contradicciones en la interpretación de los distintos juzgados y tribunales, por lo que pronto se vuelven a plantear cuestiones prejudiciales sobre este punto como las del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada, por Auto de 8 de febrero de 2016 (ROJ:AJPI 1/2016 –

---

<sup>353</sup> Voto particular de Francisco Javier Orduña Moreno, en las SSTs de 18 de febrero de 2016, núm de recurso: 221/2014, núm de resolución: 79/2016 y de 23 de diciembre de 2015, núm de recurso: 2658/2013, núm de Resolución: 705/2015.

ECLI:ES:JPI:2016:1A) y la del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Santander, por Auto de 8 de marzo de 2016<sup>354</sup> (ROJ:AJPI 4/2016 – ECLI:ES:JPI:2016:4A).

Por su parte, el TJUE volvió a confirmar, como no podía ser de otra manera su posición sobre las cláusulas de vencimiento anticipado y las consecuencias de la nulidad de las mismas por abusivas, en la STJU de 26 de enero de 2017 (C-421/14 ECLI:EU:C:2017:60). Vuelve a repetir la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 ECLI:EU:2:2013:164), señalando que el vencimiento anticipado de la totalidad del contrato sólo resultará no abusivo, cuando se considere *«suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»*.

En cuanto a las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula, reitera que no puede vincular al consumidor<sup>355</sup>, ni puede ser integrada ni moderada por el juez nacional<sup>356</sup> pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio<sup>357</sup> pretendido por la regulación de la Directiva 93/13.

En concreto la STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14 ECLI:EU:C:2017:60) señala que *«es preciso recordar (...) que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/2013 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo- en el sentido del art. 3, aparo. 1 de esa Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no supone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. En estas condiciones (...) la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apdo. 2 de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta*

---

<sup>354</sup> Se solicita la acumulación de asuntos entre ambos al coincidir en el contenido, planteándose al TJUE: el alcance de las obligaciones del Juez nacional, en caso de apreciar como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado, sobre los criterios que hacen abusivas esos pactos de vencimiento anticipado y sobre la compatibilidad de la norma española con la Directiva 93/13 y la Carta de Derechos Fundamentales, al restar derechos al consumidor en varios de los procedimientos en los que el acreedor puede escoger.

<sup>355</sup> ATJUE de 17 de marzo de 2016 (C-613/15 ECLI:EU:C:2016:195).

<sup>356</sup> ATJUE de 11 de junio de 2015 (C-602/13 ECLI:EU:C:2015:397).

<sup>357</sup> STJUE de 30 de abril de 2014 (C-280/13 ECLI:EU:C:2014:279).



*de pago de cualquier cantidad adeudada, tal y como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula».*

En resumen, aclara que el ejercicio en la práctica de la facultad de vencimiento anticipado conforme a la nueva regulación del art. 693 LEC (impago de tres cuotas) no salva la abusividad de la cláusula y por ende la aplicación de las consecuencias de esa abusividad; la nulidad de la cláusula y su no aplicación. Además no sólo podemos entenderlo referido a ese concreto supuesto de tres cuotas, sino a todo aquel ejercicio que fuera abusivo por no implicar un incumplimiento suficientemente grave en relación con la cuantía y duración del préstamo.

No hay duda del voluntarismo equilibrista de nuestro Tribunal Supremo por intentar dar una solución razonable a todas las cuestiones planteadas y salvar en lo posible todos los intereses en juego, pero ello no es posible en determinadas ocasiones. Se ha de ser consecuente con las propias decisiones y en este caso podemos decir que no lo está siendo. Sin embargo la posición del TSJU es clara, y las consecuencias que se derivan de la nulidad por abusividad de la cláusula también, así como la imposibilidad de los tribunales de realizar cualquier integración del contrato que lleve a desincentivar al acreedor en la cesación del uso de cláusulas abusivas, ya que si en estos casos el acreedor, ve declarada abusiva la cláusula por él predispuesta, pero obtiene el mismo resultado simplemente con el mero transcurso del tiempo, carece de incentivo alguno para el cese en la utilización de la cláusula<sup>358</sup>.

A la vez las diversas opciones acogidas por los juzgados y tribunales no ayudan a clarificar la materia<sup>359</sup> por lo que la inseguridad de los acreedores en este punto cuando

---

<sup>358</sup> Con esta doctrina en cierto modo se elimina el efecto disuasorio o penalizador que se pretende conseguir, en contra de lo que pretende la directiva 93/13 entre otros en los artículos 3.1 y 6º de la Directiva. En este sentido afirma el TJUE en la Sentencia de 21 de enero de 2015 (C-482/13 ECLI:EU:C:2015:21) que «Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y de la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados Miembros, tal y como se desprende de su artículo 7, apdo. 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Está claro que si la consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado es la continuación del procedimiento de ejecución, no tiene interés alguno para las entidades de crédito pre-disponentes el cesar en la práctica de establecer esas cláusulas de vencimiento anticipado por impago de tres cuotas (en el caso en cuestión), ya que además tienen el efecto amenazador sobre el consumidor de hacerlos vencer anticipadamente, sin que para el acreedor tenga ningún efecto penalizador.

<sup>359</sup> Como ejemplo la propia AP de Barcelona, en la que no existe uniformidad entre sus distintas secciones: La sección 17ª en el Auto de 6 de febrero de 2017 (ROJ:AAP B 1927/2017 – ECLI:ES:APB:2017:1927A), acuerda el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria afirmando que de ningún modo cabe sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional. Mientras que la misma AP Barcelona,



se inicia un procedimiento de ejecución es máxima, ya que no saben si el hecho de iniciarlo supondrá finalmente el sobreseimiento del procedimiento cerrándole la vía del procedimiento especial y obligándoles a acudir a un declarativo.

Por otro lado los propios deudores tampoco saben a ciencia cierta si su incumplimiento de sólo unas cuotas puede determinar o no el vencimiento anticipado del préstamo y la ejecución de la garantía.

#### D) Cuestión prejudicial.

Ante esta situación, tras los últimos pronunciamientos del TJUE y la dispersión de criterios jurisprudenciales de juzgados y Audiencias, el TS, al haberse planteado de nuevo un recurso sobre la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado ha optado por plantear, de acuerdo con el art. 4 LOPJ una cuestión prejudicial al TJUE.

El TS aprovecha este nuevo recurso y mediante un Auto de 8 de febrero de 2017 (ROJ:ATS 271/2017 – ECLI:ES:TS:2017:271A) plantea cuestión prejudicial en los siguientes términos:

*«1- Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota (como acordó la sentencia recurrida) manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.*

*2- Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo»<sup>360</sup>.*

Se pide además por el Supremo que el TJUE resuelva por el procedimiento acelerado alegando como razones el elevado número de consumidores afectados por litigios

---

en su sección 14ª, en el auto de 7 de febrero de 2017 se muestra contraria a proceder a ese sobreseimiento, considerando que la cláusula es en abstracto nula pero que ello no impide proseguir con el procedimiento de ejecución hipotecaria, en línea con lo manifestado por el TS en S. de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 ECLI:ES:TS:2015:5618).

<sup>360</sup> Nota de la Sala de lo Civil del TS, de 9 de febrero de 2017, en <http://www.poderjudicial.es/notas-de-prensa/>. Fecha de consulta: 25/10/2017.

similares, en los que está en juego tanto la vivienda como las garantías relativas a los procesos de ejecución sobre las viviendas. Y por otro lado la inseguridad que provocan las dudas sobre si su jurisprudencia (la del TS) es compatible con el Derecho de la Unión, ya que como máxima instancia establece criterios a los que deben atenerse los órganos jurisdiccionales inferiores.

No cabe ocultar una cierta incomodidad del TS porque le están saltando los tribunales inferiores planteando cuestiones al TJUE poniendo en duda su jurisprudencia, y en cierto modo ante esta situación opta por plantearla él directamente para al menos poder formular las alegaciones que estime necesarias en defensa de la que ha venido siendo su posición sobre este punto.

Sin embargo el TJUE no ve motivos para tramitar esta cuestión por el procedimiento acelerado, no considerando excepcional la situación, ni por el número de consumidores afectados, ni por la importancia de los intereses económicos en juego, ni por la inseguridad jurídica alegada. En cierto modo, el propio TJUE podía añadir, que la cuestión ya la ha resuelto en diversas ocasiones siempre en el mismo sentido y que no ve por qué ahora planteando la misma cuestión de fondo deba hacerse por ese trámite acelerado.

Por lo tanto deberemos esperar a que se resuelva esta cuestión prejudicial y por tanto a que se clarifique el criterio que debe seguirse en estos casos. Ante esta situación el criterio general de los tribunales que se encuentran en esta situación, esto es que se ha iniciado un procedimiento especial de ejecución hipotecaria basándose en el vencimiento anticipado por impago de una o varias cuotas la cual cláusula podría ser declarada abusiva, han optado por suspender estos procedimientos hasta tanto recaiga la resolución del TJUE<sup>361</sup>. Solución esta que si bien es comprensible, supone un importante varapalo para el mercado y para los acreedores hipotecarios, puesto que al paralizar los procedimientos, impiden su legítimo derecho de cobrar lo que se les debe, y para los deudores, este retraso no hace sino aumentar su deuda puesto que el plazo sigue corriendo en su contra con los intereses generados en consecuencia.

#### E) Conclusiones.

---

<sup>361</sup> Acuerdo de la AP de Málaga de 5 de abril de 2017, AP de Córdoba de 20 de febrero de 2017, y el Acuerdo de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la AP de Barcelona de 10 de febrero de 2017.

No sabemos cuál será la respuesta del TJUE, pero podemos presumir que no se separará de lo que ha venido afirmando en cuanto a los criterios para considerar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado por impago y a las consecuencias que se derivan de la misma que no es otra que la nulidad de dicha cláusula y la imposibilidad de integrar el contrato. Sobre la posibilidad de declarar la abusividad parcial con mantenimiento del resto de la cláusula que sería la solución más útil si se me permite introducir esta apreciación, creo sinceramente que no se admitirá por el TJUE.

Con lo cual sin duda tendremos un problema planteado: la disyuntiva que ha intentado evitar el TS en sus sentencias anteriores; o considerar la cláusula como no abusiva (lo que con determinadas redacciones no es posible), o declarar la cláusula de vencimiento anticipado como abusiva y actuar con todas sus consecuencias, lo que implica, como hemos dicho la nulidad de la misma, el mantenimiento del resto del contrato, el sobreseimiento del procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados con la consiguiente pérdida del deudor de los derechos especiales que en el mismo se le reservan, y la necesidad de que para la ejecución se deba acudir a un procedimiento declarativo de cuyo resultado se derive un procedimiento ordinario de ejecución.

Esta última solución considero que en nada beneficia al deudor, salvo quizá alargar el procedimiento, pero ello implica como hemos señalado un aumento de los intereses tanto remuneratorios como de demora, por lo que la deuda irá aumentando progresivamente y teniendo en cuenta además que, de acuerdo con el artículo 1911 CC, de todo ello responderá el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

Por su parte ya hemos señalado que el AL de contratos de créditos recoge una nueva redacción del artículo 693 LEC y de las posibles nuevas cláusulas de vencimiento anticipado que podrían superar el análisis de abusividad teniendo en cuenta todos los parámetros señalados por la jurisprudencia europea. Es el art. 15 AL que se refiere sólo a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la futura Ley (no sólo los garantizados con hipoteca sobre una vivienda, también aquellos cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial), y siempre que el prestatario sea persona física. Se pretende con la regulación propuesta, que no se pueda discutir sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues la pérdida del plazo se configura como un efecto legal de un determinado supuesto de hecho. La cláusula pasa a ser inútil, por redundante, pero de copiarse en el contrato no se cuestiona su validez. Los nuevos requisitos son:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de sus cuotas de amortización: no basta, por tanto, con el impago en fase carencia, pues éstas sólo son cuotas de intereses.
- b) Que las cuotas impagadas equivalgan, al menos: i) Al 3% del valor del préstamo, si el plazo de amortización fuera inferior a diez años, o, en el caso de que el préstamo fuera a diez años, el incumplimiento se produjera dentro del período de los diez primeros años de dicho plazo y ii) al 5 % si el plazo es superior a diez años y el incumplimiento se produce más allá de los diez primeros años<sup>362</sup>.
- c) Que el prestamista haya requerido de pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, si no cumple, reclamará el reembolso total del préstamo. En el requerimiento, el prestamista deberá ofrecer la posibilidad de negociar durante el mismo plazo un acuerdo de modificación de las condiciones del préstamo.

En paralelo se modifica el art. 693.2 LEC. Para las hipotecas excluidas de la futura Ley, pero, también, para las incluidas, donde el prestatario no sea persona física, se mantiene la exigencia expresa de un pacto inscrito de vencimiento anticipado, pero sin indicar ahora el número mínimo de cuotas impagadas. Respecto de los otros contratos, como no podía ser de otro modo, el precepto remite a la futura Ley. No obstante, al tratarse de una particularidad de la ejecución sobre bienes hipotecados, la referencia al uso residencial del inmueble en el art. 693.2 LEC determina que la inclusión en esta otra regla quede limitada a las hipotecas que recaigan sobre inmuebles distintos de una vivienda.

Con esta redacción de las nuevas cláusulas de vencimiento anticipado podría superarse el control de abusividad y su cálculo dará un límite a partir del cual el incumplimiento del deudor puede considerarse grave y suficientemente para iniciar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

¿Y qué se puede hacer con los procedimientos en los que el problema ya se ha producido? En aplicación estricta debería sobreseerse los procedimientos en los términos señalados, sin embargo esta solución no satisface a ninguna de las partes. No hay que olvidar además que esta situación es desde un punto de vista objetivo injusta para los

---

<sup>362</sup> Puede generar dudas qué sucede si el incumplimiento se produce dentro de los diez primeros años, pero se trata simplemente de un error, como confirma el nuevo texto del art. 129.3 LH en la DF 1ª AL, donde se recoge la redacción correcta.

acreedores hipotecarios en aquellos casos en que a pesar de haber soportado el incumplimiento de muchas de las cuotas hipotecarias, pueden verse obligadas a un largo procedimiento en espera de poder cobrar el total de la deuda.

Una solución, para supuestos en que aún no se ha llegado a la situación de impago y en previsión de posibles problemas, siempre que se le explique bien al deudor el porqué puede ser una novación del préstamo hipotecario con la modificación de la cláusula de vencimiento anticipado en los términos que prevé el AL, (que incluso podría prever su aplicación retroactiva, para evitar los problemas que se han generado). Por su parte el acreedor debería de algún modo ceder en alguna otra modificación del préstamo para hacer esta operación al deudor, como podría ser concederle un periodo de carencia o una disminución del tipo de interés. Siendo consciente que en algunos casos, de renuencia a pagar por parte del deudor, y situaciones de insolvencia su interés irá más por alargar en lo posible el plazo de ejecución que llegar a una solución pactada con el Banco para que este pueda continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Por nuestra parte, los registradores en tanto no se modifique el art. 693 LEC, no podremos ir más allá de calificar como abusiva aquellas cláusulas de vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas mensuales de capital o de intereses como hasta ahora venimos haciendo, puesto que es claro que en el momento de la calificación no sabemos si la falta de pago de estas tres cuotas podrá suponer un incumplimiento grave y relevante con relación al total importe y al plazo, no sólo en relación a estos parámetros que sí tenemos a nuestra disposición en el momento de la calificación sino con relación al momento en que se producirá dicho incumplimiento, puesto que no es lo mismo que se produzca en el momento inicial de la amortización que cuando se han amortizado una cantidad considerable de la deuda.

En todo caso sabiendo ya los acreedores la dirección que toma la jurisprudencia en este tipo de cláusulas no deberían esperar a que una nueva norma les obligue a cambiar la redacción de sus cláusulas sino que sería prudente e inteligente adelantarse introduciendo una redacción que cumpla efectivamente con los parámetros exigidos por el TJUE y el AL, así como la directiva 2014/17, para que permita en el caso de producirse dicho incumplimiento una rápida ejecución por el procedimiento de ejecución hipotecaria acorde con la seguridad jurídica y la rapidez que exigen el tráfico jurídico económico y el mercado inmobiliario.

### 3.2. Abusividad de las cláusulas suelo.

#### A) Concepto.

Las llamadas cláusulas suelo son estipulaciones consignadas en contratos de préstamo hipotecario de interés variable que tienen como finalidad limitar la disminución del tipo de interés variable estableciendo un mínimo (suelo) por debajo del cual no beneficiará al deudor la bajada de los tipos de interés que le correspondería como consecuencia de la disminución del índice -normalmente Euribor- a que estaba referenciado el interés variable. Normalmente se ofrecen acompañadas, como aparente contraprestación, de un límite también al alza de dicho tipo de interés (cláusulas techo), aunque en ocasiones con evidentes desequilibrios al fijar un margen mucho más elevado para ese alza que el previsto para la bajada de tipos<sup>363</sup>.

Como consecuencia de este tipo de cláusulas el préstamo operará para el consumidor como de interés fijo a pesar de las variaciones que pudiera experimentar a la baja o al alza el interés de referencia, siempre que resultara inferior o superior al interés establecido por la cláusula suelo o techo respectivamente. Son las cláusulas suelo o de fijación de interés mínimo las que han causado mayor perjuicio a los consumidores, teniendo en cuenta además que existía una desproporción evidente entre esos intereses fijos mínimos que se fijaban en beneficio del acreedor (para garantizarle la obtención de unos rendimientos fijos mínimos) y las cláusulas techo que serían las que hipotéticamente beneficiarían al deudor puesto que más allá de las fijadas no les afectaría la subida del interés de referencia.

El artículo 2.3 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, al que luego haremos referencia, las define diciendo que *«se entenderá por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato»*.

Las consecuencias negativas para los consumidores de la existencia generalizada de este tipo de cláusulas en sus préstamos hipotecarios no se pusieron de manifiesto, hasta que, como consecuencia de la crisis económica, las rebajas continuadas de los tipos de

---

<sup>363</sup> Por ejemplo estableciendo como suelo un 4% y como techo un 12%, siendo el tipo de interés inicial un 6%.

referencia (principalmente Euribor que ha llegado a niveles negativos), fomentadas por la política monetaria expansiva del Banco Central Europeo<sup>364</sup>, comenzó a perjudicar a los deudores que debían seguir pagando el interés mínimo fijado en sus contratos por la cláusula suelo, mucho más elevado del que resultaría de la aplicación estricta de sumar al tipo de referencia los diferenciales pactados. En ese momento fue cuando muchos de los consumidores que tenían este tipo de cláusulas en sus contratos fueron conscientes, tanto de su existencia, como de los perjuicios que las mismas suponían desde un punto de vista económico y jurídico.

#### B) Planteamiento de la cuestión.

La inserción de este tipo de cláusulas de limitación de interés en los préstamos de interés variable, no resulta prohibida por ningún texto legal, y estaría amparada por la libertad de pacto del artículo 1255 del CC, siendo válidas siempre y cuando reúnan los requisitos de claridad y comprensión exigidos por la normativa aplicable<sup>365</sup>.

Por su parte con relación a la exigencia de claridad en su inserción les serán también aplicables las normas contenidas en la Orden EHA 2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, (igual que laos anteriores a esa fecha les era aplicable la OM de 1994) que en su artículo 25 se refiere a la información adicional en caso de cláusulas suelo y techo señalando que *«en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima»*. Además esa misma referencia se contiene hoy en la Directiva 2014/17, del Parlamento Europeo y del

---

<sup>364</sup> La política monetaria entendida como aquella parte de la política económica que regula la cantidad de dinero en circulación en los mercados como instrumento para mantener la estabilidad económica y se refiere a decisiones tomadas por las autoridades monetarias sobre la emisión de dinero y tipos de interés. Será expansiva si sus decisiones van encaminadas a aumentar la cantidad de dinero existente en el mercado, a través por ejemplo de rebajar los tipos de interés a los que presta el dinero. Será restrictiva en sentido contrario cuando pretende reducir la cantidad de dinero existente en el mercado. «El efecto de las políticas monetarias del BCE en el período reciente» en *Informe anual del Banco de España, 2015*, pp. 79-107. Vid. también LUQUE GONZÁLEZ, J., «Efectos de la política monetaria expansiva del Banco Central Europeo sobre la economía española», en <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/5730/retrieve>. Fecha de consulta: 15/11/2017.

<sup>365</sup> Existen supuestos enjuiciados en los que la jurisprudencia reconoce la validez de la inserción de una cláusula suelo al superar el control de transparencia, material y formal, como la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 21 de febrero de 2017, núm. de Recurso: 366/2015, núm. de Resolución 50/2017.



Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010, en relación a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias estandarizadas, así como en el Proyecto de Ley de contratos de Crédito Inmobiliario con una amplia regulación de nuevo cuño como son los artículos, 12 y 13, recogiendo lo relativo a la información sobre cláusulas suelo en el artículo 12. 1 b).

La explosión del tema de la abusividad de las cláusulas suelo se produjo dentro de la crisis económica, junto con la polémica de los desahucios y lanzamientos y el movimiento social contra los abusos de la Banca. Supone una cuestión muy polémica que se ha querido presentar como exponente máximo de las prácticas abusivas de las entidades de crédito y motivo por el cual se ha llegado a la ejecución de numerosas hipotecas por el alto tipo de interés que obligaban a seguir pagando a los deudores sin que se pudieran beneficiarse de las bajadas de tipo de interés generalizadas.

Todo ello ha hecho que sobre este tema se haya escrito y discutido profusamente<sup>366</sup>, si bien aquí, por el objeto del presente trabajo vamos a limitarnos a poner de relieve cuando este tipo de cláusulas pueden considerarse abusivas dado su especial carácter y a hacer referencia también a la posición adoptada por el Tribunal Supremo con una inédita doctrina sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad de dichas cláu-

---

<sup>366</sup> Como muestra de algunos de los artículos escritos además de los que posteriormente citaremos: CORDERO LOBATO, E., «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley*, Nº 8090, año XXXIV, 2013, pp. 1-4; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, v.2, no 3, 2015, pp. 67-105; MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, 2015, pp. 47-ss.; CAÑIZARES LASO, A., «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, Nº 4, 2016, pp. 103-123; PUIG MATEU, J. Y PUIG VILADRICH, J., «El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013. BIB 2013/1692. BELLO TORRES, L Y FARIÑA FARIÑA, R., «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos, ¿Derecho de contratos o cobro de lo indebido?», en *Revista de Derecho Civil*, Vol IV, Nº 2, abril-junio 2017, ensayos, pp. 153-190 en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Fecha de consulta: 15/11/2017. Con comentarios muy críticos por la solución adoptada por el TS: CARRASCO PERERA, A. F. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 7/2013, pp. 126-163, en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/356/0>. Fecha de consulta: 17/11/2017., Delgado Ramos, considera que el TS si bien en otras cuestiones se había quedado corto, al declarar abusivas las cláusulas suelo por falta de transparencia se ha excedido; DELGADO RAMOS, J., en «Las cláusulas suelo o la tormenta suprema» en el *Blog de Derecho Registral REGISPRO*, <https://regispro.es/j-delgado-las-clausulas-suelo-o-la-tormenta-suprema/>. Fecha de consulta: 10/11/2017.

sulas posteriormente corregida por el TJUE, así como puede ayudar el control que realicen los registradores en la calificación de los préstamos hipotecarios con este tipo de cláusulas.

C) La STS de 9 de mayo de 2013.

Dentro de la situación social descrita, y también del revuelo producido por la STJUE de 14 marzo de 2013 (C-415/11 ECLI:EU:C:2013:164), la línea marcada por la STS de 9 de mayo de 2013 (STS 1916/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1916) constituyó un importante punto de inflexión en el tema de las cláusulas suelo, puesto que tras declarar su validez genérica, afirmó que pudieran considerarse abusivas y por tanto nulas, cuando adolecieran de falta de transparencia material, en una formulación de este concepto novedosa en nuestro ordenamiento, pero a la vez estableció una doctrina de limitación de la retroactividad de los efectos de dicha nulidad más allá de la fecha de la publicación de la Sentencia, esto es, el 9 de mayo de 2013.

Manifiesta el TS en esta Sentencia la validez de las cláusulas suelo en línea con lo antes señalado, dentro de la libertad de pacto y contractual de las partes, afirmando que *«las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja, probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio»*.

Ya está adelantando aquí el Tribunal Supremo una serie de requisitos para la validez de estas cláusulas suelo, que no se planteará de igual modo que respecto de las demás cláusulas abusivas estudiadas por una importante diferencia con ellas: las cláusulas suelo afectan a un elemento esencial de contrato como es el precio y en principio el control de abusividad no puede realizarse respecto de este tipo de cláusulas que afectan al objeto principal del contrato. Así resulta del considerando 19 de la Directiva 93/13, recogido después en su artículo 4 y que establece que *«a los efectos de la presente Directiva, la apreciación de carácter abusivo no debe referirse a cláusulas que describan el objeto principal del contrato»*. Por ello uno de los puntos esenciales de esta Sentencia del

TS radicaba en precisar si debía considerarse a las cláusulas suelo como tal elemento esencial y configurador del contrato, pues dependiendo de ello sería diferente el grado de control sobre las mismas y el grado de protección de los consumidores. El TS analizando en esa Sentencia las distintas posiciones doctrinales, llegó a la conclusión de que *«las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y (...) definen el objeto principal del contrato»*.

Si, como hemos dicho, la Directiva 93/13 en su artículo 4.2 señala que la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación, la aplicación estricta de esta afirmación dejaría desprotegidos a los consumidores, ya que las cláusulas suelo estarían exentas del control de abusividad. Sin embargo la exención del artículo 4.2 no es absoluta, puesto que señala que esta regla se aplicará *«siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»* (art. 4.2 *in fine* Directiva 93/13).

Sin embargo, la propia Directiva<sup>367</sup> permite que puedan establecerse normas más estrictas por la normativa interna de los Estados Miembros y en nuestra legislación, en cuanto a esa redacción clara y comprensible de que habla la Directiva, el artículo 80.1 TRLGDCU exige como presupuestos de transparencia, que las cláusulas no negociadas individualmente tengan como características: i) concreción, claridad y sencillez, y ii) accesibilidad y legibilidad, sin que sea suficiente la mera transparencia documental para impedir el examen de su contenido.

Partiendo de ello el TS considera, que la claridad no solo debe referirse al aspecto formal (la redacción concreta de la cláusula), sino también a la dimensión material, de modo que el consumidor pueda entender la carga económica y jurídica que implica la aceptación de estas cláusulas. Si no es así esa falta de transparencia material convertiría las cláusulas en abusivas.

A ello hay que añadir que, en la práctica, las cláusulas suelo eran redactadas de modo que fuese muy difícil advertir su verdadera naturaleza, ya que como señala la propia

---

<sup>367</sup> Art. 8 de la Directiva 93/13/CEE: *«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección»*. Así también lo reconoce la STJUE de 3 de junio de 2010 (C-484/08 ECLI:EU:C:2010:309). Igualmente se recoge expresamente en la Directiva 2014/17 en el art. 2.1: *«La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros»*.

Sentencia, «*la oferta como interés variable, no completada por una información adecuada (...) se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. (...) Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo*».

Atendiendo a los requisitos antes señalados la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, si bien son correctas formalmente (transparencia material, redacción clara y control de incorporación de la Orden EHA/2899/2011) incumple el segundo de los requisitos del art. 80 TRLGDCU, en cuanto al entendimiento de la misma y de sus consecuencias por el consumidor considerándolas el TS como no transparentes por: «*a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofrecen las mismas*<sup>368</sup>».

Por esta vía del control de transparencia material, encuentra el TS la posibilidad de declarar abusivas las cláusulas suelo a pesar de referirse como hemos visto a elementos esenciales del contrato y escapar en un primer momento del análisis sobre abusividad.

Por tanto, a pesar de que la incorporación de las cláusulas suelo en un contrato, es válida y admisible, pueden calificarse como abusivas si no son transparentes desde un punto de vista material, incumpliendo el segundo de los presupuestos del artículo 80.1 TRLGDCU, relativo al necesario entendimiento por el consumidor o usuario. No serán transparentes las cláusulas suelo cuando:

- Falte información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- Se inserten las cláusulas suelo de manera conjunta con las cláusulas techo, como aparente contraprestación de las mismas.

---

<sup>368</sup> STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916).

- No existan simulaciones de escenarios posibles de evolución del comportamiento del tipo de interés atendiendo al momento de la contratación.

- No haya información previa, clara y comprensible del coste en comparación con otras modalidades de préstamo (si existen) o la advertencia de que por su perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

Sobre esta relación de circunstancias que expuso el TS en la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916), para calificar como abusivas las cláusulas suelo por falta de transparencia material, el propio TS tuvo que precisar en el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 (ROJ:AATS 5165/2013 ECLI:ES:TS:2013:5165AA), que dicho listado no tiene carácter tasado ni excluyente, ni es una relación exhaustiva de las circunstancias que pueden dar lugar a configurar como abusivas las cláusulas suelo por falta de transparencia, sino que son parámetros tenidos en cuenta para formar un juicio de valor abstracto relativo a las concretas cláusulas analizadas.

De acuerdo con este razonamiento, para el TS y una parte considerable de la doctrina, el carácter abusivo de las cláusulas suelo lo determina de manera directa la falta de transparencia<sup>369</sup>. Sin embargo otros autores, siguiendo la tesis alemana, entienden que una vez puesta de manifiesto esa falta de transparencia, deberá examinarse si existe un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resulte contrario a la buena fe, para poder declarar la cláusula como abusiva<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia...*, *op. cit.*, pp. 115-ss.; MARÍN NARRROS, H. D., «El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 752, noviembre-diciembre de 2015, pp. 3769-3798 y GARCÍA DE PABLOS, J. F., «La modificación de la cláusula suelo en las hipotecas» en *Revista Actualidad Aranzadi*, N°867/2013 (BIB 2013, 1268). Pone de relieve una cierta contradicción en la STS 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916) en este punto DE CASTRO VÍTORES, G., en «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», en *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, N° 746, noviembre-diciembre 2014, p. 2839.

<sup>370</sup> En este sentido en la doctrina española, entre otros: MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Disposición adicional 1a, 3 (art. 10 bis 1, apds. 1o, 4o)», Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 913-ss; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación...», *op cit*, pp. 67-105. Vid. también PAZOS CASTRO, R., en «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», en *Revista de Derecho civil*, v.4, N° 1, enero-marzo, 2017, pp. 163-181. Acerca de la abusividad por falta de transparencia: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», en *Diario La Ley*, N° 7204, 2009; SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «El control de transparencia sobre los elementos esenciales en los contratos de crédito al consumo», en *Revista de Derecho vLex*, N° 112, 2013; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 7, 2013,

En este sentido, cabe recordar que las cláusulas suelo serían válidas en principio en los términos señalados por el TS, sin que sea necesario que exista equilibrio económico o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes mínimo o máximo, pudiendo ser lícitas aún no fijándose un techo máximo que pudiera servir como factor de equilibrio respecto del mínimo o suelo estipulado. En aplicación de esta doctrina, la DGRN en Resolución de 13 de septiembre de 2013 (BOE de 14 de octubre de 2013), afirma que el registrador no puede reputar como abusiva una cláusula suelo por la existencia de un pretendido desequilibrio entre las partes, por la diferencia entre el interés inicial y el suelo y techo fijados (habiendo mucho más recorrido hasta el tipo máximo pactado), pero sí que debe calificar el cumplimiento y observancia de los requisitos de transparencia.

#### D) El control de transparencia material.

Como hemos señalado el concepto de transparencia material supone una novedad en nuestro ordenamiento introducido fundamentalmente por el TS en la STS de 9 de mayo de 2013 (STS 1916/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1916), reiterado después en numerosas sentencias<sup>371</sup>, y que reconoce la posibilidad de un control de abusividad de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato a través de la comprobación, no del equilibrio de las prestaciones, que debe entenderse excluido en estos casos, sino del doble control de transparencia, formal y real, en su incorporación<sup>372</sup>.

---

pp. 164-183, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357>. Fecha de consulta: 16/11/2017. GUTIÉRREZ MORENO, A., «El carácter abusivo de la cláusula suelo: cuestión de equilibrio, no de transparencia», en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-suelo-equilibrio/>. Fecha de consulta: 16/11/2017.

<sup>371</sup> Como por ejemplo en la reciente STS de 15 de noviembre de 2017 (STS 3893/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3893), relativa a las hipotecas multidivisas. En esta Sentencia, en su apartado 51 se afirma esta autoría del control de transparencia diciendo que « (...) las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos».

<sup>372</sup> Los puntos 196 y 197 de la citada Sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916) establecen que «196. De lo expuesto cabe concluir: a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone». Y la STS de 29 de abril de 2015 (ROJ: STS 2207/2015 ECLI:ES:TS:2015:2207) tajantemente rechaza esa posibilidad del carácter abusivo de las cláusulas suelo por existir desproporción respecto de la cláusula techo afirmando que: «no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o la proporción que deban guardar las cláusulas suelo y techo, y que fije unos criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio».



Este control de transparencia con independencia del control de incorporación previo de la condición general al contrato se debería proyectar en un doble filtro o control:

- Una transparencia formal, gramatical o semántica que atiende a la comprensión de los términos de la cláusula y su significado, que normalmente se entiende superado en la redacción normal de las cláusulas suelo.

- Un segundo control de transparencia real o sustantiva o material, que atiende a la posibilidad real de que el adherente conozca y entienda tanto la carga económica como jurídica de los elementos esenciales del contrato. Teniendo en cuenta además que el estándar que se acoge es del un «consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» (en terminología del TJUE).

Con relación a este doble control de transparencia, también hay que tener en cuenta la STS de 8 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3903/2014 ECLI:ES:TS:2014:3903), que en su Fundamento de Derecho quinto, define la contratación bajo condiciones generales como *«un modo de contratar claramente diferenciado del contrato negociado regulado por el Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico, que hace descansar su eficacia última no tanto en el consentimiento contractual del adherente como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada»*. A ello añade el Fundamento de Derecho sexto que *«en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TRLGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven*



del objeto y de la ejecución del contrato»<sup>373</sup>. Finalmente, el Fundamento de Derecho octavo de la Sentencia concluye que «*el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada*».

De acuerdo con lo expuesto sobre este control de transparencia nos encontramos con la superación de la doctrina que abogaba por la mera aplicación de la normativa de disciplina y ordenación de las entidades de crédito en el control de la transparencia formal en los préstamos y créditos<sup>374</sup>, y su afirmación de que como consecuencia de ello, al estar regulada en una disposición legal o administrativa de carácter general, se consideraba que las cláusulas suelo como parte esencial del contrato, no podían ser declaradas abusivas<sup>375</sup>.

Dicha concepción ha quedado sustituida por la afirmación de que no puede entenderse válidamente formado el consentimiento contractual en los contratos bajo condiciones generales si la incorporación de éstas no se ha producido en términos que permitan una situación de transparencia real y, por tanto, de comprensibilidad por el consumidor de la carga jurídica y económica que asume como consecuencia de la celebración del contrato, así como de la comparación entre el producto contratado y los demás ofertados en el mercado.

---

<sup>373</sup> También en este sentido la STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014) (STS 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903)

<sup>374</sup> No existían aún normas sobre transparencia material específicas, más allá de las recogidas en la OM de 5 de mayo de 1994, que son las que tuvo en cuenta el TS al enjuiciar el caso porque eran las aplicables en su momento. Como señala ESPEJO, «*no podemos prever si la normas de transparencia contenidas en la Orden EHA/2899/2011 podrá parecer suficiente a la jurisprudencia futura para superar este segundo control de transparencia de las cláusulas*»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contenido financiero del préstamo...», *op. cit.* pp. 610-611.

<sup>375</sup> Esta exclusión de control cuando se trate de estipulaciones impuestas por textos normativos, se había puesto de manifiesto en la STJUE de 21 de marzo de 2013 (C-92/11 ECLI:EU:C:2013:180), que señalaba que «*la exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 (cláusulas derivadas de disposiciones legales o administrativas) de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos*». Vid. también ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contenido financiero del préstamo...», *op. cit.* p. 609.

Si no existe, a pesar del cumplimiento de los requisitos de inclusión (art. 5 LCGC) y del cumplimiento de los requisitos de transparencia formal (hoy representados por la Orden EHA 2899/2011 y el art. 6 L. 1/2013) una situación de transparencia real, que permitiera al consumidor un conocimiento real y razonable de cómo actúa o puede operar la cláusula suelo con sus consecuencias económicas y jurídicas se considerará abusiva la cláusula suelo enjuiciada y aunque sea definitoria del contenido principal del contrato celebrado.

Y otra cuestión distinta es si es aplicable este control de transparencia material sólo a contratos con consumidores o también a la contratación con profesionales, autónomos, pymes y empresarios individuales, lo que ha dado lugar a posiciones diversas, en la doctrina<sup>376</sup> y la jurisprudencia<sup>377</sup>. El Tribunal Supremo ha sido claro a este respecto y se muestra firme en su decisión de sólo aplicarlo a contratación con consumidores como ha mantenido en la Sentencia de 3 de junio de 2016<sup>378</sup> (ROJ:STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401) (postura posteriormente reiterada en STS núm. 30/2017, de 18 de

---

<sup>376</sup> Sin entrar en esta cuestión nos limitamos a señalar que la clave de esta aplicabilidad o no del control de transparencia material a las cláusulas suelo con empresarios se hallaría en determinar si se trata realmente de un control de incorporación, en el ámbito de la LCGC, y por tanto aplicable a los empresarios, o en un control de contenido, en el que sólo sería aplicable a los consumidores que es la posición adoptada por el TS. Vid. SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 760, marzo-abril 2017, pp. 1011-1029; CÁMARA LAPUENTE, S. «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, p. 560; ORDUÑA MORENO, J., *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. En el mismo sentido SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 2015, pp. 690 y 705; y PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *Diario La Ley*, Nº 8112, Sección Doctrina, 25 de junio de 2013, p. 8. BALLUGERA afirma al respecto que «mientras que ORDUÑA incluye el control de transparencia dentro del control del contenido como un caso de abusividad, CÁMARA LAFUENTE, se inclina porque el efecto del incumplimiento de los deberes de información previa al contrato sea la no incorporación al mismo de la cláusula deficitaria de información, lo que parece confirmar la DGRN al decir en su resolución de 9 marzo 2016 que el control de transparencia registral «se incardina dentro del denominado control de incorporación de las condiciones generales a los contratos de adhesión de los arts. 5.1, 7 y 8 LCGC» BALLUGERA GÓMEZ, C., en «Control de transparencia registral», en *Diario La Ley*, Nº 8839, Sección Doctrina, 7 de Octubre de 2016.

<sup>377</sup> Destacan como sentencias a favor de la extensión de ese control de transparencia a la contratación con empresarios la SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014 (ROJ:SAP H 2/2014 – ECLI:ES:APH:2014:2), en la que directamente se le equipara al empresario con un consumidor, declarando abusiva la cláusula suelo recurrida. Sin embargo, en la SAP de Córdoba de 18 de junio de 2013 (ROJ:SAP CO 1159/2013 – ECLI:ES:APCO:2013:1159), se señala que el hecho de que el empresario no pueda ser considerado como consumidor para la aplicación del doble control de transparencia respecto de las cláusulas suelo, no implica que esas cláusulas no puedan declararse nulas en el caso que no cumplan las normas generales sobre consentimiento contractual.

<sup>378</sup> Con voto particular de Orduña Moreno en el que defiende la aplicabilidad a los empresarios del control de transparencia porque debía entenderse como parte del control de incorporación y no de contenido.

enero, núm. 41/2017, de 20 de enero, y núm. 57/2017, de 30 de enero). Sin embargo sí que se ha señalado la posibilidad de que resulten nulas las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios con empresarios cuando: o bien hayan actuado en los mismos al margen de su condición como empresarios, en cuyo caso estaría actuando como consumidor y se le podría aplicar ese doble control de transparencia, o bien aplicando respecto de las cláusulas suelo contratadas por empresarios la doctrina general de la buena fe y las normas del dolo incidental que incide en el consentimiento. Esto, a su vez, generaba que existiera una solución distinta (más favorable para los empresarios que para los consumidores en los momentos en que se aplicaba aún la doctrina de la limitación de los efectos retroactivos de la abusividad de las cláusulas suelo) ya que tratándose de consentimiento viciado, da lugar a la nulidad de todo el contrato y no sólo a la cláusula sobre la que se habría realizado el control de transparencia material<sup>379</sup>.

Hay que tener en cuenta que toda esta materia relativa al control de transparencia material se trata de una nueva materia (de origen como hemos dicho jurisprudencial) en desarrollo y evolución, también legislativa, como por ejemplo lo relativo a la declaración manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013 y la previsión de toda la regulación al respecto que se contempla en el AL de Contratos de Crédito Inmobiliario (art. 13).

#### E) La irretroactividad de los efectos de la nulidad.

Declaradas las cláusulas suelo como abusivas su consecuencia es la nulidad. Deberá analizarse entonces si el contrato puede subsistir sin las cláusulas suelo declaradas nulas teniendo en cuenta el principio de conservación del contrato. Tanto la Directiva 93/2013, en su art. 6 como el art. 9.2 LCGC, sólo establecen la nulidad total del contrato para el caso de que la nulidad de la cláusula condicionara todas las estipulaciones del contrato afectando a su razón de ser, o bien la nulidad o no incorporación afectase a uno de los elementos esenciales del mismo de acuerdo con el art. 1261 CC. Por su parte el art.

---

<sup>379</sup> Mientras que (según la primera interpretación del TS), si se acude a la nulidad por falta de transparencia material, daría lugar a la nulidad de la cláusula suelo y la restitución sólo desde el 9 de mayo de 2013. Sobre este tema cfr. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 760, 2017, pp. 1011-1029; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Opacidades y transparencias en el control (de transparencia e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, pp. 1357-1438.

83 TRLGDCU señala que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, pero que el contrato seguirá obligando a las partes siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

El TS respecto de esta cuestión declara con rotundidad el mantenimiento del contrato sin las cláusulas suelo, pues señala que si bien se trata de estipulaciones relativas al objeto principal del contrato (precio), no las considera como elemento esencial, de modo que el contrato puede seguir desplegando sus efectos entre las partes, con la inaplicación de la cláusula suelo declarada nula, que concretaba el importe del interés aplicable, pero sin constituir su causa. Procederá en adelante la entidad de crédito a determinar ese interés sin tener en cuenta la limitación propia de las cláusulas suelo.

Además, como regla general aplicable a todas las cláusulas declaradas abusivas, no es posible la integración judicial del contrato de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE<sup>380</sup>, ya que supondría un efecto desincentivador de la no inclusión de cláusulas abusivas y de su efecto penalizador<sup>381</sup>.

Considerándose abusivas las cláusulas suelo, pero sin afectar a la subsistencia del contrato, al ser abusivas, y por tanto nulas, procedería conforme al art. 1303 CC la restitución recíproca entre los contratantes de las cosas que hubieren sido objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses. En este caso la nulidad implicaría la devolución por parte del acreedor hipotecario predisponente de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de las cláusulas suelo más el interés legal correspondiente a dichas cantidades, desde el inicio del contrato. Esta consecuencia sería la aplicación natural del concepto mismo de la nulidad, que supone la no existencia ab initio de la cláusula nula y la necesaria restitución conforme al principio *quod nullum est, nullum effectum producit*.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916), tras declarar la abusividad de las cláusulas suelo por no haber superado o el control de transparencia material, introduce una irretroactividad de los efectos de su nulidad más allá de la fecha de publicación de la misma sentencia. Irretroactividad que además de ir en contra de la propia naturaleza de la nulidad<sup>382</sup>, generó

---

<sup>380</sup> STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10 ECLI:EU:C:2012:349).

<sup>381</sup> STJUE de 30 de mayo de 2013 (C-397/11 ECLI:EU:C:2013:340).

<sup>382</sup> No entramos a analizar la posible incongruencia de la Sentencia al pronunciarse sobre un aspecto que no había sido solicitado por las partes, como es la nulidad de las cláusulas, ya que al tratarse en origen de una acción de cesación, el objetivo de las mismas es obtener del juez la condena del demandado a cesar en

una dura controversia en la doctrina<sup>383</sup> y la jurisprudencia de modo que otros Tribunales y Juzgados vendrían a enmendarle el criterio, por vía de cuestión prejudicial.

Las razones que alega el Tribunal Supremo para esa irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo tienen mucho que ver con el momento en el que se dictó la Sentencia, en un contexto político-social agitado por una crisis económica muy grave, con los Bancos tradicionales con graves problemas de solvencia y morosidad por efectos de esa crisis y una amenaza de intervención europea en las cuentas y gestión política general como consecuencia del incumplimiento por nuestro país de los objetivos de déficit público. Por lo que sin duda se ponderó mucho el golpe que para el balance de los bancos tendría una sentencia que obligara a restituir todas las cantidades obtenidas como consecuencia de las cláusulas suelo declaradas nulas.

Cita el Alto Tribunal una serie de normas internas que podrían amparar esta irretroactividad como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común<sup>384</sup>, el art. 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad o el art. 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (relativos a la conservación de los efectos consumados). Desde el punto de vista de la jurisprudencia señala que la limitación de los efectos retroactivos se defiende por el TC en STC de 28 de marzo de 2011, como por el TS en STS de 13 de marzo de 2012 (ROJ: STS 2543/2012

---

su conducta y prohibir la reiteración de la misma conforme al art. 53 LGDCU. *Vid.* en este sentido PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», en *Diario La Ley*, Nº 8154, 2013. Aunque realmente, la cesación se declara en estos casos como consecuencia de haber declarados nulas por abusivas las cláusulas, por lo que si existe esa congruencia criticada. *Vid.* también considerando 59 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016:980). otra cuestión sobre la que tampoco entraremos es que realmente la petición de limitar la retroactividad la hizo el Ministerio Fiscal y no las partes.

<sup>383</sup> Por regla general todos los autores se han mostrado contrarios a esta solución dada por el TS. Como ejemplo Miquel González, afirmaba que «*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 económicas. Es una decisión sorprendente, pues a pesar de razonar que la nulidad se produce desde el momento de la celebración del contrato, invoca la seguridad jurídica de los Bancos para eximirlos de devolver lo que cobraron indebidamente*». MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, Nº 27, 2013-I, p. 249.

<sup>384</sup> Afirmando que su artículo 106 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*».

ECLI:ES:TS:2012:2543) (por exigencias del principio de seguridad jurídica) y a nivel internacional por la STJUE de 21 de marzo de 2013<sup>385</sup> (C-92/11 ECLI:EU:C:2013:180). Y en relación a los principios jurídicos afirma que la retroactividad sería contraria al principio de seguridad jurídica.

De acuerdo con estas normas y sentencias concluye el TS declarando la irretroactividad tanto, respecto de las situaciones ya definitivamente decididas por resoluciones judiciales firmes como de las cantidades ya efectivamente pagadas con base en las siguientes afirmaciones:

- «a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.*
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.*
- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España [...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable.*
- d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.*
- e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.*
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.*
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.*

---

<sup>385</sup> Señalando el párrafo 292 expresamente que: «Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013, 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, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59)».



h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

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».

Fundamenta asimismo la irretroactividad en el respeto al sistema económico y bancario preexistente, de manera que la irretroactividad comportaría un perjuicio económico para el Estado español, hasta el punto de hacer peligrar el orden público económico.

En consecuencia afirma que «procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

#### F) Reiteración de la misma doctrina.

A pesar de la dudas que generó esa primera sentencia sobre cláusulas suelo en cuanto a la retroactividad limitada de los efectos de la nulidad, la misma posición se adoptó posteriormente en la STS de 8 de septiembre de 2014 (STS 3903/2014 - ECLI: ES:TS:2014:3903)<sup>386</sup> en la que reitera la calificación de condiciones generales de las cláusulas suelo, que la falta de claridad suficiente de las cláusulas suelo impiden la comprensión real por el consumidor de los efectos de aquellas y configura como parte inherente del control de legalidad, para este ámbito, el control de transparencia.

---

<sup>386</sup> Con voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo que considera que en este caso no había falta de transparencia ni formal ni material.



En la STS de 24 de marzo de 2015 (STS 1279/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1279) se centra en la configuración y alcance del control de transparencia que considera preceptivo incluso respecto de las cláusulas relativas al objeto principal y que debe realizarse no sólo respecto del momento de la contratación sino también atendiendo a su evolución y que debe realizarse tanto respecto de las acciones colectivas como para las individuales<sup>387</sup>.

La STS de 25 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1280/2015 ECLI:ES:TS:2015:1280) es la que supone una confirmación más clara de la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916) en cuanto a la limitación de los efectos de la retroactividad de las cláusulas suelo nulas, afirmando la imposibilidad de retroacción total por las gravosas consecuencias económicas, que generaría además un «efecto llamada» multiplicando la interposición de demandas y poniendo en peligro el sistema económico, afirmando que *«respecto del trastorno grave del orden público económico (...) no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, (...) sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto»*. Reafirmando en el criterio de que la obligación de restitución se limita exclusivamente a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916).

En esta misma Sentencia, se señala que tras la publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916), es imposible alegar vulneración de las normas de buena fe exigidas al empresario, ya que la publicidad de dicha Sentencia debe haber puesto sobre aviso al consumidor de las causas y efectos de este tipo de cláusulas.

Con posterioridad otra STS, la de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 ECLI:ES:TS:2015:5618), se ocupó también de las cláusulas suelo manteniendo la misma doctrina aunque también se refería a otro tipo de cláusulas susceptibles de ser declaradas abusivas en el procedimiento hipotecario, como las de vencimiento anticipado y los intereses de demora. En concreto en cuanto a las cláusulas suelo reiteró la necesaria claridad de dichas cláusulas y concretó el grado de transparencia exigido a las mismas señalando que la claridad debe asegurar dos objetivos: que el cliente conozca o pueda conocer la

---

<sup>387</sup> La Sentencia de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916), se dictó como consecuencia de una acción colectiva de cesación. El TS ahora pretende ampliar de este modo el control de abusividad a aquellas acciones individuales que pudieran incoar de manera aislada los consumidores.

carga económica que el contrato supone para él y la prestación (si la hay) que recibirá de la otra parte<sup>388</sup> y, en segundo lugar que dicho grado de conocimiento le permitiera comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. Asimismo, previendo la incoación de demandas con idéntica finalidad, afirmó que la nulidad de las cláusulas declarada en la Sentencia de 2013 también se extendía subjetivamente a aquellas otras «cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos» de entidades distintas a las demandadas en aquel procedimiento.

G) Voto particular en la STS de 25 de marzo de 2015.

Sin embargo, no era unánime la posición de todos los magistrados en cuanto a esa irretroactividad de los efectos más allá del 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916), lo que se puso de manifiesto en la Sentencia de 25 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1280/2015 ECLI:ES:TS:2015:1280). En esta Sentencia, el Magistrado Javier Orduña Moreno formuló un voto particular al que se adhirió el Magistrado Xavier O'Callaghan Muñoz. En dicho voto particular:

i) Defiende la devolución de las cantidades pagadas por el consumidor, no sólo desde el 9 de mayo de 2013, sino desde la fecha misma de formalización del contrato y además critica el que la declaración de irretroactividad no constituía objeto del recurso sino que se había añadido de manera indirecta por el Ministerio Fiscal.

ii) Afirma que no existe identidad entre las acciones incoadas en los diferentes recursos. En el que dio como consecuencia la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916) tenía como origen una acción de cesación de la utilización de las cláusulas suelo, mientras que en la Sentencia de 25 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1280/2015 ECLI:ES:TS:2015:1280) se incoa una acción individual de impugnación de un determinado contrato. De acuerdo con ello en el voto particular se afirma que no pueden resolverse ambas cuestiones de igual forma aplicando los criterios decisorios de una sentencia a la otra de manera automática puesto que son de diferente naturaleza y finalidad. En una se pretendía que se cesara en la práctica de unas determinadas cláusulas y en la otra que se decretara la ineficacia de una concreta cláusula suelo de un contrato y que

---

<sup>388</sup> Esta exigencia se puede a su vez concretar en la existencia de tablas que reflejen los pagos y simulaciones que muestren como se comportaría el tipo de interés en caso de bajada o subida prevista del interés de referencia.

a esta última debería aplicársele las consecuencias previstas para esa ineficacia en el CC: su nulidad y la restitución con carácter *ex tunc*.

iii) Advierte que la declaración de irretroactividad actúa como un mecanismo de reintegración de la cláusula nula prohibido por la normativa y jurisprudencia comunitaria y contrario a la tutela judicial efectiva de los consumidores, que además elimina el efecto disuasorio pretendido con la sanción de la nulidad de las cláusulas<sup>389</sup>. Por último afirma que además se produce una errónea apreciación del ámbito temporal del control de transparencia que debe referirse al momento de formalización del contrato y no en el momento de impugnación del cláusula ni a la fecha de la sentencia que declare su nulidad y relacionado con ello que se produce una desnaturalización del principio de buena fe, por cuanto esta debe ser exigida durante toda la vida del contrato y que la publicación de la sentencia no puede eliminar la obligación del empresario de actuar con transparencia, para que el consumidor adquiera un conocimiento real de las consecuencias de la cláusula y aún menos debe perjudicar al consumidor impidiéndole impugnar una determinada cláusula por el supuesto mayor conocimiento de las cláusulas suelo como consecuencia de la publicación de la referida sentencia.

H) Corrección por TJUE. S. de 21 de diciembre de 2016.

La falta de adhesión de los órganos jurisdiccionales inferiores<sup>390</sup> a la interpretación y solución dada por la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 ECLI:ES:TS:2013:1916), fundamentalmente en cuanto a la irretroactividad de los efectos

---

<sup>389</sup> Afirma el voto particular, que se envía un mensaje que no es otro que «*el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna*».

<sup>390</sup> No había sido pacífica la aplicación de esta doctrina en las Audiencias Provinciales, incluso entre las distintas secciones de una misma AP. Existía por un lado un grupo de órganos judiciales que defendían la interpretación del TS y por tanto la aplicación retroactiva limitada tras la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, entre sus resoluciones podemos señalar la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 22 de diciembre de 2014 (ROJ:SAP IB 2267/2014 – ECLI:ES:APIB:2014:2267), la SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 12 de septiembre de 2014 (ROJ:SAP BA 834/2014 – ECLI:ES:APBA:2014:834), el AAP de Tarragona, Sección 3ª, de 13 de junio de 2014 o la SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 18 de junio de 2013 (ROJ:SAP CO 1159/2013 – ECLI:ES:APCO:2013:1159). Un segundo grupo de órganos judiciales optaron sin embargo por la retroactividad absoluta de los efectos de la nulidad, de modo que la restitución de las cantidades debidas no debía limitarse a las percibidas por las entidades de crédito después del 9 de mayo de 2013, sino a todas las obtenidas como consecuencia de la aplicación del mínimo resultante de las cláusulas suelo desde la fecha de la celebración del contrato. sin embargo tras la última STS de 25 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1280/2015 ECLI:ES:TS:2015:1280), referida al ejercicio de una acción individual y concretado el marco temporal de la irretroactividad cambiaron de criterio para sujetarse a la doctrina del TS como la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 8 de marzo de 2016 (ROJ:SAP B 1577/2016 – ECLI:ES:APB:2016:1577), la SAP de Barcelona, Sección 16ª, de 25 de febrero de 2016 (ROJ:SAP B 1217/2016 – ECLI:ES:APB:2016:1217) o la SAP de Jaén, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 2015 (ROJ:SAP J 857/2015 – ECLI:ES:APJ:2015:857).

de la nulidad, así como el elevado número de reclamaciones de consumidores solicitando la íntegra devolución de los intereses satisfechos en base a las cláusulas suelo llevo a la formulación de numerosas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, para clarificar si era acorde con el derecho comunitario esa limitación de efectos de la nulidad de las cláusulas suelo.

Fueron diversas las cuestiones prejudiciales<sup>391</sup> planteadas sobre la retroactividad limitada de las cláusulas suelo y los argumentos que para su justificación había planteado el TS, aunque vamos a referirnos aquí a aquellas que dieran lugar a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016:980).

En primer lugar la cuestión planteada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Granada, mediante Auto de 1 de abril de 2015, (Asunto C-154/15) en el que formulaba una única cuestión con el enunciado siguiente: *«la interpretación de “no vinculación” que realiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. ¿Es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula no obstante extiende sus efectos hasta que se declare la misma? Y por tanto que aunque se declare su nulidad se entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces.*

*El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula (de conformidad a los apartados primeros de los artículos 6 y 7) en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor –a que esté obligado el profesional- en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia?»*

El AAP de Alicante, Sección 8ª, de 10 de junio de 2015 (c-307/2015), que planteaba como cuestiones: *«1) ¿Es compatible con el principio de no vinculación [de las cláusulas abusivas] reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?*

---

<sup>391</sup> Como ejemplo los AAP Castellón, Sección 3ª, de 10 de julio de 2015 (C 349/15); AAP Zamora, Sección 1ª, de 13 de julio de 2015 (C-381/15) y AAP A Coruña, Sección 6ª, de 4 de enero de 2016 (ROJ:AAP C 1/2016 – ECLI:ES:APC:2016:1A).

- 2) *El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada [de la nulidad] de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?*
- 3) *En caso de respuesta afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?*
- 4) *En cualquier caso, ¿es conforme con la buena fe de los círculos interesados la actuación del profesional en la generación del contrato, que ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?*
- 5) *El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada [de la nulidad] de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?*
- 6) *En caso de respuesta afirmativa, ¿qué criterios deberían ser tomados en consideración?*
- 7) *El riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando sólo en consideración el que se pueda producir para el profesional, o también se deben tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?»*

La misma AP de Alicante, Sección 8ª en otro asunto (C- 308/15) como consecuencia de la STS de 25 de marzo de 2015 (ROJ:STS 1280/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1280), planteó por Auto de 14 de junio de 2015, además de las cuestiones prejudiciales que ya había planteado en el marco del asunto C-307/15, una octava cuestión prejudicial, formulada en los términos siguientes:

«8) *¿Es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos resarcitorios derivados de la nulidad de una cláusula “suelo” declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financieras, a las acciones individuales de nulidad de una cláusula “suelo” por abusiva instadas por los clientes-consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas?»*

Todas estas cuestiones se acumularon en un mismo procedimiento que culminó con la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016/980), en la que el TJUE, frente a las conclusiones del Abogado general Paolo Mengozzi que defendían la limitación de la retroactividad<sup>392</sup>, corrige de manera clara y firme al Tribunal Supremo negando la limitación de la retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva<sup>393</sup>, afirmando que:

*«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 se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».*

Se reconoce la posibilidad de los tribunales nacionales en cuanto a reconocer la no retroactividad respecto de asuntos ya decididos y juzgados por tratarse de una cuestión procesal, señalando que *«a este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C- 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a*

---

<sup>392</sup> El Abogado General Paolo Mengozzi emitió el 13 de julio de 2016, un informe en el que como conclusión no consideraba contraria al artículo 6 de la Directiva 93/13, la doctrina del TS de la limitación retroactiva de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo. Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., «Sentencia sobre las cláusulas suelo: puede permitir respirar a la banca», en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/sentencia-sobre-las-clausulas-suelo-puede-permitir-respirar-a-la-banca/>. Fecha de consulta: 15/11/2017.

<sup>393</sup> Vid. ADÁN DOMENECH, F., «Las cláusulas suelo: ¿discrepancia jurisprudencial entre el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la devolución íntegra de las cantidades pagadas por el consumidor?» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº. 758, noviembre-diciembre 2016, pp. 3532-3559; CAÑIZARES LASO, A. «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre 2016, pp. 103-123, en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/242>. Fecha de consulta: 15/11/2017.



*las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada».* Pero no tiene duda en considerar que esa irretroactividad no es posible respecto de los efectos de la nulidad en supuestos aún no juzgados.

El TJUE realiza una coherente determinación de las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula suelo. Si la cláusula se ha calificado como abusiva, es por tanto nula conforme al artículo 83 TRLGDCU «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*» y el artículo 8 de la LCGC «*Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor [...]*».

De acuerdo con ello, señala asimismo el TJUE que «*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes*».

#### I) Modificación de la doctrina del TS.

La STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016/980) ha obligado al TS a modificar su doctrina de limitación retroactiva de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo. Así lo ha hecho por la Sentencias de 24 de febrero de 2017 (STS 123/2017 - ECLI: ES:TS:2017:123), 8 de junio de 2017 (STS 2244/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2244) y por la de 20 de julio de 2017 (STS 3036/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3036), basándose en los pronunciamientos del TJUE y en concreto en el carácter obligatorio de las sentencias prejudiciales, la obligación de aplicar por Jueces y Tribunales el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4 bis LOPJ), y la vinculación erga omnes de las referidas sentencias del TJUE, que son obligatorias no sólo para el juez nacional



remitente, sino para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo al enjuiciado.

Asume así la aplicación de las consecuencias propias de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo, que son nulas y como consecuencia de ello no pueden producir ningún efecto frente al consumidor ordenando el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva. Implicando esta afirmación desde el punto de vista práctico la devolución por el acreedor hipotecario de todas las cantidades indebidamente obtenidas por aplicación de la cláusula suelo nula junto a sus intereses legales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 CC<sup>394</sup>.

Como consecuencia de la publicación de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016/980), y el posterior cambio de criterio del TS y con el propósito de facilitar la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades de crédito por aplicación de las cláusulas suelo se publicó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que ante el previsible incremento de demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, arbitra un cauce extrajudicial de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito<sup>395</sup>.

Se trata de un procedimiento extrajudicial, voluntario y gratuito para los consumidores, siendo obligatorio para las entidades de crédito a las que se le solicite. Para velar por el buen funcionamiento del mismo, se prevé en la Disposición final Tercera, una

---

<sup>394</sup> La obligación de restituir las prestaciones realizadas en virtud de una cláusula suelo, carece de previsión legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico y por ello el TS acude para completar esa laguna normativa a la regulación del artículo 1303 CC. Se hace así extensiva la regulación de los efectos previstos para la nulidad contractual a los supuestos de nulidad de una cláusula abusiva por falta de transparencia. Cfr. BELLO TORRES, L Y FARIÑA FARIÑA, R., «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos», ¿Derecho de contratos o cobro de lo indebido?, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 2 (abril-junio, 2017), ensayos, pp. 153-190 en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Fecha de consulta: 16/11/2017. En ese artículo defienden las autoras además, la conveniencia de afrontar las reclamaciones de las cantidades pagadas como consecuencia de cláusulas suelo nulas a través de la figura del cobro de lo indebido para aquellos supuestos de «*extralimitación o exceso en el cumplimiento de las obligaciones contraídas cuando la razón que obliga al accipiens a restituir no afecta a la vigencia del contrato*».

<sup>395</sup> Vid. ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo», en *Diario La Ley*, Nº 8907, Sección Doctrina, 24 de enero de 2017.

habilitación al Gobierno para desarrollar el RD Ley, en la que se prevé un órgano de seguimiento, control y evaluación de las reclamaciones efectuadas que deberá emitir un informe semestral sobre su actuación y contará con la participación de representantes de los consumidores y de la abogacía.

Este órgano de control se ha creado por Real Decreto 536/2017, de 26 de mayo, por el que se crea y regula la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, y por el que se modifica el artículo 6 del Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, que establece los objetivos, composición<sup>396</sup> y funciones, entre ellas estadísticas, de dicho órgano.

Habrá que esperar al primer informe que se emita desde esta comisión para valorar el impacto real de este procedimiento extrajudicial de reclamación sobre cláusulas suelo.

Las entidades de crédito, aventurando el desenlace de toda esta polémica de la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo habían iniciado por su parte una estrategia en la que mediante la novación del préstamo hipotecario en relación a las cláusulas suelo<sup>397</sup> se ofrecía a los consumidores el pago de las cantidades indebidamente satisfechas por los mismos, pero sólo desde el 9 de mayo de 2013. A la vez, estos pactos en no pocas ocasiones contenían como contrapartida, para no tener que acudir a los tribunales, la renuncia a reclamar cualquier otra cantidad derivada de las cláusulas suelo.

Sin embargo la vinculación por actos propios respecto de estas novaciones a los consumidores ha sido rechazada de manera tajante por el TS (en relación a la novación de un swap) en la Sentencia de 12 de febrero de 2016 (STS 405/2016 - ECLI: ES:TS:2016:405), afirmando que *«en primer término, no se trata de una renuncia en sentido propio. La demandante se limita a firmar unos documentos preredactados por la entidad bancaria a tal efecto y llevada por la confianza en su gestor y en la creencia de solucionar el problema surgido. Documentos que fueron preredactados por la propia*

---

<sup>396</sup> Esta Comisión estará presidida por el subgobernador del Banco de España y tendrá como miembros el secretario técnico del Ministerio de Economía, representantes del Ministerio de Justicia, Sanidad, Consejo de Consumidores, Consejo General de la Abogacía, Consejo General del Poder Judicial y Asociación Hipotecaria Española.

<sup>397</sup> Sobre este punto *vid.* ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Ed. Bosch, 2017, p. 127 y BALLUGERA GÓMEZ, C., «La renegociación del contrato cuando hay cláusulas suelo abusivas», en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-renegociacion-del-contrato-cuando-hay-clausulas-suelo-abusivas/>. Fecha de consulta: 17/11/2017.

*entidad bancaria a efectos de solucionar ante el Banco de España un expediente abierto ante las reclamaciones realizadas por la cliente acerca de la naturaleza y alcance del producto adquirido.*

*En segundo término, la renuncia tampoco es clara, contundente e inequívoca al respecto, tal y como exige la doctrina jurisprudencial de esta Sala. En efecto, de la mera lectura del documento de renuncia se desprende que la complejidad del producto ofertado, la determinación del riesgo derivado para el adquirente o el coste de la cancelación anticipada del producto resultan inconcretos o no aclarados. Por lo que difícilmente puede concluirse que un cliente, con el perfil de la demandante, haya realizado con la suscripción de dicho documento una auténtica renuncia de derechos al comprender, con exactitud, el alcance de la contratación realizada».*

Por lo demás el TS parece abrir una puerta para que pueda probarse que sí hubo transparencia material en la contratación de las cláusulas suelo, ya que en la Sentencia de 9 de marzo de 2017 (ROJ: STS 788/2017 ECLI:ES:TS:2017:788), desestima el recurso de casación interpuesto por dos consumidores en la que solicitaban la anulación de una cláusula suelo de un préstamo hipotecario considerando probado ante la AP de Teruel que la cláusula había sido negociada individualmente por los demandantes, pues habían obtenido un suelo inferior al normalmente establecido por esa entidad, no estaba enmascarada entre otros datos y además había sido advertida por el notario en el momento del otorgamiento.

#### J) Conclusiones. Repercusión en la calificación registral.

De todo lo expuesto podemos señalar las siguientes conclusiones en relación con las cláusulas suelo:

i) Que las cláusulas suelo son válidas y frecuentes en la contratación de préstamos hipotecarios como un instrumento de cobertura del riesgo por el tipo de interés, permitiendo que las entidades financieras puedan resarcirse de los costes de las financiaciones hipotecarias.

ii) Que son estipulaciones que se refieren al objeto principal del contrato, sin resultar elementos esenciales del contrato. Que por esa caracterización no se le aplica el control de abusividad conforme al artículo 4.2<sup>398</sup> de la Directiva 93/13.

---

<sup>398</sup> Que establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los

iii) Que a pesar de no estar sujetas las cláusulas suelo a la apreciación del carácter abusivo por referirse al objeto principal del contrato y en concreto al precio, sí que pueden resultar abusivas y por tanto nulas en cuanto no superen el control de transparencia, no sólo formal, sino también el material, entendido este como la comprensibilidad por el consumidor de la carga jurídica y económica que asume como consecuencia de la celebración del contrato, así como de la comparación entre el producto contratado y los demás ofertados en el mercado por aplicación de los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva 93/13.

iv) Que la declaración de abusividad de estas cláusulas suelo conlleva, de acuerdo con la doctrina del TJUE, a la aplicación de todas las consecuencias derivadas de su nulidad, sin limitación temporal alguna, al restablecimiento de la situación jurídica y fáctica que debería regir si dichas cláusulas no hubiesen existido, con restitución de prestaciones indebidas efectuada por el consumidor durante todo el tiempo de duración del contrato desde la formalización del mismo.

v) En cuanto a la actuación de los registradores de la propiedad con relación a la declaración de abusividad de las cláusulas suelo, su actividad, en la calificación del préstamo hipotecario debe centrarse en comprobar que se han realizado los controles de transparencia<sup>399</sup> exigidos por la normativa aplicable, que recaen en la actualidad principalmente en la actividad del notario (art. 12 y 18 LH, Orden OHE 2899/2011 y art. 6 Ley 1/2013).

---

*servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».*

<sup>399</sup> Coincide también BALLUGERA en esta apertura de la calificación registral de los requisitos de transparencia material en las hipotecas, requisitos que son exigibles, tanto de los predisponentes como de los notarios, en BALLUGERA GÓMEZ, C., «Control de transparencia registral en la hipoteca», en *Diario La Ley*, Nº 8839, sección Doctrina de 7 de octubre de 2015. La importancia de la tutela preventiva en el control de transparencia resultante de la actuación de notarios y registradores ha sido puesta de manifiesto también por ORDUÑA MORENO quien, al referirse a la tutela preventiva y la calificación registral señala que «*En este sentido, ya se ha destacado el papel crucial que deben desempeñar en esta materia Registradores y Notarios a través de sus funciones de calificación y control de legalidad de los actos y negocios jurídicos. En relación a la importante función de tutela preventiva que también desempeña la calificación registral, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010 y 16 de octubre de 2011 pero, sobre todo, la STS de 13 de septiembre de 2013 (número 538/2011), ya se ha resaltado su competencia para aplicar el control de transparencia dentro de la legalidad vigente (artículos 12 y 18 de la Ley Hipotecaria), en el amplio marco dispuesto por la norma: artículos 85 a 90 TRLGDCU, artículo 114 LH y 552 y 695 LEC, entre otros preceptos*». ORDUÑA MORENO, F. J., en *Control de transparencia...*, *op. cit.*, pp. 99-100; Sobre control registral de los requisitos de transparencia *vid.* también GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El control registral de transparencia y el préstamo responsable», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 755, mayo-junio 2016, pp. 1591-1608.

Con relación a esta calificación registral del cumplimiento del control de transparencia real, nos encontramos con una doctrina reiterada de la DGRN que se ha venido refiriendo a ello en diversas resoluciones. En ellas resuelve recursos presentados frente a diferentes calificaciones de registradores que exigían la expresión manuscrita establecida por el artículo 6 de la Ley 1/2013 también en aquellos supuestos en los que se incorporaban las llamadas cláusulas cero, en las que se establecía como límite que el tipo de intereses ordinarios no puede ser inferior a cero, teniendo en cuenta las bajadas a valores negativos del Euribor, de forma que no podrían devengarse intereses negativos o a favor del deudor hipotecario. En estas resoluciones de 8 de octubre de 2015 (BOE de 29 de octubre de 2015) , 27 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre de 2015), 10 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre de 2015), de 15 de julio de 2016 (BOE de 15 de agosto de 2016), de 10 de noviembre de 2016 (BOE de 2 de diciembre de 2016) y de 19 de mayo de 2017<sup>400</sup> (BOE de 9 de junio de 2017), la DGRN recoge la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y afirma que:

*«La interpretación de este artículo (art. 6 L 1/2013) se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que se ha expuesto, contexto que condiciona la validez de las cláusulas hipotecarias al cumplimiento de los requisitos legales tendentes a asegurar una comprensibilidad real de las mismas por parte del prestatario. Es decir, frente a la opinión de quienes defienden una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (vid. Resolución de 29 de septiembre de 2014). A este respecto, el Tribunal Supremo no ha considerado que el cumplimiento del proceso de contratación de los préstamos hipotecarios con consumidores recogido en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, sea suficiente para cubrir las exigencias del control de transparencia, y asegurar un conocimiento real, completo y efectivo por parte del adherente, al tiempo de la celebración del contrato, acerca de las consecuencias económicas y jurídicas de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, tanto de las que deriven*

---

<sup>400</sup> En esta Resolución, por ejemplo, afirma la DGRN que el texto manuscrito exigido por el art. 6 de la Ley 1/2013, ha de incorporarse a la copia de la escritura que se presente en el Registro, con el fin de que el registrador pueda calificar el adecuado cumplimiento de ese requisito, sin que sea suficiente con que el notario manifieste que se ha cumplido y que el manuscrito obra en la matriz de su protocolo.

de la propia tipicidad del contrato como de las que resulten de las cláusulas predispuestas. Por ello, para asegurar la existencia de dicha transparencia, el referido artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha regulado, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, un requisito especial: la expresión manuscrita del prestatario acerca de su real comprensión del riesgo que asume, para que se pueda entender cumplida la necesaria transparencia respecto de las cláusulas de mayor trascendencia y dificultad cognoscitiva contenidas en este tipo de contratos, como son las que limitan la variabilidad del tipo de interés a la baja, las que lo sujetan a un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o las denominadas cláusulas multidivisa. Este requisito, como ponen de manifiesto las Resoluciones de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio y 2 de diciembre de 2016, es de carácter imperativo dada la literalidad del citado artículo 6 que utiliza la expresión «se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita (...)», por lo que la alegación de que al no fijar dicha norma de manera expresa los efectos de su incumplimiento, la falta de la expresión manuscrita no debe impedir la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, no puede admitirse. Respecto de la no inscripción de la propia cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés, porque su nulidad derivaría de la declaración general que en tal sentido realiza el artículo 8.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación en relación con las cláusulas predispuestas que contradigan una norma imperativa y el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con las cláusulas abusivas, dado que la falta de la expresión manuscrita provoca la ausencia de transparencia de la estipulación y, en consecuencia, su abusividad en los términos señalados por el Tribunal Supremo. Y respecto de la no inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en su conjunto, porque estas cláusulas de tipo suelo y similares configuran un objeto principal de los préstamos onerosos, como es el interés o precio, y, en consecuencia, la obligación de pago de intereses remuneratorios garantizada por la hipoteca, por lo que para la inscripción parcial de la escritura sin tales cláusulas, se precisa la solicitud expresa de los interesados (vid. artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 18 de febrero de 2014, entre otras). Por otra parte, el ámbito de aplicación del citado artículo 6 y sus concordantes no se limita a las cláusulas suelo estrictamente consideradas sino que se extiende a todas aquellas cláusulas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses, entre las cuales se encuadra la que es objeto de este



*expediente, cláusula que excluye el devengo de intereses cuando los mismos puedan ser negativos al señalar que «en ningún caso devengará intereses favorables a la parte prestatario». Así, el repetido artículo 6 de la Ley 1/2013 dispone, como ámbito de su aplicación, las escrituras públicas en que se estipulen «limitaciones a la variabilidad del tipo de interés», es decir, todas ellas, añadiendo a título de ejemplo «del tipo de las cláusulas suelo y techo»; y el artículo 25 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, en los mismos términos, impone la exigencia de una información adicional por parte del prestamista en el caso de préstamos en que se hubieran establecido «límites a la variación del tipo de interés», añadiendo «como cláusulas suelo o techo», pero no sólo en estos casos estrictamente considerados. Por último, en el mismo sentido, el artículo 30, número 3, letra b), circunstancia 3.ª, de la Orden EHA 2899/2011, regula la información expresa y especial que debe dar el notario autorizante en las escrituras de préstamo hipotecario en que «se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo.» Esta interpretación se ha visto reforzada por el artículo 2 del reciente Real Decreto-ley 1/2017 de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que al definir el ámbito de aplicación del mismo lo extiende a cualquier cláusula que limite la variabilidad del tipo de interés, al disponer que: «1. Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo cuyo prestatario sea un consumidor. (...) 3. Se entenderá por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato».*

Como consecuencia de la confirmación de esas calificaciones recurridas, la DGRN ha resuelto que lo procedente es la suspensión de la hipoteca en su totalidad. Sin embargo autores como BALLUGERA van más allá y entienden que habría que distinguir entre los requisitos de transparencia exigidos al predisponente y los exigidos al notario. Respecto de los primeros afirma que debería denegarse la inscripción de las concretas cláusulas sin que afectase a la inscripción de las restantes cláusulas de la hipoteca, y que respecto de la actuación del notario el incumplimiento de los requisitos de transparencia no tiene efectos respecto de la incorporación de las condiciones generales al contrato,



pero que como la actuación del notario ha de tenerse en cuenta para valorar el carácter abusivo de las cláusulas sí que debería hacerse constar en la nota de calificación<sup>401</sup>.

Se han planteado también en la calificación de los registradores de los préstamos hipotecarios otras cuestiones con relación al control de transparencia material que posteriormente han sido resueltas por la DGRN y por la DGDEJ de Cataluña (en relación con el Código de Consumo de Cataluña). Así:

En la Resolución de 29 de septiembre de 2014 (BOE de 27 de octubre de 2014) se exigió por el registrador la declaración manuscrita en los casos previstos por el art. 6 L 1/2013, también para el hipotecante no deudor y no sólo al deudor persona física, confirmando la DGRN la calificación en base a una interpretación extensiva o proconsumidor de la citada norma.

En la Resolución de 22 de enero de 2015 (BOE de 24 de febrero de 2015) consideró que la declaración manuscrita sólo puede ser extendida por el apoderado con facultades para pedir dinero a préstamo con garantía hipotecaria cuando se le hubiese facultado expresamente en el poder para extender dicha declaración.

En la Resolución de 12 de marzo de 2015 (BOE de 9 de abril de 2015), la DGRN confirma la afirmación del registrador de que es ineludible la firma de la declaración manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013, respecto de las cláusulas suelo sin que pueda el deudor renunciar a ello.

Otra cuestión relacionada con la renuncia de derechos es la que se plantea con la posibilidad o no de renuncia expresa del prestatario consumidor a recibir la información precontractual, posibilidad que se plantea sobre todo en Cataluña, ya que el artículo 112-3 del Código de Consumo de Cataluña establece el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos a los consumidores. Por tanto se ha cuestionado si esa renuncia puede suplir la falta de cumplimiento de los deberes de información precontractual exigidos para el control de transparencia formal y material. Al respecto, la Resolución de la DGDEJ de

---

<sup>401</sup> Cfr. BALLUGERA GÓMEZ, C., «*El control de transparencia registral*», op. cit. pág. 16. Entiendo sin embargo que esta distinción que pretende hacer Ballugera va más allá de lo que el registrador puede tener en cuenta para calificar una hipoteca y sus cláusulas pues no debemos olvidar lo limitado de los medios que tiene el registrador para llevarla a cabo. Además como reconoce el propio autor, sería necesario para calificar todos los requisitos de transparencia que ha de cumplir el adherente la aportación de mucha más documentación que ni siquiera al notario le es facilitada en el momento de la firma. En cierto modo, la calificación de la transparencia en los términos que se han señalado respecto de los requisitos a cumplir por el notario, no es sino un indicio de que realmente no se han cumplido los exigidos al adherente, por ejemplo el que el notario no exija la declaración manuscrita o haga constar la renuncia a la FIPER, etc...

Cataluña, de 12 de julio de 2017, entiende que es irrenunciable el plazo de al menos catorce días de antelación de entrega de información precontractual al prestatario exigido por el artículo 262 del Código de Consumo, por establecerlo así el artículo 112-3 del mismo texto legal, sin embargo, sí sería susceptible de exclusión voluntaria, de conformidad con el artículo 111-6 del Código Civil de Cataluña, siempre que tal exclusión resulte realizada de forma clara y sin influencia de la parte prestamista<sup>402</sup>.

A pesar de todo lo expuesto lo que resulta claro es la dificultad que tiene el registrador para calificar a través de los requisitos de transparencia real, aquello que realmente afecta a la validez o no de una determinada cláusula suelo, esto es, el grado de comprensibilidad real que tiene el consumidor de la cláusula en cuestión en el momento de la formalización del contrato y en la fase previa al mismo. Por ello entendemos que la calificación debe limitarse a comprobar el cumplimiento de los requisitos, de manera mediata, a través de las manifestaciones hechas por el notario en la escritura de que se han cumplido los requisitos exigidos por la normativa y de que se le ha suministrado al consumidor la información necesaria para ello: el suministro de la información precontractual (arts. 21 a 25 Orden OHE 2899/2011 y -en Cataluña- arts. 261 y 262 CConC), la puesta a disposición del prestatario del borrador de escritura con la antelación exigida por la referida Orden (art. 30. 2) o en Cataluña por el CConC (art. 123.10), la realización de las advertencias pertinentes, la afirmación que realice el notario sobre la efectiva comprensión del contenido por el consumidor y en los casos en que corresponda la extensión de la expresión manuscrita.

Como ya hemos visto ese control de transparencia real, que por su presencia en el momento de formalización del contrato y su relación directa con las partes corresponde al notario, se ve fortalecida por el legislador en el Anteproyecto de Ley de los Contratos de Crédito Inmobiliario (art. 13). La calificación del registrador de la concurrencia de los requisitos necesarios para entender salvada la transparencia real en cuanto verdadera comprensión de lo que se está firmando vendrá determinada en principio por el juicio sobre el estricto cumplimiento de los requisitos legales impuestos a estos fedatarios. Sin

---

<sup>402</sup> Se establece por tanto en esta Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas una distinción entre no aplicación de la norma protectora del consumidor por renuncia o por exclusión voluntaria cuya complejidad, sin duda, la haría merecedora de un estudio más detenido y sistemático.

embargo sería aconsejable que esa responsabilidad trasladada a los notarios, se viera compensada en este punto también por un refuerzo de la calificación registral, que pudiera desde su posición de independencia funcional y jurídica<sup>403</sup>, basada en la competencia territorial exclusiva, verificar el cumplimiento efectivo de esos controles notariales en beneficio y defensa del consumidor.

### 3.3. Abusividad de los intereses de demora.

#### A) Concepto y regulación.

El interés de demora o moratorio no es un concepto exclusivo de los préstamos hipotecarios, sino que es aplicable a todos aquellos contratos en que exista un incumplimiento o un cumplimiento tardío de la obligación de una de las partes. Puede referirse al incumplimiento de cualquier tipo de obligación (de dar, hacer o no hacer). En las obligaciones pecuniarias específicamente se refiere a aquellos supuestos en que, habiéndose de entregar una suma de dinero por una de las partes, se retrasa o incumple el pago. El interés se calcula sobre la cantidad debida aplicando un determinado porcentaje (que se puede fijar por las partes o venir impuesta por la ley) que se multiplicará por el periodo de tiempo (normalmente días) en que se retrase el efectivo pago.

La obligación de pagar intereses de demora es por tanto una prestación accesoria que tiene como objetivo indemnizar los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de la obligación de pago o el cumplimiento tardío de la misma. Desde el punto de vista del deudor supone una sanción en el que el supuesto de hecho determinante de su aplicación puede o no producirse.

Su regulación legal la encontramos en distintos preceptos que se refieren al interés de demora; en el ámbito civil el art. 1108 CC que señala que «*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización*

---

<sup>403</sup> Frente a la libre elección del notario por parte de las entidades de crédito, el registrador mantiene la independencia basada en la competencia territorial sin que pueda ser objeto de presiones o amenazas encaminadas a cambiar de criterio. En este sentido, GARCÍA GARCÍA afirma que «*no cabe la libre elección respecto de la función de calificación registral porque se trata de una función de control de legalidad a efectos de atribución y definición de derechos respecto de terceros a través de los asientos registrales, en que no es posible elegir al funcionario que se considere más propicio para que emita un control favorable de legalidad, con los consiguientes efectos para terceros*». GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo III, Calificación, Tracto, Especialidad y Otros Principios*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, pp. 439-440.

de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal». En el CCom es el art. 316 el que se refiere a este tipo de intereses, afirmando que «Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal». Igualmente existen otras regulaciones como la de la mora procesal del art. 576 LEC o en el ámbito tributario el art. 26 LGT<sup>404</sup>.

En relación a los préstamos hipotecarios, la práctica bancaria además de los intereses remuneratorios u ordinarios, que constituyen el precio por el dinero prestado, incluye en todos sus modelos una cláusula específica de intereses de demora en la que se pacta la aplicación de un tipo de interés (frecuentemente muy alto) que se devengaría desde el momento en el que el deudor hipotecario retrasase el pago de sus cuotas. Esta cláusula de intereses de demora se introduce en aplicación del art. 1108 del CC que permite esa fijación por convenio de las partes y del art. 1255 del mismo cuerpo legal relativo al principio de autonomía de la voluntad<sup>405</sup>. A la vez en la cláusula de constitución de hipoteca se establece una responsabilidad concreta de la finca para responder del pago de esos intereses de demora, de acuerdo con su carácter accesorio y con el principio de especialidad, si bien con la correspondiente limitación temporal que para ello establece el artículo 114.1 y 2 LH<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> El art. 26 de la LGT, afirma que «El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria».

El art. 576 LEC por su parte nos dice que «Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley».

<sup>405</sup> Esta libertad de fijación de los intereses de demora en base a estos preceptos es reconocida por el TS en Sentencia de 22 de febrero de 2013 (STS 867/2013 - ECLI: ES:TS:2013:867), al señalar que «La prestación de intereses es la obligación accesoria que acompaña a la obligación pecuniaria principal y que viene determinada en relación al tiempo de cumplimiento y a la cuantía de ésta. Aparte de los intereses legales (así, artículo 1108 del Código civil), los convencionales se establecen por los sujetos de la obligación principal, como remuneratorios previstos para el cumplimiento normal o a término y como moratorios, para la demora en el cumplimiento de la obligación principal. Unos y otros tienen la cuantía libremente pactada por las partes ( artículo 1108, "intereses convenidos" y 1255 del Código Civil).

<sup>406</sup> «Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

Siendo una cláusula totalmente válida y común en la práctica, pudiera sorprender su calificación como abusiva<sup>407</sup>. La consideración como abusivos de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, viene determinada por la propia esencia del interés de demora, que es como hemos señalado su carácter indemnizatorio. Como indemnización de un daño efectivamente causado los intereses de demora serán abusivos si no existe proporción entre el daño que efectivamente se causa y la indemnización que se hubiere fijado. Así se prevé expresamente por la legislación de defensa de consumidores: los intereses de demora, serán abusivos cuando resulten desproporcionados aplicando la regla del artículo 87.6 *in fine* TRLGDCU, que dice que serán abusivas las cláusulas que contengan «*la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*».

Esto es lo que efectivamente ha ocurrido en la práctica. Los intereses de demora que se fijaban en los préstamos hipotecarios eran en la mayoría de las ocasiones excesivos si se tiene en cuenta que su finalidad era la de indemnizar al acreedor por el daño causado por el retraso en el pago. De este modo, la fijación de intereses de entre el 18% y el 30%, que era muy común en los préstamos hipotecarios de las distintas entidades de crédito, era a todas luces desproporcionada. Sin embargo la inclusión de estos intereses en el contrato tenía visos de legalidad puesto que respetaban al menos en apariencia el artículo 1108 CC, resultando intereses de demora pactados por las partes. Sin embargo no podemos olvidar que ese «pacto», no era tal, ni se efectuaba como consecuencia del juego normal del art. 1255 CC, sino que se imponía por la entidad de crédito en el contrato, limitándose el deudor a adherirse al mismo, dentro del juego propio de la contratación mediante condiciones generales.

Al igual que hemos visto en otras cláusulas abusivas, la desproporción de los intereses de demora no se puso de manifiesto hasta que la crisis económica provocó el impago de muchos préstamos hipotecarios, cuyos deudores vieron incrementada exponencialmente su deuda al calcularse esos intereses de demora «pactados», con la consecuencia de resultar imposible el pago de la deuda hipotecaria, aún más al sumársele el montante de los intereses de demora.

---

<sup>407</sup> No cabe confundir los intereses de demora abusivos, que se refiere al desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones y sin que requiera otra valoración sobre ilicitud o inmoralidad de la regulación, con los intereses usurarios que pueden resultar de la aplicación de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, y que entra de lleno en los límites propios de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, como intereses inmorales o leoninos. Sobre esta distinción, *vid.* STS de 2 de diciembre de 2014 (STS 5771/2014 - ECLI: ES:TS: 2014:5771).

Un problema añadido supone el de la base sobre la que se aplica el tipo de los intereses de demora. Al configurarse como causa de vencimiento anticipado el impago de una sola de las cuotas del préstamo y exigirse entonces la totalidad de lo adeudado, el tipo de interés de demora se aplicaba sobre la totalidad de la deuda y no sólo sobre la cuota impagada, con lo que si se tiene en cuenta esos altos porcentajes del 18 o 20 % (en ocasiones hasta el 30%), se incrementaba la cantidad debida en dicha proporción, haciendo mucho más difícil otra solución que no fuera la ejecución de la carga hipotecaria con la consecuencia frecuente de que, a pesar de dicha ejecución y la pérdida del inmueble hipotecado, aún quedaría un remanente de deuda a pagar a la entidad de crédito<sup>408</sup>.

A su vez, también como en otras muchas de las cláusulas estudiadas, la STJUE de 14 de marzo de 2013 supuso un antes y un después en la consideración y aplicación de los intereses de demora abusivos en los préstamos hipotecarios como ahora veremos.

B) El cambio por la STJUE de 14 de marzo de 2013. El art. 114.3 LH.

Unas de las cuestiones que el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona planteó en su cuestión prejudicial por Auto de 19 de julio de 2011, y que luego daría lugar a la conocida Sentencia del caso Aziz, era relativa a los intereses de demora. Se solicitaba que el TJUE diese contenido al concepto de desproporción en relación a *«la fijación de unos intereses de demora –en este caso superiores al 18 %- que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado»*.

Planteaba la pregunta de si podían considerarse desproporcionados esos intereses de demora, que en el caso concreto eran de 18,75%, comparándolos con las limitaciones legales existentes para otros contratos con consumidores -como el de crédito al consumo- y cuál debía ser la base sobre la que aplicarse esos intereses; sólo las cuotas vencidas, o la totalidad de las mismas por haber vencido anticipado anticipadamente el préstamo como consecuencia del impago de una o varias cuotas.

---

<sup>408</sup> Como ejemplo tomado de la práctica profesional: en un procedimiento del Juzgado de 1ª Instancia 2 de Olot, en ejecución hipotecaria 387/2013, instada por el BBVA, en las cantidades reclamadas se exigían 320.686,41 euros en concepto de principal, 4.618,49 euros en concepto de intereses ordinarios y 267.457,31 euros de intereses de demora; más de un 50% de la cantidad reclamada por principal y más de un 5.000 % de lo reclamado por intereses ordinarios.

El TJUE, con relación a la desproporción o no del interés de demora fijado ofrece unos criterios para valorar si ese interés es o no abusivo concretándolos en dos comprobaciones que ha de realizar el juez nacional:

i) las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores, y

ii) el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

No dio el TJUE un parámetro concreto, pero sí una serie de criterios que debían utilizarse para comprobar en cada caso si el porcentaje aplicado podría considerarse abusivo teniendo en cuenta la propia finalidad indemnizatoria de los intereses de demora.

Ante este pronunciamiento, el legislador español en la Ley 1/2013, incluyó una limitación a los intereses de demora en determinados préstamos hipotecarios añadiendo un nuevo apartado 3 en el art. 114 LH, por el cual: *«Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».*

Esta limitación no se refería a todos los préstamos hipotecarios con consumidores sino, en una mezcla o confusión de conceptos<sup>409</sup>, la prevé únicamente para préstamos o créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual, cuando la hipoteca recaiga sobre la misma vivienda. Quedaban fuera de esta limitación muchas otras hipotecas de consumidores cuyos intereses de demora podían resultar abusivos por aplicación de las reglas fijadas por el TJUE y respecto de los cuales se pretendía seguir imponiendo unos tipos de interés de demora realmente desproporcionados.

Además, tampoco se refería expresamente dicho artículo al concepto de consumidor, ni aclaraba ese concepto de adquisición de vivienda, que parece referido únicamente a la primera hipoteca, esto es al supuesto típico de compraventa de vivienda habitual e

---

<sup>409</sup> Confunde la hipoteca sobre vivienda, y más aún la hipoteca para adquisición de vivienda con los préstamos hipotecarios en que intervienen consumidores, que es un concepto muchísimo más amplio y al que se refería el TJUE.



hipoteca inmediatamente posterior sobre la misma con objeto de pagar ese precio de compra.

En todo caso, supuso una mínima concesión sobre la materia y con un límite que tampoco queda del todo claro, tres veces el interés legal del dinero. Pero ¿cuándo?, ¿en el momento de constitución de la hipoteca, o en el momento en que se devenguen esos intereses, con lo cuál no podremos saberlo hasta entonces? Este precepto dejó muchas cuestiones abiertas y es poco ambicioso en su formulación, pues parece que se pretendía hacer sólo una pequeña concesión en este punto sin que las entidades de crédito quisiesen renunciar a la imposición de unos elevados intereses de demora y -cuestión fundamental que tampoco se abordó- a aplicarlos sobre la totalidad impagada del préstamo por el juego del vencimiento anticipado.

### C) Sentencias del TS sobre intereses de demora.

La clave en toda esta materia se encontraba en determinar cuándo la indemnización por un incumplimiento es como exige el art. 87.6 TRLDCU «*desproporcionadamente alta*», como para reputarse abusiva. Y para apreciar esa desproporción, debería acudirse como había señalado el TJUE, tanto a las normas nacionales aplicables en defecto de pacto o a otras que se refieran a dichos intereses, como a la relación existente con el interés legal del dinero como parámetro de referencia. Como hemos visto, el art. 114.3 LH no tiene en cuenta estos criterios sino que, para unos casos muy concretos, establece un límite máximo de interés de demora. Sin embargo el TS en esta materia sí que ha adoptado en nuestra opinión un criterio claro que ha venido reiterando en distintas Sentencias y donde se ha apartado de la línea fijada por el legislador.

La primera de ellas<sup>410</sup> fue la Sentencia de 22 de abril de 2015 (ROJ:STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723), que se refería a un supuesto de préstamo personal en el que se habían pactado unos intereses de demora de un 21,5%. En la Sentencia, se hace un análisis de aquellas normas legales que en nuestro ordenamiento

---

<sup>410</sup> La primera de la nueva etapa y tras la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11 - ECLI:EU:C:2013:164), puesto que ya una STS de 29 de septiembre de 2010, declaró como abusivo un interés de demora del 32%, sin embargo, dicha sentencia abordó el problema con excesiva tibieza. Aceptó la declaración de abusiva de la cláusula que fija el interés de demora hecha por el Juzgado de 1ª Instancia a la que se aquietó el acreedor (BBVA), pero limita esa declaración sobre el carácter abusivo a 2,5 veces el interés legal del dinero. Reducción que supone una labor de integración no permitida hoy conforme a la jurisprudencia comunitaria.

fijan unos intereses de demora para el caso de incumplimiento y los compara con los que se habían pactado en el préstamo del caso enjuiciado puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, para considerar desproporcionadamente alto el que se haya impuesto en el contrato de adhesión, habría que atender al interés que el consumidor, si se tratase de una negociación individual, hubiese pactado por considerarlo razonable y proporcionado.

El Tribunal Supremo examina que es lo que se considera normal en nuestro ordenamiento como límites de los intereses de demora y por eso se refiere a supuestos recogidos en diferentes leyes; el art. 1108 CC que prevé en defecto de pacto que se aplique el interés legal, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, que en su art. 20.4 establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal, el art. 20 de la Ley del contrato de Seguro que prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal y que pasados dos años no puede ser inferior al 20% del interés legal anual, el art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que prevé un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del Banco Central Europeo, y por último, el art. 576 LEC, que a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. Además de éstos y a pesar de que se refería, como hemos dicho, a un préstamo personal, hace referencia también al límite visto del art. 114.3 LH, de tres veces el interés legal del dinero, para préstamos hipotecarios de adquisición de vivienda habitual.

Tras considerar todos esos criterios y límites legales, consideró en esta Sentencia el TS que el límite de dos puntos porcentuales del art. 576 LEC era el más adecuado para fijar como máximo a los intereses de demora de los préstamos personales, si bien sumándolos, no al interés legal como dice el texto legal sino a los intereses remuneratorios, y lo justificaba diciendo que dicho límite *«tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el*

*retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia».* De acuerdo con ello el TS consideró abusivo todo interés de demora en un préstamo personal que se alejase de ese límite de dos puntos porcentuales regulados en el art. 576 LEC, por suponer *«un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».*

Posteriormente la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618), sí que se refirió a los intereses de demora en un préstamo hipotecario y, si bien mantiene como válidos los parámetros del art. 114.3 LH para las hipotecas de adquisición de vivienda, afirmó que este precepto no debía ser la única norma de referencia para analizar la abusividad de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios, sino que debían tenerse en cuenta otras normas similares de nuestro ordenamiento como se había hecho en la STS 22 de abril de 2015 (ROJ:STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723) y lo exigía la jurisprudencia comunitaria. En base a estos razonamientos, consideró abusivo un interés de demora de un 19%.

También la STS de 18 de febrero de 2016 (ROJ:STS 626/2016 - ECLI:ES:TS:2016:626), reiteró estos argumentos y señaló que en los préstamos hipotecarios tenía aún más lógica la fijación de un límite para los intereses de demora igual al de los préstamos personales, puesto que el acreedor hipotecario contaba con una garantía adicional y real (la hipoteca) para satisfacer ese incumplimiento<sup>411</sup>.

Por último la Sentencia de 3 de junio de 2016 (ROJ:STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401), da un último paso en esta dirección, y se aparta definitivamente del límite del art. 114.3 LH, ya que si bien la STS de 23 de diciembre de 2015

---

<sup>411</sup> Hay quien como DELGADO RAMOS, que afirma que debido a la existencia de esa garantía real, como límite de los intereses de demora, ningún punto se debería añadir al interés remuneratorio en los préstamos hipotecarios: *«en un préstamo hipotecario ya no hace tanta falta buscar en unos altos intereses de demora un medio de disuadir al deudor de incurrir en mora, si consideramos lo absolutamente disuasorio que ya es el riesgo cierto de que el banco ejecute la garantía y le expropie del inmueble, y además a bajo precio, ya sea para reclamar la totalidad de la deuda que vence anticipadamente, ya sea para reclamar tres simples mensualidades»*, DELGADO RAMOS, J., «Calificación Registral de la abusividad de los intereses de demora en préstamos y créditos hipotecarios», en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/calificacion-registral-de-la-abusividad-de-los-intereses-de-demora-en-prestamos-y-creditos-hipotecarios/>. Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2017. En el mismo sentido BALLUGERA GÓMEZ, C., «Problemas en la interpretación de la limitación legal de los intereses de demora», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, N° 25, 2016, pp. 22 y 23.

(ROJ:STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618), rechazaba que unos intereses de demora fijados conforma al art. 114.3 no pudieran ser abusivos, tampoco fijaba un criterio claro al respecto.

En esta Sentencia de 3 de junio de 2016 (ROJ:STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401), el Tribunal Supremo viene a recoger claramente donde se encuentra el límite de abusividad de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, afirma que el límite del art. 114.3 LH no sirve de criterio para el control de abusividad, reconoce la conveniencia de establecer un criterio objetivo por razones de seguridad jurídica y señala en su fallo que «*el límite máximo de intereses moratorios para los préstamos hipotecarios se fija en dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado*».

#### D) Cuestión prejudicial.

A pesar de la claridad y determinación del Alto Tribunal en las Sentencias citadas, la declaración de abusividad de los intereses de demora conforme a los criterios señalados todavía iba a plantear problemas en su aplicación práctica, puesto que si se declaraba la nulidad de los intereses de demora, se planteaba a los tribunales la duda de si podían tener en cuenta alguna otra cifra de intereses de demora que se pudiese considerar proporcionada al daño producido. Ante ello se planteaban distintas posibilidades<sup>412</sup>. Antes de la unificación de los límites por el TS algunos órganos judiciales optaron por permitir que se redujese en el *petitum* de la demanda los intereses de demora al límite del art. 114.3 en las hipotecas para adquisición de vivienda<sup>413</sup>. Otra solución fue la aplicación del art. 1108 CC, en cuanto señala que en defecto de pacto el interés de demora será el interés legal<sup>414</sup>.

Sin embargo como hemos repetido, la consecuencia prevista por la ley como sanción para las cláusulas abusivas es la nulidad sin que pueda además reintegrarse la cláusula nula salvo que lo sea en beneficio del consumidor. En este sentido, el Tribunal de

---

<sup>412</sup> Sobre las distintas posibilidades que se plantearon en los tribunales inferiores, su adecuación con la jurisprudencia comunitaria y las cuestiones prejudiciales a que dieron lugar *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contenido financiero del préstamo...», *op. cit.* pp. 613 a 618; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 749; mayo-junio 2015, pp. 1565 a 1583.

<sup>413</sup> Como ejemplo SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 20 de junio de 2014 (ROJ:SAP CO 645/2014 - ECLI:ES:APCO:2014:645).

<sup>414</sup> Así la SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 30 de abril de 2014 (ROJ:SAP B 4925/2014 - ECLI:ES:APB:2014:4925).

Justicia de la Unión Europea vino a recordar de nuevo que el juez no puede suplir los intereses de demora considerados abusivos por la aplicación de la previsión legal del artículo 114.3 de la ley Hipotecaria en el auto del TJUE de 11 junio 2015<sup>415</sup>(C-602/13 - ECLI:EU:C:2015:397). En el mismo auto el TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13 y además declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. Por otro lado la sentencia TJUE de 21 enero 2015 (C-482/13 - ECLI:EU:C:2015:21) también había negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional (como sería la LH), salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento del consumidor<sup>416</sup>.

Esta es la doctrina que aplica el Tribunal Supremo en los supuestos enjuiciados. En la Sentencia de 3 de junio de 2016 (ROJ:STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401), se declara la nulidad de los intereses de demora, si bien entiende que durante el periodo de incumplimiento sí que sigue generando la deuda los intereses ordinarios que se hubiesen pactado. No se trata, aclara el Alto Tribunal, de suplir o completar la cláusula declarada nula, sino de una consecuencia normal del cumplimiento del propio contrato, puesto que no se ha producido aún la devolución del préstamo éste sigue generando los correspondientes intereses remuneratorios que son el precio de disponer del dinero.

Sin embargo ante el temor de que este criterio, al igual que los anteriores pueda considerarse como un supuesto de integración de cláusula nula prohibido por la jurisprudencia del TJUE, el propio Tribunal Supremo ha planteado en el Auto de 22 de febrero de 2017 (ROJ:ATS 785/2017 - ECLI:ES:TS:2017:785A) una cuestión prejudicial sobre este punto, con el objetivo claro de poder exponer ante el Tribunal de Luxemburgo la

---

<sup>415</sup> Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Santander, también relativa al vencimiento anticipado.

<sup>416</sup> Sobre la doctrina del TJUE sobre intereses de mora abusivos *vid.* JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 755, 2016, pp. 1677-1705. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C- 482/13, C- 484/13, C- 485/13 y C- 487/13, caso Unicaja (ECLI:EU:C:2015:21), auto de 11 de junio de 2015, asunto C- 602/13, caso BBVA (ECLI:EU:C:2015:397), y auto de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15, caso Ibercaja (ECLI:EU:C:2016:195). Auto TS de 22 de febrero de 2017 (ATS 785/2017 - ECLI: ES:TS:2017:785A).

defensa de su propio criterio, adelantándose a otras cuestiones prejudiciales que se habían planteado ya sobre la materia. La redacción de la cuestión prejudicial planteada por el TS es la siguiente:

«1ª) Los artículos 3, en relación con el anexo I.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?

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

3ª) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal»<sup>417</sup>.

Habrá que esperar por tanto a la resolución por el TJUE de esta cuestión prejudicial para saber si el criterio aplicado por el TS como límite de abusividad para los intereses de demora en los préstamos hipotecarios es conforme con la normativa comunitaria y si la aplicación de los intereses remuneratorios cuando se declaren nulos por abusivos los de demora es también conforme con dicha normativa. Si no es así nos encontraríamos con una nueva corrección de la jurisprudencia del Supremo que puede poner en serios apuros de nuevo nuestro sistema hipotecario.

---

<sup>417</sup> Auto del TS de 22 de febrero de 2017 (ATS 785/2017 - ECLI: ES:TS:2017:785A).

Sin embargo, así como en otras cuestiones como la relativa al vencimiento anticipado o las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo en sus Sentencias se había apartado de la línea marcada por la jurisprudencia y la interpretación del derecho Comunitario, en relación con los intereses de demora, entiendo que desde un primer momento ha actuado de una manera firme y decidida aplicando correctamente los criterios fijados por el TJUE, por lo que no ha de temerse un cambio o corrección en la resolución de la cuestión prejudicial planteada.

E) Conclusiones. La calificación registral de los intereses de demora.

La calificación registral respecto de los intereses de demora abusivos ha seguido una evolución paralela a la que hemos señalado, siguiendo muy de cerca los cambios normativos y jurisprudenciales, en la aplicación práctica de cuando debían considerarse abusivos los intereses de demora fijados en los préstamos hipotecarios que se presentaban para su inscripción registral y contribuyendo de una manera directa a la asunción de dichos criterios por parte de las entidades de crédito predisponentes.

En un primer momento, atendiendo a lo dispuesto en el art. 1108 CC, desde un punto de vista registral, no existía ningún criterio para considerar abusivos los intereses de demora, ya que se entendía que eran los pactados por las partes y no había norma legal o doctrina jurisprudencial que estableciese un límite objetivo respecto del cual considerar su abusividad considerando los limitados medios de que dispone el registrador para calificarlos como tales.

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, con la nueva redacción dada al art. 114.3 se consagraba ya un límite claro para los intereses de demora<sup>418</sup>, que comenzó a exigirse en la calificación de hipotecas y provocar notas de calificación que suspendían la inscripción del préstamo hipotecario hasta tanto no se conformasen los intereses de demora con dicho límite. Como hemos visto no suponía que los intereses de

---

<sup>418</sup> La nueva norma introducida en el apartado 3 del artículo 114 de la Ley Hipotecaria de un régimen de retroactividad, de grado atenuado (respecto de los intereses que se devenguen a partir de la entrada en vigor de la ley) y de grado medio (para los ya devengados en dicho momento pero todavía no satisfechos), con objeto de imponer una ultraactividad temporal de la limitación legal de los intereses de demora, de forma que dicha limitación se aplique también a los intereses de demora previstos «*en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos*» (vid. párrafo segundo de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013). Respecto de estos supuestos el control será necesariamente judicial en el momento de producirse su efectividad y reclamación, ya que las hipotecas se encuentran inscritas, sin perjuicio de que los prestatarios puedan exigir la novación del préstamo para adecuarlo a la nueva regulación.



demora que respetasen dicho límite (tres veces el interés legal del dinero) no pudiesen considerarse como abusivos, sí que fijaba una limitación objetiva para aquellos casos previstos en la norma (constitución de hipoteca en los que el importe del préstamo esté destinado a la adquisición de la propia vivienda habitual hipotecada) y como tal era exigido por los registradores en su calificación.

Por su parte, también ha de tenerse en cuenta la regulación de la materia en Cataluña<sup>419</sup>, ya que ha venido a plantear también interesantes cuestiones de calificación registral. En concreto, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, que entró en vigor el 31 de marzo de 2015, en su artículo 13 añadió un apartado 4º al artículo 251-6 de la Ley 22/2010 con el siguiente texto: «4. *En los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato*»<sup>420</sup>.

Como vemos la regulación catalana es mucho más amplia; sí que califica como abusivos los intereses de demora que pasen del límite de tres veces el interés legal del dinero, se refiere a cualquier tipo de préstamo hipotecario, no sólo el destinado a adquisición de vivienda y, por otro lado, fija la constitución de hipoteca como el momento en el que debe tenerse en cuenta el interés legal del dinero a los efectos

---

<sup>419</sup> Sobre la protección del consumidor hipotecario en Cataluña y las especialidades del Código de Consumo vid. TENZA LLORENTE, M., «La tutela del deudor hipotecario en Cataluña tras la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de reforma del código de Consumo», en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, N° 178, Barcelona 2015, pp. 125-162.

<sup>420</sup> Sin entrar aquí a estudiar sobre la competencia o no de Cataluña para regular supuestos de cláusulas abusivas, hemos de tener en cuenta que en un primer momento se produjo la suspensión de la norma objeto de aplicación –el artículo 251-6 número 4 del Código de Consumo de Cataluña– por providencia del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 2015, que admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad 5459/2015 presentado por el Gobierno de España contra el citado Código. Sin embargo el mismo Pleno levantó su suspensión por auto de 12 de abril de 2016, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2016. Por ello para la aplicación de este precepto en la calificación de los préstamos hipotecarios otorgados en Cataluña debe atenderse a si se hizo antes, durante o tras la suspensión de dicha norma, lo que aumentaba la complejidad de la cuestión. La DGRN también sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión afirma en diversas Resoluciones (como la de 14 de julio de 2017 [BOE de 4 de agosto]) que el registrador debía aplicar las normas vigentes en el momento de la calificación de la hipoteca y por tanto tener en cuenta dicha limitación del art. 251-6.4 del código de Consumo de Cataluña, además de la normativa de la LH (art. 114. 3 LH).

del límite de los intereses moratorios. Esto último permite que desde antes de proceder a la firma de la hipoteca se pudiera saber si el interés de demora pactado era o no abusivo<sup>421</sup>. No sucede así en el supuesto de la Ley Hipotecaria en el que el momento a que debe referirse ese interés legal, ante la indefinición de la propia ley, se había entendido que debería ser aquel en el que se comenzasen a generar los intereses de demora, por lo tanto en el momento del futuro incumplimiento por el deudor, dando lugar a cláusulas formales del tipo, «el interés de demora será del x%, con la limitación del art. 114.3 LH», o «siempre que no sea superior a tres veces el tipo de interés legal del dinero en el momento de su exigibilidad».

La Dirección General de los Registros y del Notariado tuvo que resolver en un primer momento diversas dudas en cuanto a la aplicación del artículo 114.3 LH, así en la Resolución de de 18 de noviembre de 2013 (BOE 19 de diciembre de 2013) aclaró varios puntos controvertidos: *i)* frente a lo aducido por el notario recurrente rechaza que el límite del art. 114.3 LH fuese sólo aplicable en sede judicial en fase de ejecución sino que debe ser controlado por el registrador en la calificación, *ii)* afirma que la determinación del interés de demora según el art. 114.3, no supone indeterminación por la variabilidad del interés legal del dinero, sino que se cumple el principio de especialidad por cuanto la responsabilidad por los intereses de demora constituye una hipoteca de máximo, si bien para salvaguardar esa posible variabilidad, sería preciso que se estableciese como fórmula, además de un tipo máximo la previsión de «*en ningún caso podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero*» y, *iii)* sin embargo revoca la nota de calificación puesto que en el caso planteado el préstamo no tenía como finalidad la adquisición de la vivienda habitual, a pesar de que la hipoteca se constituía sobre la misma.

En la R. de 25 de abril de 2014 (BOE de 23 de junio de 2014), volvió a exigir que se hiciese constar la finalidad de adquisición de la vivienda y que constase la limitación de que el tipo de interés de demora fijado numéricamente en todo caso no podía superar en el momento de su devengo tres veces el interés legal conforme al art. 114.3 LH.

En la Resolución de 3 de febrero de 2015 (BOE de 2 de marzo de 2015), la DGRN confirma la calificación del registrador que había calificado negativamente la

---

<sup>421</sup> Actualmente sería el 9% teniendo en cuenta que el interés legal del dinero para este año 2017 es del 3%.

cláusula de intereses de demora de la constitución de la hipoteca pues fijaba como máximo a efectos de dicha constitución un máximo de un 13%, sin hacer referencia al límite de tres veces el interés legal del dinero, a pesar de que en la cláusula financiera de intereses de demora sí que se hacía referencia a la misma y señala que, a efectos de claridad y seguridad jurídica no puede inducirse a la confusión estableciendo el límite del artículo 114.3 en la cláusula financiera relativa a los intereses de demora y no fijar dicho límite en la cláusula de constitución de hipoteca.

En las Resoluciones de 22 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre de 2015) y 20 de junio de 2016 (BOE de 21 de julio de 2016), la DGRN introduce una limitación más respecto del interés de demora en cuanto este no puede ser inferior a los intereses remuneratorios por ser contrario a su propia naturaleza indemnizatoria. Afirma que *«es evidente que todo interés de mora [...] por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que el interés de mora debe calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero»*. Aunque en este supuesto, lo que se declara abusivo es el interés remuneratorio del 14,99%, por esa diferencia con los intereses de demora, sirve también para poner de relieve la existencia de esos límites máximos de intereses de demora, que de este modo objetivizan la existencia de intereses remuneratorios desproporcionados por referencia a los mismos. Sin embargo en la R. de 25 de enero de 2017 (BOE de 14 de febrero de 2017), matizó la Dirección esta postura señalando que esa limitación de los intereses de demora en relación con los remuneratorios por su carácter indemnizatorio, opera en el ámbito obligacional, derivado de la accesoriedad de la hipoteca, pero no implica que el mismo margen de dos puntos más deba regir también a efectos hipotecarios en la cláusula de constitución de hipoteca (dentro de los límites legales imperativos de los artículos 114.2<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup> LH y 220 RH). En este mismo sentido también la RDGRN de 21 de marzo de 2017 (BOE de 6 de abril de 2017), que señala, sin embargo, que la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios no está atada a los dos puntos de diferencia con los ordinarios. En sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses de demora a efectos hipotecarios podrá ser inferior,

igual o superior en más de dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efectos de cobertura hipotecaria pactado<sup>422</sup>.

La Sentencia de 23 de mayo de 2017, del juzgado de 1ª Instancia Nº 11 de Bilbao, en un recurso judicial directo contra una calificación registral que negaba la inscripción de unos intereses de demora del 20%, también se refiere al concepto de consumidor y al alcance del mismo. El supuesto se refería a una hipoteca en el que el deudor no era consumidor, y así lo alegaba el notario recurrente, frente a la registradora que entendía aplicable la doctrina del TS de la Sentencia de 3 de junio de 2016 (ROJ:STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401), puesto que la hipotecante no deudora sí que era consumidora. El juzgado da la razón a la registradora basándose en el concepto de consumidor del art. 3 del TRLGDCU en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que señala que *«son consumidores o usuarios las personas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»* añadiendo la Sentencia que *«es doctrina reiterada del TJUE, que dicho precepto se refiere a un elemento claramente delimitable: la posición que ocupa el contratante en el negocio jurídico en cuestión»* y por tanto entiende que a pesar de que como aducía el notario recurrente la persona consumidora era la madre del administrador único de la sociedad, *«no consta que tenga relación o interés alguno en dicha sociedad»*<sup>423</sup>.

En la Resolución de 13 de julio de 2017 (BOE de 2 de agosto de 2017), la Dirección General considera que es posible la subsanación de una cláusula abusiva de intereses de demora a través de una diligencia consentida por las partes donde se estipulan unos nuevos intereses de demora, sin que sea necesario otorgamiento de una nueva escritura como se exigía en la calificación de la registradora<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> Resolución comentada por MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El tipo máximo de los intereses moratorios a efectos de responsabilidad hipotecaria podrá ser inferior, igual o superior en más de dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22/2017, <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1438>.

<sup>423</sup> Así lo establece además el Auto TJUE de 19 de noviembre de 2015 cuando señala que *«la Directiva Comunitaria 93/13 puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad»*

<sup>424</sup> Vid. como crítica a esta resolución, BALLUGERA GÓMEZ, C. *«La renegociación del contrato con intereses de demora abusivos»*, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-re-negociacion-del-contrato-para-subsanar-los-intereses-de-demora-declarados-abusivos/> Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2017.

Además estos límites de los intereses de demora entiende la DGRN que son también aplicables a los préstamos entre particulares y también cuando el que hipoteca la vivienda habitual es distinto del prestatario que además actúa dentro de su actividad profesional.

Por otro lado, en Cataluña, la existencia de la normativa del CConC también ha dado lugar a diversas Resoluciones sobre el juego de ambos límites.

En Cataluña, como hemos visto, los préstamos hipotecarios, con independencia de que la finca hipotecada sea o no vivienda habitual, y con independencia también de que se trate de primera (para la adquisición) o segunda hipoteca, no pueden incluir un tipo de interés de demora que sea superior a tres veces el interés legal del dinero en el momento de la firma del contrato. Sin que sea suficiente, por referirse a otra norma legal distinta y otro límite diferente (que también debe quedar cumplido) la referencia genérica al cumplimiento de los límites del artículo 114 de la LH.

Con relación a este límite de intereses de demora del artículo 114 LH, en concurrencia con el establecido por el Código de Consumo de Cataluña, la DGRN<sup>425</sup> en la Resolución de 17 de noviembre de 2015 (BOE de 9 de diciembre de 2015) afirmaba que *«adicionalmente, en el caso de que la finalidad del préstamo fuera la adquisición de la vivienda habitual del prestatario persona física -lo que no ocurre en el presente supuesto-, como señalan las Resoluciones de 29 de mayo de 2014 y 14 de enero de 2015, dicha responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios deberá también ser objeto de una segunda limitación, ya que el límite legal de los intereses moratorios opera tanto a efectos obligacionales como reales. Por ello, de concurrir el indicado supuesto, se deberá incluir expresamente en la estipulación de la responsabilidad hipotecaria la referencia a que el tipo máximo pactado a efectos de los intereses moratorios no será aplicable «en caso de exceder de tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo», o si se quiere, que sólo se aplicará como un nuevo límite para el supuesto de que el triple del interés legal del dinero fuera superior, y nunca como un límite general a efectos hipotecarios. Tal segundo límite viene impuesto por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que es una norma de jerarquía superior al Código de consumo Catalán, el*

---

<sup>425</sup> En total son trece hasta ahora las resoluciones recaídas sobre esta materia como son las de 25 de septiembre de 2015 (BOE de 14 de octubre de 2015) y otras doce posteriores de fechas 9 (dos), 10 (dos) y 21 de octubre, 10 (dos) y 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 (BOE de 29 de octubre, 23 de noviembre, 3 y 9 de diciembre de 2015 y 6 de enero de 2016) y 4 de enero y 9 de marzo de 2016 (BOE de 4 de febrero y de 6 de abril de 2016) y la de 14 de julio de 2017 (BOE de 4 de agosto).

*cual no puede impedir su operatividad en caso de concurrir el supuesto que provoca su aplicación».*

Tampoco sería suficiente una referencia general a que la cláusula concreta deberá respetar cualquier clase de límite legal, redacción con la que se pretendería salvar, tanto el límite de los intereses de demora del artículo 114 LH, para los casos en que este proceda, como el que ahora tratamos del artículo 251-6.4º del Código de Consumo de Cataluña. Esta previsión genérica a los límites legales debe también rechazarse por abusiva al no cumplir los requisitos y concreción exigidos por la LCGC y TRLGDCU. Se trataría de las llamadas cláusulas salvatorias. Las cláusulas salvatorias son cláusulas ambiguas, mediante las que se establece un mecanismo de integración distinto, esto es, mediante las que suele preverse la aplicación de determinadas condiciones generales con carácter supletorio para el caso de que otras sean declaradas ineficaces<sup>426</sup>. Estas cláusulas salvatorias, por su ambigüedad y falta de claridad se declaran nulas e ineficaces por el art. 10.2 LCGC.

También con relación al juego entre ambas normas, junto con el límite establecido por el TS nos encontramos con las Resoluciones de 19 de octubre de 2016 (BOE de 11 de noviembre de 2016). En dichas Resoluciones que se refieren a dos supuestos idénticos, recurre el notario porque el registrador suspende la inscripción del préstamo hipotecario por superar los intereses de demora que se garantizan con la hipoteca el límite de dos puntos por encima de los remuneratorios que había fijado el TS en las Sentencias citadas, ya que se pactaba como límite el de tres veces el interés legal del dinero.

Argumenta fundamentalmente el notario, que en el momento de la firma de las hipotecas (8 de abril y 11 de abril de 2016) aún no podía conocer la STS de 3 de junio de 2016 (ROJ:STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401), por ser posterior en el tiempo y que por tanto debería aplicársele el criterio del límite legal del artículo 114.3 LH.

Sin embargo, la DGRN no le da la razón, ya que con buen criterio advierte que ya existían con anterioridad otras Sentencias del TS en ese mismo sentido y además porque la cláusula era abusiva antes de la declaración como tal por el TS, como consecuencia de la aplicación de la ley de consumidores. Resulta una cláusula abusiva

---

<sup>426</sup> Serían por ejemplo aquéllas que estableciesen que «los intereses de demora serán de un x%, siempre que respeten los límites legales que les sean aplicables».

en todo caso por pertenecer a la llamada lista negra. El carácter abusivo de una cláusula de la hipoteca, en este caso la de los intereses de demora, supone que dicha cláusula es nula, se ha de tener por no puesta, y el registrador, como todos los funcionarios (también los notarios) no pueden darle apariencia de validez a la misma, permitiendo su inscripción en el Registro, sino ser consecuentes con esa nulidad. Así resulta también de la aplicación en materia de seguridad jurídica preventiva del «principio de efectividad» derivado de la Directiva europea de protección de consumidores y usuarios del que el artículo 258.2 LH es una consecuencia (en cuanto reconoce la obligación de los registradores de la propiedad de no inscribir contratos con cláusulas abusivas), de modo que los registradores deben abstenerse de colaborar en la aplicación de las cláusulas abusivas cuando existan bases objetivas para su configuración como tales [STJUE 6 de octubre de 2009 (C-40/08 - ECLI:EU:C:2009:615)].

Por tanto los registradores, en la calificación de los intereses de demora abusivos de las hipotecas han venido aplicando los criterios objetivos que para su apreciación han resultado tanto del establecimiento de límites legales, como el art. 114.3 LH o el art. 251-6.4 CConC, y -refiriéndose propiamente al control de abusividad- del criterio fijado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, perfilado por la DGRN, que lo fija en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado. En este sentido, la negativa de los registradores a inscribir intereses de demora que superasen ese límite provocó que las entidades de crédito se sujetasen en la práctica a incluirlo en sus modelos de préstamos hipotecarios reduciendo considerablemente los tipos que venían fijando anteriormente<sup>427</sup>.

Un argumento práctico que abona la necesidad de adecuar la calificación de los intereses de demora es el ahorro fiscal que supone para el consumidor la fijación de esos límites: El prestatario ha de pagar, de acuerdo con la regulación de la Ley del ITPAJD un 1,5% por AJD del total de la responsabilidad hipotecaria por el hecho imponible de la constitución de hipoteca en escritura pública en garantía de un

---

<sup>427</sup> Así lo recogió la prensa en su momento: «Los registradores echan atrás hipotecas por incluir la banca cláusulas abusivas», La voz de Galicia, (10/09/2016) en [https://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2016/09/10/registradores-echan-atras-hipotecas-incluir-banca-clausulas-abusivas/0003\\_201609G10P31991.htm](https://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2016/09/10/registradores-echan-atras-hipotecas-incluir-banca-clausulas-abusivas/0003_201609G10P31991.htm) y «La inscripción de hipotecas se paraliza tras la sentencia sobre los intereses de demora», en El Confidencial, (09/09/2016), en [https://www.elconfidencial.com/vivienda/2016-09-09/la-inscripcion-de-hipotecas-se-paraliza-tras-la-sentencia-sobre-los-intereses-de-demora\\_1257295/](https://www.elconfidencial.com/vivienda/2016-09-09/la-inscripcion-de-hipotecas-se-paraliza-tras-la-sentencia-sobre-los-intereses-de-demora_1257295/).



préstamo o crédito. Ello porque, a pesar de que la hipoteca se constituye a favor del acreedor, el sujeto pasivo es el prestatario.

De esa base imponible, constituida por la responsabilidad hipotecaria, una de las partidas más elevadas es la que deriva de los intereses de demora. Si, aplicando la doctrina del TS, se deniega dicha cláusula y el Banco posteriormente ha de modificar junto al prestatario la escritura de constitución de hipoteca reduciendo la responsabilidad de los intereses de demora a los límites fijados para que no se considere abusivo, el prestatario podrá solicitar de la oficina liquidadora correspondiente la devolución del importe pagado por la cantidad liquidada de más.

Y si como consecuencia de esa calificación, las entidades de crédito modifican sus modelos para ajustarlos al límite de dos puntos más, teniendo en cuenta los bajos intereses remuneratorios que existen en el mercado en la actualidad, supone un ahorro considerable en los gastos fiscales de los préstamos hipotecarios.

Por ejemplo, con un préstamo por 300.000 euros, un interés remuneratorio fijo de un 3% y unos intereses de demora al 13% por dos años habría de pagar 1170 euros de impuesto correspondientes a la responsabilidad por intereses de demora. Sin embargo, si como consecuencia de la calificación registral, el Banco se ve obligado a reducir los intereses de demora a dos puntos por encima del interés remuneratorio, el deudor hipotecario tendría que pagar por ese mismo concepto 450 euros. Lo que supondría un ahorro fiscal de 720 euros.

El tipo que se establece para los intereses de demora podría parecer intrascendente si se piensa en un prestatario cumplidor, teniendo en cuenta que, en teoría, sólo se activarían los mismos en caso de incumplimiento. Pero no es así. A todos los deudores hipotecarios les supone un ahorro considerable que los intereses de demora se fijen de una manera acorde con su propia naturaleza, que no es otra que paliar el daño producido al acreedor por el cumplimiento tardío o la falta de cumplimiento del deudor.

Durante muchos años, los registradores carecíamos del apoyo de argumentos jurisprudenciales y legales para calificar y denegar la abusividad de las cláusulas de interés de demora de las hipotecas, que luego se han venido señalando como abusivas por los tribunales. En los últimos años la tendencia se ha invertido y ahora podemos utilizar dichos argumentos para evitar que accedan al Registro. Creo que es muy importante que

los registradores hayan asumido esa responsabilidad que la sociedad demanda y, desde nuestra independencia, proteger a la parte débil que en estos casos son los consumidores.

F) Conclusiones. Un criterio claro.

En esta cuestión de los intereses de demora abusivos se pone claramente de manifiesto la importancia de la labor calificadora de los registradores en materia de lucha contra las cláusulas abusivas, puesto que desde el momento en que, tanto por vía del art. 114.3 LH o por las SSTs, se fijaron unos límites para estos intereses y los empezamos a exigir en nuestras calificaciones, suspendiendo la inscripción de las hipotecas que no lo recogían, las entidades de crédito modificaron sus modelos y sujetaron los límites de demora tanto al límite del art. 114.3 LH, como después a los dos puntos por encima del interés ordinario.

Lo único necesario era un criterio que determinase la posible abusividad, dado a través de una norma legal, o a través de una sentencia firme, fijando como abusivos los intereses de demora que sobrepasaran el límite indicado de los dos puntos sobre el ordinario.

Sin embargo a pesar de que ya está prácticamente asumido este límite por las entidades de crédito, fruto de la labor calificadora, el legislador pretende seguir introduciendo confusión en la materia ya que en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito, en el artículo 23, relativo a los intereses de demora, se aparta del límite fijado por el Tribunal Supremos para volver a los tres puntos por encima del interés legal, sin referirse al concepto de consumidor, sino al de vivienda habitual<sup>428</sup>. Esperemos que en la tramitación que queda del Proyecto, se recapacite y se ratifique la posición del TS, que siguiendo los criterios señalados por el TJUE, situó el límite de dos puntos por encima del interés remuneratorio, que ya vienen utilizando las entidades de crédito en sus clausulados de condiciones generales.

Una de las enseñanzas que se pueden extraer de la evolución doctrinal y jurisprudencial de esta materia es la necesidad de un límite claro de cuándo los intereses de de-

---

<sup>428</sup> Art. 23 Proyecto de Ley de contratos de Crédito Inmobiliario, (BOE 17 de noviembre de 2017): «En el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. Los intereses de demora sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

mora comienzan a ser abusivos. Si existe beneficia al consumidor que contrata un préstamo hipotecario, y puede hacerlo con la tranquilidad de que no se pactan intereses de demora abusivos, pero también a las propias entidades de crédito. Para estas, sujetarse a dicho límite, supone evitar en la eventual ejecución, que se ponga en duda la abusividad de la cláusula de intereses de demora, con el consiguiente retraso del procedimiento e impedir el peligro de no poder cobrar ninguna cantidad en concepto de demora, si se declararan nulos por abusivos. Por lo tanto, el que exista un límite que ejerza como verdadero control de abusividad aumenta la seguridad jurídica y la rapidez del mercado hipotecario en beneficio de todos los actores.

Pero es que además, en la práctica, las entidades de crédito ya fijan para los intereses de demora en sus hipotecas, el límite de dos puntos por encima del interés remuneratorio exigido por la jurisprudencia del Supremo y se añade, por ser límite legal, el del art. 114.3 LH, por lo que la nueva regulación pretendida por el legislador no haría sino añadir incertidumbre y confusión en la materia.

En definitiva, si la nueva ley quiere acabar realmente con los intereses de demora abusivos, sólo tiene que ajustar su criterio y argumentación al establecido por el Tribunal Supremo, afirmando que serán abusivos los intereses de demora en los préstamos hipotecarios que sean superiores a dos puntos sobre el interés ordinario pactado. De este modo, se daría mayor claridad a la redacción de las hipotecas y se evitarían unos costes económicos y de tiempo que no benefician ni a los consumidores ni a las propias entidades de crédito.

#### *3.4. Abusividad de la cláusula de gastos de la hipoteca.*

##### *A) Concepto.*

Las llamadas cláusulas de gastos de los préstamos hipotecarios son aquellas en cuya virtud se determina quién asumirá los diferentes gastos de preparación, documentación, tramitación e inscripción de la hipoteca, así como en ocasiones incluso los de cancelación de la misma. Supone una denominación muy general pues dentro de esos gastos se engloban supuestos muy diferentes como los gastos de apertura, de tasación de la finca hipotecada, los honorarios notariales y del Registro de la Propiedad, los de gestión del documento, gastos tributarios como el de ITPAJD y otros como pueden ser los de representación letrada, los de concertación del seguro de daños de la finca, etc.

De una manera general (y antes de examinar la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618), confirmada y aclarada por la de 15 de

marzo de 2018 (ROJ:STS 848/2018 – ECLI:ES:TS:2018:848) podemos afirmar que dicha cláusula de gastos será abusiva cuando atribuya de un modo general al consumidor prestatario todos los gastos de formalización de la hipoteca incluyendo aquellos que debiera satisfacer el acreedor hipotecario (art. 89.3 TRLGDCU) sin que por pacto se hubiera realizado dicha distribución, o cuando dicha atribución contravenga normas imperativas.

Sin embargo, para un mejor estudio, es necesario distinguir la normativa reguladora de los distintos gastos antes mencionados para determinar cuándo la cláusula que atribuye los diferentes gastos al consumidor podría ser abusiva.

#### B) Clases de gastos y normativa aplicable.

Como acaba de afirmarse las cláusulas de gastos que se suelen incluir en los préstamos hipotecarios van a contener diversos conceptos muy diferentes en cuanto a su naturaleza. De hecho uno de los elementos que pueden conducir a la calificación de este tipo de cláusulas como abusivas es la generalidad<sup>429</sup> con que, de ordinario, se atribuye la obligación de pago al consumidor de todos los gastos sin distinción alguna de a quién correspondería su pago dependiendo de su propia naturaleza.

La vulneración de normas imperativas que regulan el obligado al pago será un criterio muy importante para determinar si ha existido o no abusividad respecto de los diferentes gastos y, respecto de aquellos gastos en que exista libertad para atribuir a una u otra parte la obligación de asumir el pago conforme al art. 1255 CC, su imposición al consumidor mediante condiciones generales, puede resultar abusiva en los casos en que se estime que produce un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes de modo que el consumidor no hubiese aceptado dicha cláusula en una negociación individual convencional.

Como gastos más frecuentes en la concertación de hipotecas podemos distinguir los siguientes:

---

<sup>429</sup> Esa obligación de pago generalizado por el consumidor de los gastos de formalización de la hipoteca es la causa de declarar abusiva la cláusula de gastos la SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 6 de febrero de 2015 (ROJ:SAP PO 234/2015 – ECLI:ES:APPO:2015:234), señalando que *«de entrada llama la atención la redacción abierta y con vocación omnicomprendensiva de la estipulación que, precisamente por ello, resulta desproporcionada con independencia de que, respecto de alguno de los conceptos, vulnere normas de carácter imperativo»*. SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 6 de febrero de 2015, núm. de Recurso 656/2014, núm. de Resolución: 46/2015. Por otro lado y en esta línea, la SAP Málaga de 5 de julio de 2016 (JUR 2016/268365) reitera la doctrina sentada por la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618) y existen también interesantes sentencias de algunos Juzgados de lo Mercantil que identifican la generalidad o imprecisión con que está redactada la cláusula de gastos con el carácter abusivo de la misma. Es el caso de la SJMerc de Bilbao de 15 de enero de 2016 (JUR 2016/54633) o la SJMerc de Barcelona de 30 de junio de 2016 (JUR 2016/229196).

i) Comisión de apertura.

A la que ya nos referimos (**poner capítulo**) pero de la que podemos decir su legalidad es reconocida por el art. 3 de la Orden EHA/2899/2011, debiendo hacerse constar en la información precontractual del préstamo, que en caso de pactarse se abonará en el momento inicial del préstamo (normalmente mediante retención por la entidad prestamista) y es imputable al consumidor en cuanto obligado legal al pago de la misma

ii) Gastos de tasación de la finca hipotecada.

La tasación en sí constituiría un gasto de preparación del préstamo hipotecario. Por un lado beneficia al deudor por cuanto acredita el valor del inmueble que ofrece en garantía del préstamo solicitado al Banco. Pero por otro lado constituye un requisito necesario para que el acreedor hipotecario pueda proceder a la titulización del préstamo en el mercado secundario, vía participaciones hipotecarias, bonos o cédulas hipotecarias, (art. 3 LMH) y además es también un requisito para que el mismo acreedor pueda ejecutar en su caso la hipoteca por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria conforme al art. 682 LEC.

Además, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, se exige que en el caso de vivienda el importe de la tasación que se fija a efectos de dicho procedimiento no sea inferior al 70% de la tasación hecha por técnico conforme al artículo 3 de la LMH, mientras que el art. 3 bis I) de la misma LMH, introducido por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, impone a las entidades la obligación de aceptar tasaciones aportadas por el cliente (que no tiene por qué ser consumidor) siempre que hayan sido realizadas por un tasador homologado y no estén caducadas (6 meses).

En cuánto a quién tiene la obligación de sufragar dicho gasto, nada nos dice la normativa, simplemente exige dicho certificado para la titulización y para la aplicación del procedimiento especial de ejecución hipotecaria lo que parece que en ambos casos beneficia al acreedor y además, permite al deudor presentar el certificado de tasación sin que tenga obligación de aceptar el realizado por el técnico o la empresa de tasación que le imponga el Banco.

En la mayoría de las ocasiones sin embargo es el propio Banco quien designa el técnico que hará la tasación (normalmente de empresas con las que trabajan de modo habitual) siendo el solicitante del préstamo quien asume su coste. Para determinar si es abusivo, se deberá probar que ha habido imposición por parte de la entidad prestamista.

No existirá tal abusividad si se ha ofrecido al consumidor la posibilidad de aportar el certificado de tasación que reúna los requisitos técnicos exigidos.

iii) Gastos de Notaría.

Respecto de estos gastos hay que diferenciar los gastos originados por la actuación del notario, por la autorización de la escritura de préstamo hipotecario y del registrador, que deriva de la inscripción en el Registro de la hipoteca a favor del acreedor hipotecario.

La minuta de gastos del notario se generará de conformidad con lo dispuesto en Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, que en cuanto al obligado al pago señala en la Norma Sexta del Anexo II, que *«la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieran requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en todo caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y, si fueren varios, a todos ellos solidariamente»*.

Por tanto respecto de los gastos notariales su normativa señala que serán exigibles a quien hubiera solicitado la intervención del notario y en todo caso a los interesados. En la práctica es la propia entidad financiera quien elige el notario con el que se firmará la hipoteca, aunque en principio existe libertad de elección. Además en la práctica bancaria, se envía ya redactado el texto de lo que será la escritura de hipoteca, teniendo obligación el notario de hacer constar dicha circunstancia en la propia escritura mediante advertencia de *«ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación»* (art. 147 RN). Pero además, resulta que el otorgamiento de escritura pública no es un requisito necesario para la formalización del préstamo el cual se perfecciona con la entrega<sup>430</sup> sin necesidad de formalizarse en documento público, (art. 314 CdeC, que únicamente exige forma escrita si se hubiese pactado interés) por lo que podría hacerse en documento privado. Sin embargo, para lo que sí es necesario el otorgamiento de escritura pública es para la constitución de la garantía hipotecaria del préstamo cuya constitución requiere el otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1875 CC y 145 LH). Por ello, teniendo en cuenta que el interesado en el préstamo es el prestatario con-

---

<sup>430</sup> Así lo reconoce la doctrina tradicional y la jurisprudencia, como la STS de 22 de mayo de 2001 (ROJ:STS:4233/2001-ECLI:ES:TS:2001:4233), que cita a su vez varias sentencias sobre el carácter real y unilateral del contrato de préstamo, pero que también hace referencia a otro sector doctrinal que considera el contrato bancario de préstamo como consensual y bilateral, más acorde con la práctica de los negocios y en especial la práctica bancaria. *Vid.* también sobre este punto SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, *op. cit.* pp. 379-380.

sumidor, y en la hipoteca es el prestamista a favor de quien se constituye la garantía hipotecaria, la DGRN en Resolución de 7 de abril de 2016 (BOE de 27 de abril de 2016) y el TS en STS de 15 de marzo de 2018 (ROJ:STS 848/2018 – ECLI:ES:TS:2018:848), asumen una posición salomónica atendiendo al carácter inescindible del préstamo hipotecario y concluyen que los gastos notariales de la escritura de préstamo hipotecario deberían satisfacerse por mitad, y que sería abusivo la atribución en exclusiva al prestatario consumidor<sup>431</sup>.

#### iv) Gastos de Registro de la Propiedad

Los gastos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca se regularán de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad que se refiere al obligado al pago en la Norma Octava del Anexo II. Establece que *«Los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten»*.

En este caso, y teniendo en cuenta que la inscripción de la hipoteca se hace a favor del acreedor hipotecario, de la redacción de la norma resulta que debería ser la propia entidad de crédito quien se hiciese cargo de los mismos, ya que la inscripción del derecho de hipoteca se hace a su favor. Ello sin perjuicio de que haya determinados conceptos manuable que puedan ser de cuenta del prestatario por favorecer a éste como son la cancelación de cargas caducadas sobre la finca o la expedición de notas simples o certificaciones. Esta es la fórmula que han adoptado muchas de las entidades de crédito en la redacción de la cláusula de gastos, en las que se hacen cargo del coste de la inscripción del derecho de hipoteca y solicitan certificación de la inscripción para entregar al consumidor, quien asumirá su coste.

---

<sup>431</sup> La SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de noviembre de 2016, considera que *«en la generalidad de los casos quien gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, aunque pueda entenderse, como apunta el recurrente, que también el prestatario puede ser considerado como beneficiario del gravamen (...) en la medida en que sin él no obtendría el crédito. Pero en todo caso (...) resulta exigible desde un punto de vista abstracto la reciprocidad en el gasto, pues ambas partes se benefician de la intervención notarial o registral, al menos desde una aproximación inicial frente a la norma contractual insertada en una escritura de préstamo hipotecario con cláusulas predispuestas»*. SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de noviembre de 2016 (SAP PO 2261/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:2261).



Lo expuesto se combina además con la posibilidad señalada en el arancel de los registradores de que se pueda exigir el pago de la factura o facturas generadas al presentante del documento, que normalmente es la gestora que se encarga de la tramitación del proceso de inscripción.

v) Gastos de Gestoría.

La gestión del documento público, una vez otorgado, para la liquidación de los impuestos que sean procedentes y su presentación en el Registro para su inscripción puede hacerse por la propia Notaría, que asume esta función como un servicio aparte, por el interesado, o bien puede encomendarse a alguna de las gestorías especializadas para que lleve a cabo la presentación del documento a efectos de liquidar los impuestos (hoy de modo general mediante autoliquidación) y la realización de los trámites que fueren necesarios para conseguir la efectiva inscripción, presentación, subsanación de posibles defectos, retirada y reintegro del documento, etc...

En los préstamos hipotecarios, el Banco no permite que la gestión del documento la haga el prestatario hipotecante, sino que queriendo asegurarse la necesaria inscripción impone que la gestión del documento se lleve a cabo por una determinada gestora, normalmente vinculada al propio Banco.

Así lo reconoce el BdE en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2012<sup>432</sup> al señalar que *«es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. (...) Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar quién va a realizar la gestión administrativa de la operación, es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad, tendría que esperar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la correspondiente carga hipotecaria para que aquella ponga a su disposición los fondos prestados»*.

---

<sup>432</sup><http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/Criterios.pdf>. Fecha de consulta: 24/01/2012.

Por ello, en cuanto al pago de los gastos generados por la intervención de la gestoría, teniendo en cuenta que se trata de gestiones que incumben a la propia entidad de crédito y a ésta beneficiaria, habrá que estar a la efectiva prestación de consentimiento o negociación de la cláusula que recoja este gasto en cuestión y si tuvo o no posibilidad el consumidor de optar por la posibilidad de que habla el BdE, esto es, poder hacerse cargo de la gestión del documento y recibir los fondos una vez se hubiese inscrito efectivamente la hipoteca. Si no es así, podría suponer una imposición de un gasto que corresponde al acreedor predisponente y reputarse como abusiva.

vi) Gastos tributarios. El IAJD.

Por lo que respecta a los gastos tributarios, no cabe duda de que la imposición al consumidor de la obligación de pagar un tributo que por ley corresponda al empresario predisponente como sujeto pasivo es una cláusula abusiva y así resulta del art. 89.3 c) TRLGDCU.

Sin embargo, como luego veremos, en el préstamo hipotecario por el juego de diversas normas jurídicas el único tributo efectivo que se ha de pagar (en el que no existe exención) es el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, en el que el hecho imponible es el otorgamiento de documentos públicos inscribibles en Registro Público, es decir en nuestro caso la hipoteca y a pesar de ser el titular de la hipoteca la entidad acreedora, las normas tributarias, en concreto el art. 68 del reglamento de ITPAJD, señala que el sujeto pasivo es el prestatario. Esta cuestión ha suscitado una abundante jurisprudencia y comentarios doctrinales como veremos.

vi) Otros gastos diversos.

Dentro de las cláusulas genéricas de gastos en ocasiones también se incluyen otros tipos diversos de gastos como pueden ser las costas procesales derivadas de un hipotético proceso de ejecución. En estos casos hay que tener en cuenta que las normas de imposición de costas están previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 23.5 LEC) y que tienen carácter imperativo. Sobre la base de lo anterior el TS en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618) considera abusiva la imposición de este gasto afirmando que *«la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas»*.

También respecto de los gastos de asistencia jurídica de abogado y procurador para los procedimientos de ejecución, considera el TS abusiva dicha imposición en aquellos procedimientos en que no fuese necesario el abogado (como en el caso de la venta extrajudicial) o el procurador y señala que *«la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas»* y que por ello debe considerarse abusiva de conformidad con los arts 86 TRLGDCU y 8 LCGC.

Por último, respecto de los gastos de cancelación de la propia hipoteca, o los de tramitación de la cancelación de la hipoteca en el futuro, hay que tener en cuenta que dicha cancelación sí que beneficiará en todo caso al prestatario consumidor, que verá de este modo liberada su finca de este gravamen. Por lo que la atribución de estos gastos al consumidor está del todo justificada y respecto de los posibles impuestos que dicha cancelación genere, señala el TS en la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (ROJ:STS 848/2018 – ECLI:ES:TS:2018:848) que no hay lugar a ello puesto que *«el art. 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales»*.

C) STS de 23 de diciembre de 2015.

Como queda dicho, era práctica habitual de las entidades de crédito que en las minutas de préstamos hipotecarios se contuviese una cláusula en la con una redacción u otra se previese que los gastos de preparación y sobre todo los de formalización e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario serían asumidos por el prestatario.

Sin embargo, el TS en STS de 23 de diciembre de 2015 (STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618), generó un nuevo frente de lucha a la Banca al declarar abusiva una cláusula en la que se obligaba al deudor hipotecario al pago de todos los gastos que pudiera generar la tramitación e inscripción de la hipoteca.

La extensa cláusula de gastos que se declaró abusiva en esta Sentencia era la siguiente:

*«Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al*

*seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.*

*La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.*

*Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.*

*El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª»*

El TS tras llamar la atención sobre la extensión de la cláusula<sup>433</sup> (sin llegar a fundamentar la abusividad exclusivamente en la generalidad de que adolece) señala que es

---

<sup>433</sup> Dice expresamente que «resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos]

aplicable -como había hecho la Audiencia- para considerarla abusiva lo dispuesto en el artículo 89.3 números 2º, 3ª, letra a), c), 4º y 5º TRLGDCU<sup>434</sup>.

Así, en cuanto a los gastos de Notaría e inscripción en el Registro señala que *«la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU)»*

Por lo que respecta a los gastos del seguro de daños que *«no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en*

---

*contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto»*. STS de 23 de diciembre de 2015, cit.

<sup>434</sup> Que declara que en todo caso serán abusivas: *«2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables. 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). (...) c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. (...) 4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. 5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación»*.

*el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro».*

Sí que consideró abusivos la atribución al consumidor de otros gastos como los de abogado y procurador para el prestamista incluso cuando no sean preceptivos u otros gastos derivados del incumplimiento del prestatario de su obligación de pago diciendo que *«los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.*

*Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerle la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal*



*en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC».*

Esta Sentencia levantó especial polémica en su referencia a los gastos tributarios del préstamo hipotecario considerando que el acreedor hipotecario no debe quedar al margen de los tributos que pudieran devengarse. En concreto afirma que *«en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.*

*De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho».*

D) Los gastos tributarios del préstamo.



Sin duda el gasto más elevado de la constitución del préstamo hipotecario es el relativo a los impuestos devengados y que en las cláusulas de gastos atribuyen a los prestatarios. La STS de 23 de diciembre de 2015 (STS 5618/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5618), como hemos visto, entró de lleno en la polémica al entender abusiva la cláusula que atribuía el pago de dichos impuestos al consumidor prestatario.

Y decimos que entró en la polémica, porque la consideración del prestatario como sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (que es el único que se devenga en la práctica en estas operaciones) ya había sido declarado conforme a la ley por el TS (Sala Tercera) en diversas ocasiones como en la de 31 de octubre de 2006 (ROJ:STS 7141/2006-ECLI:ES:TS:2006:7141), entre otras y se había rechazado la inconstitucionalidad de la norma que sí lo establece por Auto del TC nº 24/2005, de 18 de enero (ECLI:ES:TC:2005:24A), y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo (ECLI:ES:TC:2005:223A), que no admitieron las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre la misma. A pesar de estos antecedentes la STS de 23 de diciembre de 2015 (STS 5618/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5618) afirmó que la entidad de crédito sería sujeto pasivo en la constitución del derecho en lo que respecta al IAJD).

La realidad es que la normativa, a pesar de que podamos entender que favorece finalmente a las entidades de crédito, es clara en cuanto al sujeto pasivo del IAJD en los préstamos hipotecarios, siendo el adquirente del préstamo (prestatario) y no el prestamista acreedor hipotecario.

En un intento de aclarar cómo se llega a esta solución legal hemos de partir del artículo 15 del TRLITPAJD que establece expresamente que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

Por otro lado, al tratarse de hipotecas que se han constituido para garantizar préstamos concedidos por entidades bancarias (que son sujetos pasivos del impuesto sobre el valor añadido actuando en el ejercicio de su actividad empresarial), no es posible su tributación en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD, ya que el artículo 7.5 del TRLITPAJD, establece la no sujeción a dicha modalidad de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. Sin embargo cabe analizar su posible tributación en la modalidad de actos jurídicos documentados por ser operaciones

que no están sujetas a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del impuesto, en aplicación de lo dispuesto en el art. 7.5 del TRLITPAJD.

Así, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 del TRLITPAJD, quedan sujetos a la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD, entre otros, los documentos notariales. Por su parte, el artículo 28 determina la sujeción a esta modalidad de Actos Jurídicos Documentados, en cuanto al gravamen de documentos notariales, de las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31. Y el artículo 31.2 señala al respecto que lo serán *«Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al impuesto sobre sucesiones y donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta ley (TPO y operaciones societarias), tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, haya sido aprobado por la comunidad autónoma.*

*Si la comunidad autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos».*

Por tanto, por aplicación de esta legislación, y teniendo en cuenta que las escrituras públicas de préstamos hipotecarios contiene un contrato (el de hipoteca en garantía del préstamo) que es por su propia naturaleza inscribible, la única tributación que se deriva de los préstamos hipotecarios es la señalada sujeción a la modalidad de actos jurídicos documentados tanto en su modalidad fija, que grava las matrices y copias, como en la variable, que grava las primeras copias.

Ahora bien, una vez concretado el impuesto, es necesario saber cuál es el sujeto pasivo que determina la legislación, pues de aquí podrá deducir si existe una imposición del pago a quién no sea el sujeto pasivo que podría considerarse como abusiva.

El sujeto pasivo del ITPAJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados es, de acuerdo con el artículo 29 del TRLITPAJD, el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expidan.

El adquirente del bien o derecho sería la entidad de crédito si tenemos en cuenta que el derecho a adquirir que se inscribirá es la hipoteca, sin embargo debe tenerse en

cuenta que el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RLITPAJD) especifica que «cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

El motivo de la inclusión de este inciso en el artículo 68 reside en la consideración de que el derecho o bien que se vaya a adquirir a que se refiere el artículo 29 del RLITPAJD es el préstamo que recoge el documento notarial, aunque se garantice mediante la constitución de hipoteca.

Esta incorporación al artículo 68 es, además, el resultado de la interpretación tradicional efectuada por el Tribunal Supremo respecto del concepto de la unidad del hecho imponible del préstamo, que produce que la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo tribute exclusivamente por el concepto de préstamo, como establece el artículo 15 del RLITPAJD, siendo el sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho, o sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario<sup>435</sup>.

Así resulta de un modo claro de la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las sentencias de 20 de enero del 2004 [rec. 158/2002 (ROJ:STS 159/2004 - ECLI:ES:TS:2004:159)], de 20 de junio del 2006 [rec. 2794/2001 (ROJ:STS 4976/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4976)] y de 31 de octubre del 2006 [rec. 4593/2001 (ROJ:STS 7141/2006 - ECLI:ES:TS:2006:7141)] que, de manera reiterada, ha concluido que «en la modalidad de documentos notariales del IAJD, el adquirente del bien o derecho al que hace referencia el artículo 29 del RLITPAJD sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas — arts. 8, en relación con el 15.1 del RLITPAJD y con el art. 18 de su reglamento—, sino porque el “derecho” a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque éste se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía». En definitiva, concluyen estas sentencias cuando el artículo 29 del texto refundido exige, entre

---

<sup>435</sup> Sin embargo, es cierto que no está tan claro que el adquirente del préstamo es tan sólo el prestatario. JUÁREZ GONZÁLEZ señala que «el prestatario es tan adquirente de un préstamo como el prestamista, de hecho, en la contabilidad bancaria es una típica operación de activo». Juárez González, J. M., «A vueltas con el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios», en Notarios y Registradores, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/sujeto-pasivo-prestamos-hipotecarios/>. Fecha de consulta: 06/03/2018.

otros que ahora no interesan, el requisito «*de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995 —que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo—, en el párrafo 2º de su art. 68, haya especificado que “cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*».

En consecuencia, en virtud de la normativa aplicable y, de conformidad con el criterio unánime de la jurisprudencia competente sobre la materia, el sujeto pasivo del ITPAJD en su modalidad de actos jurídicos documentados es el prestatario y no deben considerarse abusivas aquellas cláusulas que atribuyan el pago de los gastos tributarios al consumidor si se considera, además, que es el único gasto tributario que se deriva del préstamo hipotecario ya que, a pesar de la generalidad de sus términos, no imponen al prestatario el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es prestamista.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo (procedimiento civil), de 9 de diciembre del 2016 (rec. 538/2016), cuando dispone que el argumento del carácter genérico de la cláusula es artificioso ya que, a pesar de que estas cláusulas utilicen expresiones como «*todos los impuestos de esta operación*», la operación no está sujeta a otro tributo (aparte del ITPAJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados) cuyo sujeto pasivo sea el prestatario y, por tanto, «*resultaría superflua la declaración de nulidad pretendida, ya que la consecuencia de ésta sería la expulsión de la cláusula del contrato, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, sin previsión de repercusión a un tercero*».

Sin embargo recientemente Sentencia del TS de 15 de marzo de 2018 (STS 848/2018 - ECLI: ES:TS:2018:848) sobre la abusividad de la cláusula de gastos ha venido a solventar, al menos desde el punto de vista jurisprudencial las divergencias de criterio sobre el sujeto pasivo del IAJD en la constitución de hipoteca. Mediante los recursos de casación núm. 1211/2017 y 1518/2017, interpuestos ante la Sentencia de la AP de Oviedo de 17 de febrero de 2017 los clientes afectados solicitaron la devolución de las cantidades pagadas por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) por infracción de la STS de 23 de diciembre de 2015<sup>436</sup> (STS 5618/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5618).

---

<sup>436</sup> En concreto, «*considera que no puede considerarse que, respecto de todos los hechos imposables sujetos al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados derivados de un contrato de*

En la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 848/2018 - ECLI: ES:TS:2018:848), el TS viene a sentar su doctrina sobre la abusividad de los gastos de la hipoteca, y a aclarar la polémica sobre los gastos tributarios, en especial del pago del ITPAJD.

Establece una idea fundamental, que es la que debe primar en toda esta materia de la abusividad de los gastos y es que la atribución indiscriminada de gastos al deudor hipotecario o prestatario, sin distinguir cuáles son esos gastos y a quien corresponderían en una negociación individualizada o bien mediante aplicación de lo dispuesto en la Ley es abusiva por vulnerar el art. 89.3 TRLGDCU y en su caso si son contrarias a normas imperativas.

Así sucede con las cláusulas que atribuyen todos los gastos de Notaría y Registro al prestatario sin distinguir entre los conceptos a que pueden obedecer esos gastos, pues como señala el Supremo (y ya advirtió en su Sentencia de 2015), existen gastos notariales derivados del otorgamiento de la escritura y derivados de la expedición de copias, que deberán satisfacer respectivamente quien haya solicitado el otorgamiento o aquel en cuyo interés se expidan las copias. Respecto del Registro los gastos que se derivan de la práctica de la inscripción (que deberá satisfacer a favor de quién se practique esta) y también los gastos de la expedición de certificaciones o notas simples que deberá satisfacer aquel a favor de quien se expiden.

Y por lo que se refiere a los gastos tributarios confirma el Supremo la abusividad de aquellas cláusulas de gastos que atribuyan todos los gastos tributarios al prestatario sin distinción de cuál sea el impuesto o tributo a satisfacer y en concepto de qué. Aquí estaría la abusividad y por tanto la nulidad.

Así, refiriéndose a la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618) señala ésta de 2018 que « (...) *A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).*

---

préstamo con garantía hipotecaria, sea sujeto pasivo el prestatario; así como que es abusiva una estipulación que determina que los tributos futuros que pudieran devengarse como consecuencia de posibles revisiones tributarias posteriores, se carguen siempre al prestatario hipotecante». STS de 15 de marzo de 2018 (STS 848/2018 - ECLI: ES:TS:2018:848), Fundamento 2.2.

*Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.*

*Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imposables también diferentes».*

Sin embargo, en cuanto a las consecuencias de esa nulidad, sí que se afirma que el pago deberá hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la normativa tributaria y en concreto respecto del ITPAJD, teniendo para ello en cuenta la doctrina sobre el sujeto pasivo ya emanada de la Sala Tercera del TS y avalada por los Autos del TC, y que por ello no debe procederse a devolución de cantidad alguna en los casos en que se ha satisfecho ese impuesto por el prestatario.

No obstante, sí que la cuota fija del IAJD respecto del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, sí que se deberá satisfacer por mitad el de la matriz pues pueden entenderse ambos interesados (prestamista y prestatario) en la realidad inescindible del préstamo hipotecario y por aquel a favor de quién se expidan las copias, en su caso. En el caso de que se haya satisfecho esto último por el prestatario (supuesto normal) sí que debería procederse a la correspondiente devolución.

En este sentido afirma que *«en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento. Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no*

*especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016). Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento».*

Como conclusión, respecto de la cuestión controvertida del sujeto pasivo del IAJD señala la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 848/2018 - ECLI: ES:TS:2018:848) que su pago debe distribuirse del siguiente modo<sup>437</sup>:

El pago del impuesto por la constitución del préstamo corresponde al cliente.

El pago del impuesto por la impresión de la escritura en papel timbrado, se repartirá a partes iguales entre el banco y el cliente por la copia original de la escritura, mientras que las sucesivas copias correrán a cuenta de la parte que las solicite.

Como consecuencia de todo ello el TS declara abusiva la totalidad de la cláusula de gastos enjuiciada, y por tanto la nulidad y en cuanto a los efectos de esa nulidad ordena la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas, pero aclara que *«en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); (...) la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores».*

Sí procederá, de acuerdo con lo señalado, la devolución de aquellas cantidades que el Banco hubiera cobrado por la expedición de copias que no se ajusten a lo señalado antes.

---

<sup>437</sup> Así lo resumía en el comunicado de prensa hecho público por el CGPJ en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-que-el-pago-del-impuesto-por-la-constitucion-de-las-hipotecas-incumbe-al-prestatario>.



No cabe duda que esta última Sentencia ha supuesto un considerable alivio para las entidades de crédito.

E) Criterios para su consideración como abusivas.

De acuerdo con lo señalado podríamos señalar una serie de criterios generales que puedan ayudarnos a determinar si una cláusula de gastos de un contrato de préstamo hipotecario podrá calificarse como abusiva.

En primer lugar debe tratarse de préstamos hipotecarios en los que intervenga un consumidor, en las que se imponga unilateralmente (mediante adhesión) la cláusula que se refiera a los gastos lo cual pueda generar un desequilibrio en las posiciones de ambos contratantes conforme al art. 82 TRLGDCU y el art. 3.1 de la Directiva 93/2013.

Otro criterio general es que se atribuya de una manera global todos los gastos que pueda generar la operación al consumidor sin atender a un principio de reciprocidad entre las partes contratantes.

Que en contra de lo dispuesto en el artículo 89, se trate de gastos que se impongan al consumidor cuando quien debiera asumirlos sería el predisponente, en este caso la entidad de crédito, por resultar en beneficio de éste (como sería la inscripción de la hipoteca en el Registro o la intervención de procurador en los casos en que la ley no lo exige, art. 89.1 y 2 TRLGDCU).

Por tanto, frente a la generalidad de las cláusulas clásicas de gastos, hoy debe procederse a una distinción pormenorizada de los distintos gastos y quién se hará cargo de los mismos según a quién beneficien. O en todo caso deberá quedar clara la posibilidad de negociación al respecto para su atribución al consumidor.

La consecuencia principal de la declaración de abusividad de la cláusula de gastos o de parte de ella es su nulidad absoluta sin que pueda llevarse a cabo integración de ningún tipo por los jueces o tribunales y con eficacia «ex tunc» conforme a los arts. 83 TRLGDCU y 8 LCGC.

Dicha nulidad provoca a su vez una consecuencia lógica que no es otra que la restitución de los gastos indebidamente satisfechos por el deudor (con el pago en su caso de los intereses de demora correspondientes).

F) Conclusiones: Repercusiones en la calificación registral.

Por lo que respecta a la calificación registral de estas cláusulas concretas de gastos hay que destacar en primer lugar que la gran mayoría de estas cláusulas no accedían al

Registro al no garantizarse en la hipoteca con una cifra de responsabilidad específica, y se rechazaba directamente su inscripción por falta de trascendencia real.

Sin embargo, sí que existe la posibilidad de dotarle de esa naturaleza real mediante su aseguramiento con una cifra de responsabilidad específica en la hipoteca definiendo entonces la cantidad de que responderá la finca hipotecada por los gastos no satisfechos por el deudor, en caso de producirse el impago y la consiguiente ejecución hipotecaria.

En estos casos sí se hace constar en el asiento de inscripción de la hipoteca la cifra de responsabilidad por gastos de que respondería la finca en caso de ejecución y es entonces donde se debería llevar a cabo una calificación en su caso de la abusividad de dicha cláusula.

La Dirección General se ha pronunciado sobre la abusividad de la cláusula de gastos en varias Resoluciones; en la de 7 de abril de 2016 (BOE de 27 de abril de 2016), en un caso de préstamo entre particulares, en la que sin embargo estimó aplicable la normativa de consumidores por intervenir en concepto de intermediación financiera una entidad a la que era aplicable al Ley 2/2009, se recurría la calificación como abusiva por el registrador (además del tipo de interés remuneratorio) la cláusula de gastos, para la que se retenía el 25 % del capital prestado.

La DGRN señaló como criterio general que respecto de este tipo de pactos que no afectan al objeto principal del contrato, el registrador puede ejercer un control de abusividad en dos supuestos concretos y cita las Resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 (BOE de 1 de junio y 14 de octubre de 2015), cuando la nulidad por abusiva de la cláusula en cuestión haya sido declarada por Sentencia judicial firme, o cuando esa abusividad pueda apreciarse por el registrador de una manera directa sin ningún tipo de ponderación por su parte relación con las (o de las) circunstancias del caso concreto. Esto es el mismo criterio que se viene señalando respecto de la abusividad de las demás cláusulas del préstamo hipotecario.

En cuanto a la retención del 25% que se hacía en este caso para el pago de determinados gastos y comisiones la DGRN va a distinguir cada uno de ellos y señala que esa retención realizada para satisfacer gastos es frecuente en la práctica de concesión de préstamos y que *«por lo que no se puede hacer tacha alguna a este retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo, siempre que la retención no comprenda gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de*

*los Consumidores y Usuarios, o gastos que por ley fueran de cargo del acreedor, que serían contrarios al artículo 89.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».*

Distingue así entre los gastos de Notaría, gestoría, Registro de la Propiedad e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que carecen de individualización de sus respectivas cuantías y se atribuyen al prestatario, considerándose abusiva dicha atribución puesto que no se distingue como exige la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618) según a quién le correspondía satisfacer los mismos, los de inscripción de la hipoteca al acreedor hipotecario, los del ITPAJD al prestatario, los de la gestora al solicitante del servicio y los de Notaría a falta de pacto expreso y teniendo en cuenta el carácter inescindible del préstamo hipotecario (en el que en el préstamo el interesado sería el prestatario y en la hipoteca al prestamista acreedor hipotecario) deberán satisfacerse por mitad.

Respecto de los demás gastos que comprende la cláusula la DGRN hace un análisis separado y se refiere a la comisión de apertura considerando que no es abusiva ya que se encuentra determinada en la información precontractual (el 1%) y su legalidad reconocida por la Orden EHA/2899/2011 (artículo 3). Tampoco considera abusiva la comisión del 15% que cobra la entidad intermediada del préstamo, por ser cláusula principal del contrato estar recogida en la información precontractual y ser clara en su redacción (hace aquí la DGRN un juicio de transparencia material en toda regla). Pero sí considera abusiva y por tanto confirma también la calificación del registrador en este punto, la retención que se hace de dos cuotas mensuales para el pago futuro de la cancelación de la hipoteca, basándose en que ya que ni responde a un gasto que el propio préstamo hipotecario conlleva a cargo del consumidor ni a un servicio expresamente solicitado por el prestatario, debiendo reputarse abusivo de acuerdo con el art. 87 TRLGDCU al determinar una falta objetiva de reciprocidad en el contrato en perjuicio del consumidor.

Otra resolución en la que la DGRN se refiere a la posible abusividad de la cláusula de gastos es la de 24 de mayo de 2017. En este caso el registrador suspendió la inscripción de la cláusula relativa a los gastos alegando que: « (...) *los gastos derivados de la concertación del contrato y de la ejecución: gastos de notaría, registro, impuesto de AJD, gestoría, costas procesales y honorarios de abogado y procurador, se declaran en general nulos por tratarse, en algunos casos de gastos que corresponden legalmente al banco en cuanto es el principal interesado en otorgar la escritura e inscribir la hipoteca, lo que hace abusiva esta cláusula al conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante*

(artículo 89.2 y 3 LGDCU); en otros casos se trata de gastos: las costas procesales, sujetos a estricta regulación legal (arts. 394, 398, 559 y 561 LEC), correspondiente al juez su atribución al deudor o al acreedor según las vicisitudes del procedimiento y mediante la aplicación de la indicada regulación; y en cuanto a la imputación de los honorarios de abogado y aranceles de procurador, indica el TS que es contraria al artículo 32.5 de la LEC que los excluye de la condena en costas salvo temeridad, por lo que su imposición al deudor supone abusividad por falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 86 LGDCU)»<sup>438</sup>

Todo ello fundamentado, además de en la normas que cita el registrador, sobre la base de la doctrina de la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618). El recurso se limita por la entidad acreedora sólo la calificación negativa de la imposición a la parte prestataria de la obligación de pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados derivado del préstamo hipotecario, y la imposición, igualmente al deudor de las costas procesales y honorarios de abogado y procurador. La Dirección revoca los defectos puestos por el registrador respecto de estas cláusulas fijando cuáles han de ser aquellos gastos que desde el punto de vista registral deben reputarse como abusivos y cuáles no.

Así, considera que no es abusiva la atribución del pago del Impuesto de Actos Jurídicos documentados afirmando que «en cuanto al sujeto pasivo en el concepto impositivo de Actos jurídicos Documentados, el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo- establece en su artículo 68, que «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan», añadiendo en su párrafo segundo que «cuando

---

<sup>438</sup> La cláusula suspendida era realmente extensa en cuanto a la previsión de los gastos de que debería hacerse cargo el deudor: «Cláusula Quinta: gastos a cargo de la parte prestataria Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: a) Gastos de tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado realizados con carácter previo a la firma de esta escritura, b) Aranceles notariales y registrales relativos a la formalización del préstamo y constitución (incluidos los de la expedición de la primera copia de la presente escritura para la entidad y en su caso, los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago c) Impuestos devengados por esta operación, salvo en el caso de préstamos formalizados en consumidores, en los que se excluirán los impuestos que por ley resulte sujeto pasivo la entidad d) Gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos e) Los derivados de la conservación y seguro de daños del inmueble hipotecado f) Los derivados del seguro de vida de la parte prestataria, caso de que se hubiere pactado la obligación de contratarlo para obtener el préstamo en las presentes condiciones g) Gastos de correo, según las tarifas oficiales aplicables en cada momento h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad dirigida a la concesión o administración del préstamo».

*se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario», lo que lleva a concluir que también por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo es el prestatario».*

Que a pesar de que el TS en la Sentencia citada de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618), considere abusiva la cláusula de gastos que atribuye al deudor el pago del IAJD, no es la Sala Civil la competente para decidir sobre quien es el sujeto pasivo de un impuesto no es la Sala de lo Civil, sino la Sala Tercera, y que *«así se ha manifestado la jurisprudencia de la Sala competente del Tribunal Supremo, la Sala Tercera (Sentencias de 19 y 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004 y 20 de enero y 27 de marzo de 2006, entre otras), que señala reiteradamente que la constitución de un préstamo hipotecario por una entidad de crédito está sujeta al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, y que conforme a la legislación fiscal el sujeto pasivo es el prestatario, por entender que el «derecho» a que se refiere el precepto (artículo 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) es el préstamo mismo, aunque se encuentre garantizado con hipoteca».* Y en el mismo sentido el Auto número 24/2005, de 18 de enero, del Pleno del Tribunal Constitucional (ECLI:ES:TC:2005:24A) [reiterado por la Sentencia número 223/2005, de 24 de mayo (ECLI:ES:TC:2005:223A)] resolvió negativamente la posible inconstitucionalidad del artículo 68.2.º del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La DGRN, se adelantó en este caso al mismo criterio establecido después por la STS de 15 de marzo de 2018 (ROJ:STS 848/2018 – ECLI:ES:TS:2018:848), en el sentido de respetar la interpretación sobre esta materia dada por la Sala Tercera del TS y avalada por el TC.

Con relación a los gastos procesales y preprocesales cuya asignación están perfectamente delimitados por la LEC y los gastos de abogado y procurador, incluso cuando su intervención no sea preceptiva (contrario al artículo 35.2 LEC) considera la DGRN de acuerdo con el recurrente que de la cláusula resulta claramente que en ningún caso se están imputando este tipo de gastos al deudor por los que revoca también este defecto.

Sin embargo puede inferirse de lo señalado que en el caso de que se estableciese la atribución de este tipo de gastos y costas al deudor sí que debería rechazarse su inscripción por ser abusivos conforme a la Sentencia repetida de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618) y 15 de marzo de 2018 (ROJ:STS 848/2018 – ECLI:ES:TS:2018:848) y ser contrarios a norma imperativa.

Nada se dice en la Resolución por no haberse recurrido respecto de los gastos de tasación, notaría y registro, pero teniendo en cuenta la continua referencia que se hace por la DGRN al contenido de la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618), debe entenderse que el recurrente asume los argumentos en ella expuestos sobre la abusividad de la asunción de los gastos por parte del consumidor en los casos en que corresponda satisfacerlos por ley al acreedor y que ha procedido a la correspondiente devolución de los indebidamente pagados por el consumidor.

De estas Resoluciones podemos deducir que el criterio a adoptar por los registradores para la calificación de la abusividad de las cláusulas de gastos en las hipotecas (siempre que efectivamente se garanticen esos gastos en la constitución), no difiere del estrecho margen que se ofrece para la calificación en el resto de cláusulas; ha de tratarse de cláusulas cuya nulidad por abusividad resulte de resolución judicial firme o que pueda inducirse sin ningún tipo de apreciación de las circunstancias concretas, en un análisis desnudo de otras normas legales, ya sea la lista negra del TRLGDCU o bien de normas imperativas como la que resultaría en el ámbito de los intereses de demora del art. 114.3 de la LH.

## **CAPÍTULO VI. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: UN PROBLEMA NO RESUELTO Y UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN**

### **1.- UN PROBLEMA POR RESOLVER**

Tras el análisis exhaustivo que se ha hecho en este trabajo de la evolución de la calificación registral de las cláusulas abusivas y en concreto de las distintas cláusulas de los préstamos hipotecarios que pueden ser susceptibles de revestir dicho carácter abusivo debemos plantearnos cuál es la situación actual y si realmente se ha conseguido dar solución al problema.

Como hemos visto, se han producido numerosos pronunciamientos judiciales de tribunales de 1ª Instancia y de apelación, del Tribunal Supremo y del TJUE, que han venido a perfilar una nueva doctrina en materia de cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, introduciendo conceptos nuevos como la distinción entre el control de incorporación o de información previa ajustada a la normativa según el tenor del artículo 7.1 de la LCGC y la Orden EHA 2899/2011 y el control de transparencia y a perfilar conceptos ya existentes como el de la buena fe. En otras cuestiones, a pesar de la existencia de modificaciones legislativas como la relativa al vencimiento anticipado del artículo 693.2 LEC, introducido por la Ley 1/2013, no se ha dado solución que evite considerar la cláusula de vencimiento anticipado como abusiva, aunque se ajuste a lo ordenado en el precepto legal (en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales). La cuestión relativa al vencimiento anticipado por falta de pago como ha quedado explicado se encuentra aún pendiente de una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo mediante Auto de 8 de febrero de 2017.

Del mismo modo, la DGRN ha dictado Resoluciones sobre las distintas cláusulas calificadas por los registradores de la propiedad, delimitando la actividad de calificación de los registradores en la inscripción de préstamos hipotecarios y, en ocasiones, debiendo corregir su posición anterior respecto del alcance de la calificación registral, si bien como veremos, sigue considerando que la actividad de calificación tiene unos importantes límites respecto a los medios que puede utilizar para considerar como abusiva una determinada cláusula y en función de ello, denegar su inscripción.



El legislador empujado en ocasiones por la presión social existente ha intentado establecer controles y poner límites a la imposición de determinadas cláusulas susceptibles de resultar abusivas mediante diferentes normas como la Ley 1/2013 o el Proyecto de Ley de contratos de crédito. Sin embargo la pretensión de contemporizar los distintos intereses en juego y la falta de una visión completa y de futuro ha hecho que la respuesta dada por el legislador no haya resuelto el problema de una manera definitiva, aumentando en muchas ocasiones la conflictividad y la judicialización de los asuntos.

No hay duda de que la situación actual es mejor a la de hace cinco años cuando explotó el caso Aziz y el TJUE criticó nuestro sistema hipotecario en relación a la existencia de cláusulas abusivas y la falta de un control antes de proceder a la ejecución de la garantía. Pero creo, que los pasos que se han dado, ni son suficientes, ni se han hecho con la firmeza necesaria, ni se ha sabido buscar soluciones alternativas a la previsible paralización de los procedimientos de ejecución por el control judicial impuesto a través de la nueva causa de oposición introducida en el art. 695.1.4º LEC.

Si al tratar del control de las cláusulas abusivas en la UE hablábamos de un control previo de las cláusulas abusivas o río arriba y de un control posterior o río abajo (el judicial), se ha acudido únicamente al control río abajo judicial, que implica que el daño ya se ha producido, sin intentar fortalecer el control preventivo representado por notarios y registradores, pero también con el control administrativo de los predisponentes que redactan los contratos. El control judicial, como se ha indicado ya, supone en cierto modo un fracaso del sistema pues se parte de una cierta imposibilidad de evitar las cláusulas abusivas en los contratos, pasando a solucionar los efectos negativos que ya se han producido para los consumidores. Por otro lado esta solución no es satisfactoria del todo para el consumidor por los largos plazos que ha de soportar en el sistema judicial que se ve agravado por la falta de medios de los juzgados y tribunales ante la avalancha de demandas<sup>439</sup>.

Además, esta actuación tardía y en cierto modo atropellada, consecuencia de la situación puesta de manifiesto por el TJUE, es aún más grave por cuanto el legislador español no sólo no había tenido en cuenta el control previo de las cláusulas abusivas para

---

<sup>439</sup> Son numerosas las noticias en prensa que han ido señalándolo durante estos años: «Los gastos hipotecarios atascan los juzgados: 7 meses en tramitar demandas»: [https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/gastos-hipotecarios-juzgados-atascan-demandas-reclamaciones-bancos\\_0\\_1136887152.html](https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/gastos-hipotecarios-juzgados-atascan-demandas-reclamaciones-bancos_0_1136887152.html), «18.474 demandas bloquean los juzgados catalanes para cláusulas abusivas»: <https://www.elperidico.com/es/economia/20180129/los-juzgados-especiales-recipientes-18474-demandas-por-clausulas-abusivas-entre-junio-de-diciembre-6585780>.

fortalecerlo, sino que además lo había debilitado a través del artículo 12 LH, que como queda dicho pretendía el acceso al Registro de la hipoteca apenas sin control por parte del registrador. Cuando podía haber incorporado el control preventivo de las cláusulas abusivas, no lo hizo, sino que facilitó su inclusión limitando dicho control. Cuando ya se habían puesto de manifiesto las consecuencias nefastas de esa falta de control, optó por un control a posteriori, sin solucionar el problema en su raíz.

No podemos olvidar que la Sentencia Aziz del TJUE se produjo en un escenario excepcional; con una de las mayores crisis económicas de los últimos 50 años, con un ambiente social contrario a la Banca, por el aumento de ejecuciones y desahucios (no siempre derivados de hipotecas impagadas) y también por cierta concepción de que los bancos eran los culpables de la propia crisis económica, agravado con casos de corrupción política que afectaban también a las entidades de crédito, fundamentalmente Cajas de Ahorro, que habían llevado una política de concesión de préstamos irresponsable y que derivó en la quiebra de muchas de ellas, y en general un contexto de descontento social expresado por plataformas y movimientos como los del 15-M, o la Plataforma de Afectados por la Hipoteca. Todo esto constituía un caldo de cultivo en el que la resolución del caso Aziz, con sus críticas a nuestro sistema hipotecario, vino a actuar como un auténtico detonante que ha estado a punto de acabar con la propia hipoteca y el sistema hipotecario.

No hay que negar la existencia de abusos por parte de las entidades de crédito como la concesión irresponsable de préstamos o la colocación de productos a los consumidores a sabiendas que eran claramente perjudiciales para los mismos con la información de la evolución de los mercados de que disponía el Banco y no el consumidor (cláusulas suelo, swaps). Por otro lado tampoco se puede negar la irresponsabilidad de algunos prestatarios al pensar que la evolución de los precios de los inmuebles seguiría en una progresión exponencial indefinidamente, aceptando préstamos por un importe muy superior al valor de tasación de los inmuebles, o pensando que el precio del dinero no subiría y con ello el Euríbor como índice de referencia, con el consiguiente aumento de la cuota hipotecaria. Los diversos operadores jurídicos que intervinimos en todas esas transacciones también debemos anotarnos una importante parte de responsabilidad, bien por haber permitido los abusos en la firma de los contratos sin realizar convenientemente la labor de control y asesoramiento o permitir la inscripción de determinadas cláusulas aún a sabiendas de su carácter abusivo, bien por no advertir las consecuencias nefastas de esa política de crecimiento sin control del mercado inmobiliario en lo que se convertiría en

la burbuja inmobiliaria y la burbuja de crédito. Por último, la responsabilidad del Gobierno y del legislador es también grave por no haber tenido el valor de tomar las medidas necesarias para enfriar el mercado hipotecario, o fortalecer el control previo, plegándose en ocasiones a las exigencias de la banca, como por ejemplo con la introducción del artículo 12 LH en la Ley 41/2007 cuando ya existían síntomas de desgaste en el sistema.

Todas estas causas y desencadenantes de la crisis económica y del problema de las cláusulas abusivas han sido analizadas profusamente desde distintas ópticas, y realmente de poco más nos puede servir que para aprender. Nos encontramos con un problema no resuelto. Sin embargo entiendo que, ahora que se va aclarando el horizonte económico, que existe una mayor concienciación de la existencia y alcance de las cláusulas abusivas y una mayor sensibilización con la protección de los consumidores frente a las prácticas y cláusulas abusivas, es el momento de configurar un sistema compacto, preventivo y legal que impida la repetición de un escenario similar en el futuro. Ahora es el momento de poner los cimientos a un sistema hipotecario que permita un crecimiento ordenado de la economía, que fortalezca la hipoteca como el instrumento de crecimiento económico que ha permitido durante años el acceso a la vivienda a millones de españoles y de establecer un sistema de concesión de préstamos que ofrezca seguridad al acreedor y protección al consumidor.

Seguridad para el acreedor porque entiendo que uno de los principales interesados en acabar con la existencia de las cláusulas abusivas, son las propias entidades de crédito, de modo que les permita en caso de impago efectivo del préstamo una rápida ejecución y la recuperación a través de la realización de la garantía de la cantidad prestada más los intereses correspondientes de un modo seguro y rápido. Sin embargo la experiencia ha demostrado que la duda sobre la existencia de cláusulas abusivas da lugar a que los procedimientos de ejecución se alarguen y dificulten la anteriormente rápida y previsible terminación del procedimiento.

Por otro lado, a pesar de que al consumidor se le exija una mayor precaución al contratar productos bancarios en general y préstamos hipotecarios en particular y se incorporen medidas de control de transparencia en la redacción de los clausulados, no hay que obviar que en la sociedad actual la rapidez del mercado, la exigencia de inmediatez y la amplitud de los conocimientos en todas las materias, hace prácticamente imposible que un consumidor medio (por seguir la terminología jurisprudencial) pueda conocer y llegar a comprender en toda su complejidad y profundidad los cláusulas que preparan las entidades de crédito para la firma de un préstamo hipotecario.

Son diversas las medidas que se pueden tomar al respecto y pretendo exponerlas a continuación en diversas propuestas de solución, muchas de las cuales deberán llegar en forma de reforma legislativa. Todas ellas, sin embargo parten de dos principios básicos: la necesidad de fortalecimiento del sistema hipotecario como medio apto y eficiente de conseguir el acceso universal a la vivienda y el crecimiento de la economía y el firme propósito de todos los actores de acabar definitivamente con la existencia de cláusulas abusivas, al menos en los préstamos hipotecarios por las consecuencias perjudiciales (y en ocasiones dramáticas) que se han demostrado.

Se puede objetar que son muchos los avances que se han realizado en la lucha contra las cláusulas abusivas pues como hemos dicho tanto el legislador como la jurisprudencia han tomado medidas contra las mismas, siendo sin embargo el alcance de las mismas muy limitado y así pretendo señalarlo en el siguiente epígrafe antes de proponer las soluciones que entiendo serán mucho más definitivas.

## 2.- LOS LÍMITES DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

### 2.1. *¿Es la calificación registral la solución a las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios?*

No puedo negar que al inicio de este trabajo partía de una premisa que tras el estudio de todos los elementos en juego se ha desvelado errónea. Consideraba, de una manera intuitiva y confiando en las bondades de nuestro sistema registral, que si se permitiera la calificación del registrador en toda su extensión de las cláusulas de la hipoteca se lograría acabar con la existencia de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Al llegar a este punto del trabajo considero que la mera calificación registral no es suficiente como solución al problema. Es sin duda una parte importante para apuntalar y reforzar el sistema, fundamentalmente lograr que se hagan efectivas las declaraciones de nulidad de cláusulas abusivas declaradas como tales por la jurisprudencia impidiendo que tengan acceso al Registro en el futuro, pero poco puede hacer frente a redacciones o cláusulas nuevas, aunque persigan el mismo objetivo desequilibrador de las ya declaradas nulas. La naturaleza y el propio ámbito de la calificación registral así lo impide.

Ya se ha puesto de manifiesto la evolución que sobre esta materia ha seguido la jurisprudencia registral, desde los primeros momentos en que se consideraba que no se

podía entrar a calificar la abusividad por ser un tema exclusivamente reservado a los jueces, hasta la postura actual en que recoge expresamente cuál debe ser el alcance de dicha calificación. Por el camino ha habido distintas modificaciones legales que parecían inclinar la balanza hacia uno u otro lado. Así el inicial art. 10 bis de la LGDCU, actual artículo 82 TRLGDCU, el art. 348 LH, parecían favorecer dicha calificación, mientras que la nueva redacción del art. 12 LH introducido por la Ley 41/2007, se dictó con la clara voluntad de restringir todo lo posible la calificación registral, no sólo de las cláusulas abusivas, sino del préstamo hipotecario en general.

La posición de la DGRN, tampoco ha ayudado a mantener una posición coherente al respecto, ya que también ha ido oscilando entre las dos tendencias: una cierta libertad del registrador para calificar y valorar la existencia de las cláusulas abusivas, o una negación de esta posibilidad salvo las cláusulas estrictamente declaradas ya abusivas por sentencia, que tuvieran la misma redacción e incluso exigiendo su inscripción en el RCGC. Es cierto que estas últimas posturas maximalistas de la DGRN fueron a su vez anuladas por los tribunales en sentencias dictadas al recurrirse la propia Resolución y pertenecen a la que podíamos denominar época oscura de la DGRN. El ejemplo paradigmático que se ha expuesto en este trabajo sería la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011<sup>440</sup>, en la que se había recurrido la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 2008.

Aún así, con todas estas oscilaciones de la doctrina de la DGRN sobre calificación de cláusulas abusivas, siempre se partía de unas premisas básicas que no podemos obviar; la limitación de los medios de calificación del registrador. Recordemos que, cómo se exponía en el inicio de este trabajo, la calificación registral supone un enjuiciamiento o comprobación de los requisitos del acto y del documento que lo contiene con el objeto de determinar si puede, o no, inscribirse el mismo. Este es el alcance de la calificación, determinar la inscribibilidad, esto es, la posibilidad de acceder al Registro de un acto o contrato y ello para garantizar que los efectos que dicha inscripción produce en el ámbito jurídico y especialmente frente a terceros no dé lugar a situaciones o derechos que resulten contrarios al ordenamiento.

Relacionado con ello, los medios que para este juicio cuenta el Registrador son limitados y ajustados a la finalidad que se pretende ya que la normativa hipotecaria los

---

<sup>440</sup> Que fue a su vez objeto de Sentencia del TS en recurso de casación (sobre la legitimación del registrador para recurrir la RDGRN) por STS de 13 de septiembre de 2013 (STS 5706/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5706)

limita al documento presentado y a los asientos del registro y por supuesto se hace aplicando todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que estos medios no responden únicamente al sentido estricto de los términos, pues cuando se habla de asientos del Registro la DGRN ha reconocido que debe entenderse también a los asientos de otros Registros Públicos a los que pueda tener acceso el registrador como puede ser el Registro Mercantil, para valorar la capacidad en caso de concurso o el alcance de la representación, y que podría serlo otros como el Registro de Actos de Última Voluntad, el Catastro y en el futuro podía serlo el Registro Civil o el Registro de Condiciones Generales de la Contratación en caso de que se estableciesen los requisitos técnicos necesarios para ello<sup>441</sup>. De igual modo cuando se habla del título presentado, pueden (y deben) tenerse también en cuenta otros títulos conexos presentados en el Registro y que pueden serlo otros documentos relacionados con el asiento de presentación de que se trate<sup>442</sup>. Por último, con relación a las normas del ordenamiento que han de tenerse en cuenta para la calificación de las cláusulas abusivas, no sólo debe considerarse como tales las propiamente hipotecarias, sino que afectarán otras normas diversas del Estado, como el art. 693.3 LEC, las modificaciones y normas recogidas en la Ley 1/2013 y la Orden EHA/2899/2011, pero también normas autonómicas como el Código de Consumo de Cataluña, la normativa y jurisprudencia comunitaria (*vgr.* el principio de efectividad) y además sentencias con valor de jurisprudencia (como las emitidas por el TS en materia de cláusulas abusivas).

No obstante tras toda la evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa en la materia, entiendo que la posición de la DGRN sobre el alcance de la calificación registral de las cláusulas abusivas ha llegado a un punto en el que es difícil avanzar más sin pretender salirse de su ámbito natural. A pesar de que últimamente siguen existiendo calificaciones de registradores que defienden la posibilidad de calificar como abusivas e in-

---

<sup>441</sup> La Dirección General ha adoptado un sentido más amplio de lo que debe entenderse por asientos del Registro, en cuanto a los medios de calificación, así señala, que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente (Catastro, Registro Mercantil, RGAUV) en R. 1 de Junio de 2013 y la de 23 de abril de 2014. Respecto al Registro Mercantil, en la Resolución de 11 de diciembre de 2015 señala el Centro Directivo que el registrador no sólo es que pueda, sino que debe acudir a él como medio auxiliar de calificación, especialmente, cuando la parquedad del juicio de suficiencia impida al registrador desempeñar su función.

<sup>442</sup> Según la Resolución de 24 de octubre de 2005, el Registrador puede tener en cuenta para calificar incluso los documentos presentados posteriormente que sean complementarios, conexos o relacionados con el documento presentado, pero no puede tener en cuenta los documentos presentados con posterioridad que sean contradictorios o incompatibles con aquél, ya que en este caso es aplicable el principio de prioridad.

cluso usurarias determinadas cláusulas como el tipo de interés remuneratorio o determinadas comisiones como las de apertura o de gastos, la DGRN como en la R. de 1 de febrero de 2018, aunque se trata de un caso de hipoteca con ciertas características de préstamo usurario, considera que la calificación del registrador no tiene elementos de juicio suficientes para poder inferir la abusividad o el citado carácter usurario y se remite a un esquema muy completo de lo que entiende es el alcance de la calificación registral en materia de cláusulas abusivas. Lo que ocurre es que con ese esquema de lo que el registrador puede calificar como abusivo, no se puede evitar la inclusión en el registro de numerosas cláusulas que podrán declararse nulas por abusivas en el futuro si se someten a enjuiciamiento en un tribunal. En definitiva, que la posición actual de la DGRN sobre calificación de cláusulas abusivas no es suficiente para acabar con la existencia de las mismas, y además considero que es muy difícil que en el futuro se amplíe el ámbito de dicha calificación. El fin de las cláusulas abusivas no vendrá determinado por la calificación registral exclusivamente sino que precisa de otras medidas legales diversas y complementarias.

## *2.2. Resumen de la posición actual de la DGRN sobre calificación de préstamos hipotecarios.*

Lo que podría definirse como última posición de la DGRN en materia de calificación de préstamos hipotecarios o posición actual la hemos ido recogiendo a lo largo de este trabajo con referencia a las distintas cláusulas, pero considero conveniente recogerla de una manera resumida en este punto para demostrar que habiéndose sin duda ampliado a la que tradicionalmente se venía manteniendo, es aún insuficiente para acabar con las cláusulas abusivas en estos contratos.

Esta última posición comienza en la resolución de 1 de octubre de 2010, que afirma la existencia de ese cambio, y se va perfilando hasta llegar a las resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, donde recoge un esquema claro de lo que entiende el Centro Directivo es el alcance de la calificación registral de los préstamos hipotecarios y no sólo ya de las cláusulas abusivas<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup> Hay que advertir no obstante que esta construcción se ha hecho en buena medida al margen de la distinción entre contrato por negociación y contrato por adhesión que sí se recoge por el Tribunal Supremo, aunque poco a poco la DGRN acoge esta distinción y la aplica como en la Resolución de 22 de enero de 2015 y la de 19 de mayo de 2017, esta última relativa a las cláusulas suelo.



Como decimos la DGRN se remite ya en las últimas Resoluciones al hablar de calificación de cláusulas abusivas a la posición recogida en las RR. de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015. Doctrina que por su interés y por resultar la posición oficial actual en esta materia pasamos a resumir<sup>444</sup>:

En la resolución de 28 de abril de 2015, dictada como consecuencia de un recurso contra la calificación de una hipoteca de un Banco alemán, parte la Dirección de las dificultades que entraña la existencia de una normativa descoordinada por lo que respecta al ámbito de aplicación de la misma, señalando que existen las normas que se aplican especialmente a los préstamos de adquisición de vivienda, como la norma que limita los intereses moratorios del art. 114 LH y las normas especiales para estos casos de la Ley de enjuiciamiento Civil o del RD 6/2012, y otras para préstamos con consumidores como las relativas a cláusulas abusivas, además de para los préstamos en general.

A) Ámbito subjetivo

Se refiere primero a las normas generales como son la relativa a la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y las de protección de los consumidores en la adquisición de estos productos financieros y que serían aplicables a los siguientes supuestos:

i) Los préstamos y créditos hipotecarios que recaen sobre una vivienda aunque esta no tenga la condición de vivienda habitual, siempre que pertenezcan a una persona física. Con independencia de si dicho propietario persona física es o no prestatario y de la finalidad del préstamo, que puede ser mercantil. Esto es se aplicará esta normativa de transparencia incluso en un préstamo concedido a una sociedad o persona jurídica, si el hipotecante no deudor es una persona física y el bien es una vivienda.

ii) Los préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física y que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

iii) Además de estas normas, se aplicarán las normas contenidas en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, a aquellos préstamos y créditos en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado y el carácter de

---

<sup>444</sup> De un modo similar resume la posición de la DGRN quien ha sido Director General de los Registros y el Notariado y bajo cuya dirección se han dictado las Resoluciones que en este punto comentamos, en GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (DIR.) y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. y TOMÁS TOMÁS, S. (COORD.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 697-699.

su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo y por tanto ajeno a la actividad empresarial o profesional.

#### B) Análisis del art. 12 LH

A continuación, y teniendo en cuenta la polémica en relación a la interpretación del artículo 12 LH y su relación fundamental con la calificación de las cláusulas abusivas, estima necesario reiterar el cambio de posición que con relación a este punto había hecho en Resoluciones anteriores y por ello se remite a la Resolución de 3 de octubre de 2014 en su fundamento de Derecho segundo afirmando que *«(...) procede aclarar como cuestión previa los cánones de interpretación que han de seguirse en la interpretación del párrafo segundo del art. 12 de la L.H., en el sentido de que debe prevalecer sobre la interpretación aislada de dicho precepto, el canon de interpretación sistemática. Partiendo de esta interpretación sistemática del citado párrafo segundo del art. 12 de la L.H., teniendo en cuenta las referidas sentencias y resoluciones, lo relevante, a efectos del presente expediente, es que el párrafo segundo de dicho precepto no excluye la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, sin perjuicio de las matizaciones de la misma en los supuestos del párrafo segundo del art. 12 de la L.H. (...). Del indicado artículo resulta que el contenido del asiento de inscripción de hipoteca comprende la extensión propia del derecho real de hipoteca -extensión objetiva y responsabilidad hipotecaria-; la identificación de la obligación garantizada que, a su vez, incluye las cláusulas financieras determinantes de su contenido y las cláusulas de vencimiento anticipado determinantes de la posibilidad de su ejecución (ya lo sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por el ejecutivo ordinario), y en tercer lugar, aun cuando el art. 12 de la L.H. no se refiera a ellas, las cláusulas relativas a los distintos procedimientos de ejecución de la hipoteca -arts. 129 de la L.H., 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes-. Es decir, lo que se inscribe es únicamente el derecho real de hipoteca, pero el contenido obligacional del título se hace constar en la inscripción en sus propios términos, no como tal crédito o préstamo en sí mismo considerado, sino en cuanto delimita el propio contenido del derecho real de hipoteca, delimitación que es imprescindible en un sistema de accesoriadad».*

#### C) Ámbito objetivo

Entra a continuación en un examen detenido de la calificación de las cláusulas de la hipoteca, distinguiendo respecto de la calificación de todas las hipotecas en general, en el

que se hace un un examen de las cláusulas de vencimiento anticipado y por otro lado la posición de la calificación concreta en los préstamos hipotecarios a los que además les sería aplicable la legislación en materia de consumidores.

i) Así sobre la calificación con carácter general respecto de todas las clases de hipotecas se afirma que el Registrador deberá denegar la inscripción de:

- Todas aquellas cláusulas que con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no puedan inscribirse por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción (vgr. por ser contrario al principio de especialidad, o por tener naturaleza personal).

- También se deberán rechazar aquellas otras cláusulas de la hipoteca que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas, y por tanto que sean nulas de pleno derecho, ya sean estas de carácter específico (vgr. el pacto comisorio prohibido por el art. 1859 CC o el pacto de vencimiento anticipado prohibido por el artículo 61.3 de la Ley concursal<sup>9</sup>, o que estando reverenciadas a los principios generales de la contratación (vgr. aquellos pactos que vulneran lo dispuesto en el art. 1256 CC o los que vulneran la facultad del deudor de completar la garantía conforme a lo dispuesto en el art. 1129.3 CC).

- Por último, deberán también denegarse aquellas cláusulas de todo tipo de hipotecas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales, que no ostenten además la condición de cláusulas financieras -pues entonces sí tendrían esa eficacia real al afectar a la obligación garantizada-, respecto de las cuáles no se haya pactado que su incumplimiento pueda dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo (ya que de este modo sí se le otorga una trascendencia real) ni tampoco se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de responsabilidad hipotecaria. Estas cláusulas que carecen de dicha trascendencia real, deberán ser depuradas por esa falta de eficacia real conforme al art. 98 LH.

ii) Cláusulas de vencimiento anticipado.

A ello debe añadirse la posición fijada por la Dirección en materia de cláusulas de vencimiento anticipado, también aplicable a todo tipo de hipoteca (de consumidores o no), respecto de las cuáles señala que, además de la aplicación a las mismas de las normas sobre normas imperativas y prohibitivas señaladas, son también aplicables en el examen de las causas de vencimiento anticipado las normas y principios generales del sistema registral español de manera que:

- el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes.

- los términos de dichas cláusulas de vencimiento anticipado cumplan con las exigencias propias del principio de determinación hipotecaria.

- se excluyan aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado con la hipoteca y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca (vgr. las que declaran dicho vencimiento por embargo, venta, muerte del avalista y un largo etcétera).

iv) A continuación se va a referir en esta resolución le Centro Directivo a las cláusulas cuya nulidad por abusividad puede rechazar el Registrador cuando se trate de calificación de préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable además la normativa de protección de consumidores:

- Deberán rechazarse la inscripción de aquellas cláusulas cuya nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, añadiendo que no es preciso (como se había antes exigido) que conste inscrita dicha resolución judicial en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación pues esta exigencia infringiría el principio de efectividad de la normativa comunitaria en materia de protección de los consumidores.

- Deberán ser también calificadas negativamente y rechazadas para su inscripción aquellas otras cláusulas cuyo carácter abusivo pudiera ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de valoración o ponderación, bien porque coincidan con algunas de las tipificadas como tales en la llamada «lista negra» de los arts. 85 a 90 TRLGDCU

- En aquellos otros supuestos en que se vulnere alguna norma específica sobre la materia, como la limitación de los intereses de demora del art. 114.3 LH. ello de conformidad con la doctrina de la nulidad *apud acta*, recogida por el TS en la S. de 13 de septiembre de 2013. Dentro de este supuesto entraría lo que se puede considerar el principal avance en la doctrina de la DGRN en esta materia de la calificación de las cláusulas abusivas, que sería la posibilidad de rechazar la inscripción de las escrituras de constitución de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, según la forma -normal o reforzada- que para cada caso el legislador haya establecido como medio de asegurarse del conocimiento por los usuarios de los productos bancarios del riesgo financiero que comporta el contrato en general y la cláusula en particular. En

este supuesto entrarían por ejemplo la declaración manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013 para las cláusulas suelo o swap como medidas particulares, o las disposiciones generales de advertencias y controles de la Orden EHA/2899/2011.

D) Normativa autonómica.

Por lo que respecta a la Resolución de 25 de septiembre de 2015, a la que también se remite la propia DGRN para fundamentar su posición actual sobre la calificación de hipotecas, reitera la misma distinción entre posibles defectos impeditivos de la inscripción respecto de préstamos hipotecarios en general o de préstamos hipotecarios a los que sea aplicable la normativa de protección de consumidores y usuarios, pero aborda en primer lugar otro de los grandes problemas que ha tenido el legislador sobre esta materia que no es otro que la dispersión normativa y en particular las competencias autonómicas para establecer normas de protección de consumidores en la contratación de productos bancarios y préstamos hipotecarios. Problema que además se ha ido complicando por los recursos de inconstitucionalidad interpuestos sobre algunas de estas normas que ha hecho que se suspendiera su vigencia durante un tiempo hasta la resolución efectiva por el TC.

Sobre este punto su idea fundamental es que el registrador carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las normas que ha de aplicar en el ejercicio de su función, y que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario estatal o autonómico.

Son numerosas las resoluciones que sobre este punto se han dictado, a las que ya hemos hecho referencia, y respecto de este punto comienza señalando la resolución que la protección de consumidores y usuarios es una materia transversal que afecta a diversas normativas como pueden ser la civil, mercantil, financiera etc.. y que por ello se necesita un análisis de las competencias concretas que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas al respecto. Tras esta manifestación inicial se señala que el Estado en desarrollo de sus competencias exclusivas conforme al art. 149 CE en especial en materia de fijación de las bases contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos, de ordenación del crédito y de la banca, ha establecido un régimen uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, con manifestaciones básicas como la de la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario con subsistencia del contrato (art. 83 TRLGDCU y art. 8 LCGC), la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias o las condiciones de transparencia contractual para

que puedan acceder al Registro de la Propiedad (art. 84 TRLGDCU, art. 114.3 LH o art. 6 Ley 1/2013). Partiendo de todo ello y de que la normativa autonómica (catalana en este caso) no puede regular respecto de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas, la eficacia del préstamo o las consecuencias de la inscripción registral de los mismos, la Dirección se considera competente para conocer del recurso y como hace en otras anteriores sobre el mismo punto afirma que el registrador debe aplicar las normas vigentes en el momento de la calificación sin que pueda entrar a valorar su inconstitucionalidad o no, debiendo calificar en base a las mismas, sin perjuicio de que la competencia para conocer el recurso la considere suya por los argumentos expuestos.

Tras este discurso en materia competencial, entra ya esta Resolución de 25 de septiembre de 2015 a resumir la misma posición sobre calificación de las hipotecas de la ya mencionada de 28 de abril del mismo año, posición que parece definitiva e inamovible pues se ha ido repitiendo en los últimos años en las resoluciones que se han dictado sobre la materia.

### *2.3. Consecuencias prácticas de la calificación registral*

Tras este análisis podemos llegar a la conclusión de que aquellos que defendían la imposibilidad total del registrador de rechazar una determinada cláusula de la hipoteca por ser abusiva se equivocaban. A pesar de los limitados medios de calificación con que cuenta el registrador, se ha puesto de manifiesto que en diversos supuestos han sido ellos los que han mantenido la posición de defensa de los consumidores frente a la pertinaz insistencia de las entidades acreedoras en la predisposición de cláusulas abusivas y la dejación o mera abstención del Notariado en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Sin embargo considero que continúa siendo insuficiente y lo intentaré poner de manifiesto mediante dos ejemplos prácticos: la limitación de los intereses de demora y las consecuencias prácticas de la denegación de inscripción de una cláusula abusiva.

A) La limitación de los intereses de demora: ¿Un ejemplo de éxito o un fracaso?

La evolución seguida en los últimos años en relación a la cláusula de intereses de demora de los préstamos hipotecarios se ha puesto de manifiesto más arriba al tratar de la concreta cláusula. De no existir limitación ninguna en un principio, se pasó a advertir de la posible abusividad de los intereses del 18'75 % del caso Aziz, por implicar una

indemnización desproporcionadamente alta, (art. 85.6 TRLGDCU), sentencia que determinó la inclusión por Ley 1/2013 del límite de tres veces el interés legal del dinero en el momento de la ejecución pero sólo para préstamos de adquisición de vivienda (art. 114.3 LH). Por su parte y sólo para Cataluña, el Código de Consumo de Cataluña, declaraba abusivas, en el art. 251.6, número 4, letra a), «*las cláusulas que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del contrato*», con lo que, en hipotecas constituidas sobre inmuebles radicados en la comunidad Autónoma de Cataluña, ya no se limitaba a primeras hipotecas de adquisición de vivienda, sino a todas y además, ya se podía saber al calificar con dicha norma si el interés de demora fijado era o no abusivo pues se refería al interés legal vigente y no a uno futuro.

En medio de toda esta normativa confusa, con recursos de inconstitucionalidad contra la normativa catalana incluidos, el Tribunal Supremo vino a establecer un nuevo límite a la abusividad de los intereses de demora. Así en la Sentencia 364/2016 de 3 de junio declaró abusivos los intereses de demora de los préstamos hipotecarios que superaran en dos puntos el interés ordinario. Reiteraba así la doctrina de dos sentencias anteriores (la 626/2016 de 18 de febrero de 2016 y 705/2015 de 23 de diciembre) que ya habían declarado abusivos unos intereses de demora del 19% en un préstamo hipotecario, pero introdujo como novedad ese límite concreto. Estableció un límite distinto -y más bajo- que el legal, pero además más amplio en cuanto a su aplicación, puesto que lo estableció para todos los préstamos en que interviniesen consumidores y no sólo para los de adquisición de vivienda.

Ante este nuevo límite entre los registradores hubo un primer momento de incertidumbre: ¿Qué hacer? ¿Adoptar este nuevo límite como criterio para calificar los intereses de demora como abusivos? En principio era el propio TS quién señalaba ese nuevo límite, teníamos las Sentencias que así lo afirmaban y eran firmes, pero la histórica presión de la DGRN por no calificar las cláusulas abusivas (salvo que fuera el supuesto de oposición a una norma imperativa pesaba sobre el ánimo de los registradores. Hubo una discusión con argumentos a favor y en contra de aplicar esta nueva doctrina, con análisis bien fundamentados que venían a laminar la afirmación del TS y otros en cambio, que considerábamos que era una gran oportunidad para poner freno a una práctica de la Banca



que se iba acomodando a lo que disponía las normas legales pero buscando en muchas ocasiones la más mínima posibilidad de burlarlo<sup>445</sup>.

Finalmente se impuso la tesis que defendía la aplicación en nuestras calificaciones del nuevo límite de abusividad exigido por el TS, de modo que se comenzaron a rechazar las cláusulas que establecían un interés de demora superior a dos puntos por encima del interés ordinario. Ello supuso una paralización de las inscripciones de hipotecas durante un tiempo en numerosos registros y así fue recogido por la prensa<sup>446</sup>, pero supuso un cambio fundamental, pues la Banca acreedora, al ver que no iba a poder inscribir la hipotecas con la redacción de las cláusulas de intereses de demora que eran superiores a ese límite, comenzaron a ajustar las hipotecas al nuevo límite.

Entiendo que fue un supuesto claro de lo que puede suponer la calificación de los registradores de la abusividad de una cláusula y la fuerza que tiene dicha calificación. Ahora bien, en este caso se dio una circunstancia particular y es que se trataba de una cláusula concreta en que la sentencia que la declaraba nula fijaba un criterio claro y objetivo para determinar su abusividad; los dos puntos por encima del interés ordinario. Esta forma de delimitar la abusividad de las cláusulas no es tan sencilla respecto de otras muchas, pues dependerá del modo en que esté redactado o las circunstancias en que se llevó a cabo la contratación, o bien de apreciación de elementos como la buena fe. Y además y como consecuencia de ello en muchas ocasiones se exigiría para su apreciación de práctica de prueba que puede llevar a cabo el juez del caso concreto pero no el registrador.

Pero, ¿realmente podemos considerar el caso de la limitación de los intereses de demora un supuesto de éxito en la lucha contra las cláusulas abusivas? ¿Ya no hay intereses de demora abusivos en las hipotecas? Sí, los sigue habiendo, a pesar de las Sentencias del TS y de la calificación del registrador. Y digo a pesar de ello porque son abusivas aunque respetan el límite de los dos puntos fijado por el TS.

Porque a pesar de respetar en la cuantía del porcentaje los dos puntos por encima del interés remuneratorio u ordinario, aumentan al máximo posible otro de los factores

---

<sup>445</sup> Por ejemplo en relación al límite de tres veces el interés legal del dinero fijaban un porcentaje del 11 o 12 %, y añadían la coletilla de «siempre que en el momento de la ejecución (de hacerse efectivo) no supere el límite de tres veces...» Con lo que buscaban fijar siempre el máximo dentro del el rango que le permitía la ley, además de suponer un mayor gasto tributario para el prestatario como se ha señalado.

<sup>446</sup> Entre otras la noticia aparecida en El Confidencial el 9 de septiembre de 2016: «La inscripción de hipotecas se paraliza tras la sentencia sobre los intereses de demora». [https://www.elconfidencial.com/vivienda/2016-09-09/la-inscripcion-de-hipotecas-se-paraliza-tras-la-sentencia-sobre-los-intereses-de-demora\\_1257295/](https://www.elconfidencial.com/vivienda/2016-09-09/la-inscripcion-de-hipotecas-se-paraliza-tras-la-sentencia-sobre-los-intereses-de-demora_1257295/). Vid. También la noticia de 28 de septiembre de 2016 de Idealista.com: «Susto en las hipotecas: caen un 14,9% en julio por un problema legal», <https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2016/09/28/743713-susto-en-las-hipotecas-caen-un-149-en-julio-por-un-problema-legal>.

que determinan la responsabilidad hipotecaria por los intereses de demora como es el plazo. Esto es, si antes señalaban que la responsabilidad de la finca por intereses de demora sería de dos años al 12%, hoy para compensar (por ejemplo un interés ordinario al 4% y unos intereses de demora por tanto al máximo del 6%) calculan un máximo para los intereses de demora de cuatro años al 6% y obtienen la misma cantidad, aunque normalmente no señalan plazo para ello sino que se limitan a dar una cantidad máxima siempre que entre dentro de los cinco años de plazo máximo de que puede responder la finca por intereses de demora<sup>447</sup>. En este sentido la DGRN en la Resolución de 16 de febrero de 2018 (BOE de 27 de febrero de 2018), así lo confirma para el supuesto concreto de que se calculan los intereses de demora por 47 meses frente a los 21 de intereses ordinarios y justifica la DGRN, que no se conculca el límite de abusividad de los dos puntos más, lo cual es cierto, pero siendo también cierto que el resultado abusivo de obtener una indemnización desproporcionadamente alta continúa<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> El art. 114 LH establece en su párrafo segundo que «en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años». Sobre este punto existió una discusión doctrinal a finales de los años 90, La resolución de la DGRN de 22 de julio de 1996 estableció que para el cómputo del límite de los cinco años del artículo 114, los intereses ordinarios y los de demora debían computarse conjuntamente, por lo que no podían exceder en conjunto de cinco anualidades, para evitar la excesiva acumulación de intereses impagados. Sin embargo, la resolución de 18 de diciembre de 1999 estableció una nueva doctrina sobre el tope de los intereses de demora elevándolo a cinco años y lo mismo hizo la Resolución de 14 de marzo de 2000, según la cual, dentro de los máximos legales, podrían reclamarse intereses remuneratorios de los últimos cinco años e intereses de demora del mismo periodo si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros y que, por tanto, a ambos podría extenderse la garantía hipotecaria dentro de dichos límites. Por ello cuando no se señale el plazo de la garantía hipotecaria por intereses de demora, debe entenderse que esta es de cinco años actuando el mismo como límite legal.

<sup>448</sup> Compárese en este caso de la Resolución, la excesiva diferencia entre las responsabilidades que se señalan para intereses ordinarios o costas, con las fijadas para los intereses de demora, cuando el límite es de sólo dos puntos: «La concreta cláusula de responsabilidad hipotecaria «séptima» denegada dispone que «además de la responsabilidad personal y solidaria de la parte prestataria, en garantía de la devolución del principal prestado de 296.542,18 euros, del pago de sus intereses ordinarios hasta un límite de 14.827,11 euros, de la cantidad de 59.308,44 euros, para responder de los intereses de demora o indemnizatorios que puedan devengarse por capital impagado, como se determina en el párrafo primero de la cláusula sexta, de la cantidad de 14.827,11 euros que se fijan para costas y gastos, y de la cantidad de 2.965,42 euros que se fijan para créditos conexos por los gastos a los que se refiere la cláusula de gastos, en sus apartados c) y d) de la presente escritura, Doña G. A. O E. y Don E. A. A., constituyen voluntariamente una sola hipoteca sobre la finca que se describe al final de esta escritura, a favor de Kutxabank que, a su vez, acepta dicha garantía hipotecaria». Vid. también la R. de 21 de marzo de 2017 (BOE de 6 de abril de 2017).

Señala el registrador en su nota de calificación que la cantidad global pactada de intereses remuneratorios de 14.827,11 euros, teniendo en cuenta que el tipo fijo establecido para el devengo de dichos intereses es del 2,85%, equivale a un intervalo temporal de 21 meses y algunos días. E, igualmente, que la cantidad global pactada de intereses moratorios de 59.308,44 euros, teniendo en cuenta que el tipo máximo establecido para el devengo de dichos intereses es del 4,85%, según precisó el propio notario autorizante en una de sus diligencias subsanatorias, equivale a un intervalo temporal de 49 meses y algunos días. Por lo que concluye que se garantizan en conjunto intereses ordinarios e intereses de demora por un plazo que sumado asciende a casi 71 meses o, lo que es igual, a casi 6 años, y que el máximo de años garantizables por intereses en su conjunto, sean del tipo que sean, asciende a los 5 años establecidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria

¿Era necesario llegar hasta el Tribunal Supremo para impugnar un determinado tipo de interés de demora por abusivo, para que de un modo tan fácil se pudiera defraudar el objetivo perseguido?

¿Si llegara esa hipoteca de nuevo a los tribunales podría declararse el interés de demora impuesto como abusivo? Seguramente sí, porque el hecho de que en un préstamo de 296.542,18 euros se fije una responsabilidad por intereses ordinarios con un límite de 14.827,11 euros, mientras que la responsabilidad por intereses de demora se fija en 59.308,44 euros, resulta evidentemente desproporcionada como indemnización por retraso en el pago, cuando la mayor parte de las ocasiones el transcurso del plazo por el que se pagarán esos intereses de demora dependerá de los tiempos del propio procedimiento judicial.

Todo esto lleva a plantearnos otra cuestión. El hecho de que exista la doctrina del tribunal Supremo sobre limitación de los intereses de demora así como el artículo 114.3 LH y que el registrador haya calificado ese extremo al inscribir la hipoteca, ¿implica que no pueda posteriormente impugnarse la cláusula de intereses de demora por considerarla abusiva en el procedimiento de ejecución iniciado? La respuesta debe ser negativa, pues como hemos visto, existen otros parámetros que influyen en la configuración de la cantidad a pagar por intereses de demora que puedan determinar que dicha indemnización por mora pueda considerarse abusiva por resultar desproporcionadamente alta conforme al artículo 85.6 TRLGDCU.

Pero no sólo nos planteamos a esta altura de nuestro trabajo si produce un resultado efectivo la calificación del registrador para acabar con las cláusulas abusivas, sino si realmente dicha calificación supone una ayuda al consumidor.

B) ¿La calificación del registrador, suspendiendo cláusulas abusivas de un préstamo hipotecario, supone realmente una ayuda al consumidor?

---

ya que dispone: «En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años», precisando por su parte el artículo 220 del Reglamento Hipotecario que: «Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades».

Nos planteamos la pregunta ante el caso, puesto de manifiesto por algún registrador<sup>449</sup>, pero que es una situación recurrente en la práctica, de que frente a una determinada cláusula abusiva de un préstamo hipotecario, puesta de manifiesto por el registrador, el consumidor no encuentra otra alternativa que asumir la cláusula abusiva; o bien consiente expresamente la aplicación e inclusión de dicha cláusula si se trata de un supuesto en que se requiera una especial información (como la declaración manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013), o bien pacta expresamente una modificación de la concreta cláusula para que pueda inscribirse (por ejemplo para adaptar la cuantía de los intereses de demora o la cláusula de vencimiento anticipado al límite legal). Otra alternativa que sería no consentir la modificación o novación del préstamo y que se aplicara las consecuencias civiles propias de las cláusulas abusivas -nulidad de la cláusula y tenerla por no puesta-, no es viable para el consumidor, pues supondría el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario (por no inscripción del mismo o por negarse a esa modificación) con la obligación inmediata de restituir su importe. Solución no posible por cuanto quién solicita un préstamo normalmente lo hace no para mantener el dinero en la cuenta correspondiente, sino para afrontar un determinado pago o gasto, como puede ser normalmente la compra de una vivienda.

Por lo tanto, el consumidor o prestatario respecto de cuyo préstamo se ha puesto de manifiesto por el registrador una determinada cláusula abusiva, ante la amenaza de acreedor de declarar vencido el préstamo con la pérdida del plazo y la necesaria restitución de su importe se ve compelido en la práctica a comparecer y modificar dicha cláusula en los términos que sean necesarios para su inscripción. Cuando seguramente la aplicación de las consecuencias civiles de la nulidad le serían más beneficiosas.

Si no se hubiese calificado esa cláusula concreta por el registrador y se hubiese inscrito la hipoteca, en el momento de que entrase en funcionamiento la cláusula concreta, podría declararse nula por abusiva de oficio por el juez, con la consecuencia directa de tenerla por no puesta, de modo que si se trata de la cláusula de intereses de demora, no es que se ajustaran al límite legal o el jurisprudencial, sino que no podrían devengarse esos intereses y lo mismo sucedería respecto de las cláusulas suelo para el pago de intereses ordinarios y demás cláusulas abusivas.

---

<sup>449</sup> Vid. AMÉRIGO ALONSO, E., «¿Protege realmente al consumidor la calificación registral de las cláusulas abusivas?», en la página web de notarios y registradores, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/si-protege-realmente-al-consumidor-la-calificacion-registral-clausulas-abusivas/>. Fecha de consulta: 7/8/2018

Sin embargo, el hecho de que el registrador pusiese de manifiesto la existencia de la cláusula abusiva, en el momento en que el préstamo se había ya perfeccionado y entregado el importe prestado, implica una cierta coacción al consumidor a consentir con la cláusula o a novarla para ajustarla a la legalidad si se ha «descubierto» por el registrador. El resultado de todo ello es que las redacciones manuscritas de conocimiento del alcance de las cláusulas suelo o swaps se redactan con posterioridad a la entrega del préstamo, cuando la finalidad perseguida por la norma, es que se informe adecuadamente al deudor con anterioridad a la celebración del negocio; y nos encontramos también con deudores que consienten la modificación de la cláusula de intereses de demora por la presión de las entidades financieras para adecuarse a los límites señalados por el Tribunal Supremo, cuando el objetivo de la normativa y la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria es considerar esa estipulación como no puesta, sin que se pudiese exigir al consumidor interés moratorio alguno.

Estas consecuencias prácticas, que se muestran contrarias al objetivo de protección de los consumidores y usuarios, se demuestran en el día a día del ejercicio registral y en cierto modo, es a lo que tienden las calificaciones del registrador en esta materia, que se rectifique el título de manera que el consumidor sea consciente del contenido de las cláusulas del préstamo, que no son negociadas sino impuestas y por tanto si realmente consiente en las mismas debe novarse el préstamo en ese sentido. Pero ¿es libre el consumidor cuando consiente una determinada modificación del préstamo instado por la calificación del registrador? o ¿realmente firmará lo que haga falta ante la amenaza de tener que devolver inmediatamente el importe del préstamo con los intereses correspondientes? Por desgracia esta segunda situación es la que en la práctica se recoge de una manera generalizada. Prácticamente en todos los supuestos de calificación negativa por cláusulas abusivas, se presenta con posterioridad una modificación del título en la que se adapta la cláusula de que se trate a la normativa aplicable, el Banco acreedor en pocas veces consiente a que el préstamo se inscriba sin la concreta cláusula abusiva, sino que se asegura su inscripción tras modificarla en los términos exigidos por la calificación registral.

Es más ante este supuesto y para garantizarse la efectiva colaboración del prestatario en la novación ya prevén para el caso de calificación negativa por el registrador una cláusula de vencimiento anticipado en la que estipulan que si se niegan a otorgar la no-

vación necesaria para la inscripción de cualesquiera cláusulas consecuencia de la calificación negativa del registrador, se considerará vencido el préstamo y podrá exigírsele el importe total del mismo con los intereses correspondientes<sup>450</sup>.

El Banco predisponente no tiene ningún incentivo a la no incorporación de cláusulas abusivas, ya que si el registrador las inscribe le estará bien, y si lo califica negativamente sabe que cuenta con el consumidor para modificar lo que sea necesario pues tiene sobre sí la amenaza del vencimiento del préstamo y la devolución inmediata del dinero recibido.

A ello hay que añadir que normalmente el Banco acreedor se garantiza la posibilidad de modificar el préstamo con un poder que a su favor conceden los propios prestatarios para modificar los extremos que fueren necesarios de la escritura para poder inscribirla. Este poder y la novación hecha con base a la misma han sido reconocidos como válidos por la DGRN en la Resolución de 19 de julio de 2017<sup>451</sup>, en la que basándose en el juicio notarial de suficiencia del poder impide que el registrador pueda considerar abusivo la cláusula que permite que el propio Banco en uso del poder modifique la cláusula de interés de demora para poder inscribirla.

Con todo ello no se quiere decir que la solución sea no calificar las cláusulas abusivas, ya que sin duda la calificación cumple un importante papel preventivo en la lucha contra las cláusulas abusivas y supone un importante freno para los predisponentes. Además, como ya señaló en TC en su día es el control previo que hacen notarios y registradores con su intervención en los préstamos hipotecarios lo que fundamenta en última instancia el carácter ejecutivo y sumario del propio procedimiento de ejecución<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> Así literalmente la cláusula de vencimiento anticipada prevista en una escritura de préstamo otorgada en Olot el 30 de abril de 2018, afirma lo siguiente: «(...) *Se pacta expresamente que el prestatario perderá el derecho a utilizar el plazo y la Entidad acreedora podrá declarar vencido el presente préstamo y reclamar anticipadamente la devolución del capital prestado, o, en su caso, de la parte del mismo no amortizada, intereses, demoras y demás gastos pactados, y exigir todo ello judicial o extrajudicialmente, ejercitando las acciones correspondientes, incluso, en su caso, la acción hipotecaria, en los siguientes supuestos: (...) 7.1.2. Si esta escritura no fuera inscrita, por cualquier causa, en el Registro de la Propiedad dentro del término de un año a contar desde el día de la fecha y desde que el aludido Registro extienda en la misma nota de denegación o suspensión de la inscripción. Únicamente será causa de resolución si la falta de inscripción fuera debida a causa imputable a la parte deudora o, cuando por existir algún error o defectos subsanables resulte preciso otorgar la correspondiente escritura de subsanación, y la parte deudora no colabore con el Banco para subsanar el defecto o error padecido, o no formalice dicha escritura subsanación*».

<sup>451</sup> Ballugera Gómez, C., «Un abuso disimulado en la subsanación de las cláusulas abusivas. La mala utilización del juicio de suficiencia notarial» en la página web [regispro.com: https://regispro.es/c-ballugera-un-abuso-disimulado-en-la-subsanacion-de-clausulas-abusivas-la-mala-utilizacion-del-juicio-de-suficiencia-notarial/](https://regispro.com: https://regispro.es/c-ballugera-un-abuso-disimulado-en-la-subsanacion-de-clausulas-abusivas-la-mala-utilizacion-del-juicio-de-suficiencia-notarial/). Fecha de consulta: 7 de agosto de 2018

<sup>452</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (DIR.) y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. y TOMÁS TOMÁS, S. (COORD.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, op. cit. p. 690.

Sin embargo los dos supuestos prácticos señalados sí que demuestran que la solución no puede ser única y exclusivamente la calificación. Que de algún modo se debe desincentivar a los acreedores hipotecarios en la predisposición de cláusulas abusivas de los clausulados de condiciones generales de sus préstamos. La sanción de tener la cláusula abusiva como no puesta y que el contrato siga vigente, tiene sentido una vez que ha desplegado su eficacia y se pretende hacer valer la concreta cláusula abusiva (el control judicial a posteriori), pero desde el momento en que fallan los controles previos al otorgar el contrato (se firma el contrato ante Notario con las cláusulas abusivas) y que éste se entiende perfeccionado con la entrega del préstamo, la sola amenaza de tener que devolver dicho importe imposibilita la protección del consumidor llevada a cabo por el registrador.

¿Se soluciona con un incremento de la información contractual como pretende el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario? En los términos en que está prevista dicha regulación, no. Pues la tendencia, con el Acta de manifestaciones que criticamos más arriba es la misma, es en cierto modo probar que el consumidor es consciente de todo lo que se le está imponiendo, para que después se le dificulte la posibilidad de recurrir. Pero si algo ha quedado claro después de estos años de recursos judiciales en materia de cláusulas abusivas es que el consumidor siempre tiene libre la vía judicial para recurrir, piénsese en los supuestos de vencimiento anticipado, ¿un mes, tres meses o debe valorarse en cada supuesto? y los intereses de demora, ¿son abusivos si respetan la limitación del art. 114.3 LH?, pues depende de si son dos puntos por encima del interés ordinario según el TS. ¿Y la cláusula de gastos?

En todos estos supuestos sí existiera una norma que específicamente fijara cuando son o no abusivos, se podría pretender que no se impugnara la cláusula, pero el hacerlo obligando al deudor a reconocer de su puño y letra que le están imponiendo una determinada cláusulas no me parece la solución más adecuada, aunque se levante acta de ello por el notario.

En definitiva, con la regulación actual y la posición de la DGRN al respecto, la calificación registral de poco sirve para la protección efectiva del consumidor y usuario, más en concreto, de poco sirve para acabar con la inclusión de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. La idea latente que se transmite es que hay una serie de obligaciones legales, y de límites fijados por la jurisprudencia que el acreedor hipotecario ha de respetar al redactar las minutas de hipoteca, pero que sin embargo, de vulnerarse tales deberes, el perjuicio para el Banco acreedor no es otro que retrasarse en la inscripción del



título, pues el deudor deberá optar por la restitución automática o bien, por consentir *a posteriori* las condiciones del préstamo, si no deberá restituir el importe del préstamo con sus intereses porque lo declarará vencido anticipadamente el acreedor. Si estas son las posibilidades de elección, ¿protege realmente la calificación al consumidor?

#### *2.4. La intervención del notario*

A estas alturas, y después de haber reconocido que al enfrentarse el consumidor ante la alternativa de la devolución inmediata del préstamo o prestar toda su ayuda para consentir, ratificar o modificar el préstamo que contenía cláusulas abusivas, podría señalarse que el problema es que la calificación del registrador no es realmente control previo (sí preventivo), porque cuando se produce la intervención registral el préstamo ya se ha perfeccionado y entregado el capital. La posterior inscripción lo será para la constitución de la hipoteca como garantía pero ya recae sobre el consumidor la carga de la devolución inmediata si se ejercita el vencimiento anticipado por el Banco.

Por tanto siguiendo ese razonamiento, podría afirmarse que donde sí hay posibilidad de ese control previo es antes de la firma del contrato, con la intervención del notario. Sí, sería posible pero no es real. El notario no es independiente, es elegido por las partes, generalmente por el Banco predisponente, que actúa como cliente preferente dado el número de operaciones que contrata.

No voy a entrar a analizar el porqué de la actuación del notariado en todo este asunto de las cláusulas abusivas. No me corresponde y además podía alegarse que se trata de cierta confrontación entre corporaciones y funciones. Me limitaré a la constatación de los hechos, que han demostrado, por la razón que sea, que el notario es incapaz de evitar que la Banca incluya cláusulas abusivas en las hipotecas, que las advertencias y manifestaciones que hacen constar en las escrituras públicas de préstamos hipotecarios de que no existen cláusulas abusivas no reflejan la realidad, y que en el momento de la firma del contrato de préstamo, la intervención del notario no supone una defensa para el consumidor frente a esas prácticas y cláusulas abusivas.

Quizá porque el propio consumidor ya no goza en el momento de la firma de la libertad y tiempo necesario para realizar ninguna ponderación de las condiciones que le

impone el acreedor, ni tampoco tiene los conocimientos adecuados<sup>453</sup> para comprender el alcance de lo que se está firmando y que con independencia de lo que el notario le explique ya está decidido a firmar y no se enfrentará al acreedor.

Por otro lado, la existencia de escrituras de préstamos hipotecarios en que la redacción de la minuta o modelo es íntegra del Banco es la regla general. No se pueden modificar los modelos suministrados por Bancos, asesorías o gestorías de los mismos.

La actitud del notariado ha sido inteligente, lo que se podía haber vuelto en su contra, ante la innegable realidad de miles de préstamos con cláusulas abusivas han sabido darle la vuelta postulándose como la solución al problema que habían ayudado a generar. Incluso han ofrecido una especie de base de datos de cláusulas abusivas<sup>454</sup> (en lugar de fomentar la utilización del RCGC) y con frecuente aparición en los medios.

La realidad les supera; son incapaces de hacer frente a unos bancos que quizá no han entendido la repercusión que tiene para ellos esa pertinaz insistencia en «colar» cláusulas que pueden resultar abusivas, sólo por la pretensión (más imaginaria que real) de tener atado al deudor, de modo que ante cualquier circunstancia de peligro de impago pudieran accionar el mecanismo de ejecución de la garantía.

No diré más del notariado, creo que ya ha quedado claro que entiendo que la solución a las cláusulas abusivas no puede venir a través de su intervención, porque carecen de la fuerza necesaria frente al predisponente y quizás de las normas que les facilitarían su objetividad e independencia en este punto.

### 2.5. Una propuesta de solución

La calificación registral de las cláusulas abusivas no servirá para acabar con las cláusulas abusivas. Estamos abocados a un sistema en que la alegación de posibles cláusulas abusivas sea una fase más del procedimiento de ejecución de hipotecas. ¿Es lo que realmente se quiere?

Como argumento a las limitaciones de la calificación del registrador, a la falta debida de información precontractual, a la falta de transparencia, etc, se responde que el

---

<sup>453</sup> Sobre la necesaria formación financiera básica de los consumidores así como los necesarios conocimientos jurídicos para la firma del contrato sería necesario hacer hincapié, pero en definitiva es una materia que requiere de tiempo e implicación de todos los poderes públicos.

<sup>454</sup> En la página web del CGN, <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado-in-forma/clausulasabusivas/>. La prensa se ha hecho eco de esta aparente contradicción, Así en El Confidencial, con fecha 28 de enero de 2017: «Los notarios, testigos ciegos de abusos de la banca, se lavan las manos: No somos jueces».

control judicial es el que velará porque efectivamente no haya cláusulas abusivas que perjudiquen al consumidor. Sin embargo me niego a aceptar este planteamiento como única posibilidad.

Quizá porque mi trabajo se basa fundamentalmente en la llamada seguridad jurídica preventiva, que favorece la seguridad y rapidez del tráfico jurídico, evitando en lo posible la necesidad de acudir a los tribunales y además porque soy consciente como ciudadano de las limitaciones materiales de la justicia de nuestro país con evidentes atascos y retrasos en la resolución de litigios, me niego a sostener que la única solución al problema de las cláusulas abusivas es encomendar su detección y anulación a los tribunales de justicia. Esta debe ser la última vía, la cláusula de cierre que impida la efectividad del abuso, pero debe ser una solución excepcional.

Se debe arbitrar un sistema que no permita la inclusión *ab initio* de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, de manera que el sistema goce de seguridad y credibilidad, tanto para el consumidor que acude a una entidad bancaria a solicitar un préstamo hipotecario que le permita la adquisición de su vivienda, como para los propios bancos los cuales puedan confiar en que obtendrán la devolución del dinero prestado con los intereses que se hubiesen pactado y en el tiempo convenido. Que también esos mismos acreedores puedan prestar ese dinero a un tipo de interés razonablemente bajo, puesto que confían en un sistema en el que si se produce un impago relevante del préstamo por el deudor van a poder obtener la satisfacción de su crédito mediante un sistema de ejecución rápido, seguro y previsible en su solución.

En la situación actual sabemos que no es así. Los consumidores recelan de los largos clausulados de los bancos, los acreedores continúan intentando «colocar» determinadas cláusulas que si no son abusivas, rozan la abusividad y en muchos casos son innecesarias o contrarias a normas legales. Y cuando se inicia una ejecución lo primero que hará el deudor ejecutado es intentar que se declaren abusivas las cláusulas del préstamo que pueden conllevar una obligación económica o la cláusula de vencimiento anticipado, lo cual a su vez hace que se retrasen mucho los procedimientos cuyo resultado resulta incierto tanto para el Banco como para el consumidor.

¿Primeras consecuencias de ello? Endurecimiento de las condiciones para la concesión de préstamos, el cierre del grifo hipotecario que hemos vivido durante años y el encarecimiento progresivo de los préstamos, que aún no se nota del todo por los bajos

niveles del Euríbor<sup>455</sup> (índice al que se encuentran referenciadas la mayoría de las hipotecas españolas).

La solución ha de venir por otra vía, con una intervención decidida de los poderes públicos de defender, no sólo a los consumidores y usuarios que contratan los préstamos hipotecarios, sino también el propio sistema hipotecario español que ha permitido un acceso generalizado a la vivienda en propiedad y fomentado la movilización del capital de un modo que ha permitido el progreso económico de nuestro país.

Si nuestro sistema hipotecario ha sido un modelo que ha funcionado durante muchos años, debe fomentarse con los cuidados que ello requiera, pero no creo que la solución venga por crear más inseguridad para los que prestan capital con medidas como la dación en pago del bien hipotecado y tampoco pretendiendo un cambio de sistema fomentando no la adquisición de vivienda sino el alquiler. Hay que tener en cuenta que la preferencia de la propiedad de la vivienda frente a la solución del alquiler, no sólo viene dada por una deficiente regulación de este último sino que intervienen rasgos más profundos de educación, de cultura, de pertenencia a una determinada comunidad, preferencia de estabilidad frente a la movilidad geográfica en el trabajo etc.. Rasgos culturales de que participan los españoles y que no se modifican de la noche a la mañana con una reforma puntual de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Por ello creo que se debe optar por una solución que fortalezca la credibilidad del sistema hipotecario español y que permita, tanto para los acreedores como a los consumidores de los préstamos hipotecarios la seguridad y defensa de sus derechos, que a la vez impida de un modo tajante la existencia de cláusulas que pudieran ser consideradas como abusivas.

Creo que la solución no es otra que la existencia de unos modelos aprobados de cláusulas de préstamos hipotecarios. Modelos que reciban todos los controles previos que se estimen necesarios para evitar el menor atisbo de abusividad en dichas cláusulas. Con ello se obtendría la protección del consumidor, que podría firmar la hipoteca redactada conforme al modelo sin tener que preocuparse por la existencia de cláusulas abusivas, mientras que al acreedor se le aseguraría también de este modo que si se produjese el impago del préstamo en los términos previstos en el mismo, la ejecución de la garantía se llevaría a cabo de manera directa sin paralización del procedimiento por alegación de cláusulas abusivas y con un resultado previsible en cuanto al resarcimiento.

---

<sup>455</sup> En el mes de julio de 2018 se ha situado en -0'178 % aunque se aprecian síntomas de cambio de tendencia siendo el quinto mes consecutivo de subida del mismo aunque siga en términos negativos.

No es otra solución que la estandarización, para asegurar la efectividad de la garantía, y la protección del consumidor. Estandarización que quizá es la única respuesta a la contratación en masa, a las necesidades del mercado moderno que requiere una inmediatez incompatible con la negociación individual y con el estudio detenido del contenido del contrato incluso por los operadores jurídicos intervinientes. Pero dicha estandarización no debe realizarse de manera exclusiva por una de las partes, y menos aún en casos como los préstamos hipotecarios teniendo en cuenta la importancia de su objeto y las consecuencias de su eficacia.

La existencia de modelo o modelos aprobados en base a los cuales se redacten los contratos de préstamo hipotecario conllevaría un examen, un control de abusividad que se hace de una manera generalizada para las cláusulas a las que se aplique, que elimine todas las dudas de legalidad de dichas cláusulas y que como consecuencia directa simplifique mucho la redacción de los actuales contratos de préstamo hipotecario.

### 3.- PLANTEAMIENTO DE UN SISTEMA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE MODELOS.

La solución que plantearemos a continuación, como propuesta de este trabajo, consistente en utilizar modelos aprobados administrativamente para la redacción de los contratos de préstamo hipotecario puede resultar llamativa por innovadora e incluso calificarse como contraria a la libertad de contratación, pero realmente existen algunos antecedentes que pueden citarse para señalar la tendencia actual del Derecho hacia este tipo de solución.

#### *3.1. Precedentes en el ámbito europeo*

Deberíamos plantearnos en primer lugar si la solución que proponemos, de acudir a modelos aprobados de cláusulas del contrato de préstamo hipotecario cuenta con algún antecedente. Podemos hacer referencia a dos de ellos que tienen su origen en el ámbito comunitario: La llamada Eurohipoteca y el repositorio de cláusulas para los contratos de préstamo dentro del Proyecto CROBECO de la Comisión Europea.

No es casual que ambos proyectos se encuentren dentro del desarrollo del Derecho Comunitario ya que, dentro de los esfuerzos de unificación del Derecho civil de los distintos Estados Miembros, y aunque no se encuentran tan avanzados como en el ámbito

del Derecho de Contratos, se han intentado llevar a cabo diversos proyectos que tenían como objetivo la unificación en materia de derechos reales y en concreto del crédito inmobiliario.

Una muestra de ello sería ya el Informe Segré del año 1966 que tenía como objetivo la unificación jurídica en materia de garantías hipotecarias, intento realmente complicado de llevar a cabo por las importantes diferencias de regulación en esta materia entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados. Posteriormente se intenta el recurso al mutuo reconocimiento de técnicas financieras que se encuentra en la base por ejemplo de la Directiva 89/646/CEE, de 15 de diciembre de 1989 para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DOCE de 30 de diciembre de 1989) o la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

Sin embargo, se llegó a la conclusión, que era más factible la creación de una garantía inmobiliaria nueva que la armonización de las legislaciones ya existentes sobre la hipoteca. La idea esencial que se propuso es que, al lado de las hipotecas existentes en los diferentes ordenamientos, se introdujese un derecho real de garantía inmobiliaria de naturaleza independiente de la obligación garantizada, más ágil y que favoreciese la creación de un mercado hipotecario transnacional real. A favor de esta solución se pronunciaron ya el Libro Verde sobre el Crédito Hipotecario aprobado por la Resolución del Parlamento de 14 de noviembre de 2006 y el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, de 18 de diciembre de 2007. Pues bien dentro de esa pretensión de establecer los instrumentos y las circunstancias favorables para la libre circulación de los créditos inmobiliarios hay que situar los proyectos a los que nos referiremos a continuación.

A) La Eurohipoteca, ¿un modelo a seguir?

La UE es consciente de la complejidad del mercado hipotecario, que resulta no sólo de la diversidad de agentes económicos y jurídicos que intervienen en el mismo (consumidores, entidades financieras, inversores) sino también de las diferencias existentes entre la cultura y los sistemas jurídicos de los diferentes Estados Miembros en cuanto a la financiación y refinanciación, a la propiedad inmobiliaria, los sistemas registrales, sistemas de ejecución de las garantías, etc.

Esta complejidad llevó a que tras diversos intentos por lograr el desarrollo del llamado crédito transfronterizo, se optara frente a la búsqueda de armonización de la legislación civil en materia de derechos reales, por el modelo de la Eurohipoteca<sup>456</sup>. Se trata de crear una figura jurídica de garantía real específica sobre bienes inmuebles, igual en toda Europa y que debería convivir con las ya existentes en los diferentes ordenamientos. Todo con la idea fundamental de desarrollar el mercado del crédito transfronterizo y activar un mercado hipotecario europeo.

Esta nueva figura que se pretende crear podríamos definirla como «*un modelo flexible de garantía real, independiente del crédito subyacente, de constitución registral por el titular del inmueble, cuya flexibilidad se manifiesta tanto en la independencia con respecto al crédito subyacente, lo que agilizaría todas las posibles cesiones y modificaciones del crédito, como en la transmisibilidad misma del derecho real mediante su constitución en cédulas*». <sup>457</sup>

Sin entrar de lleno en cómo sería el funcionamiento de esta hipoteca<sup>458</sup>, sí que cabe destacar que las figuras hipotecarias que se utilizaron como referentes en los trabajos sobre la misma<sup>459</sup>, fueron la *Grundschild* o deuda territorial alemana y la *cédule hypothécaire* o *Schuldbrief* suiza. Ambas con un carácter abstracto de la garantía con respecto al crédito y con base en una documentación (cédulas y títulos al portador) que permitirían una mayor facilidad en la transmisión y circulación de los mismos.

---

<sup>456</sup> STÖCKER, O, «La Eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa», en HERNÁNDEZ MORENO, A. (COORD.) *Anales I, 1996/1997, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM)*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 15-24.

<sup>457</sup> DIÉGUEZ OLIVA, R., La Eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*, 2009, p. 4. Retrieved from <https://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>. Fecha de consulta: 8 de agosto de 2018. También en STÖCKER, O., «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. Un ejemplo de la Europa Central», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, mayo-junio, núm. 671, pp. 917-922.

<sup>458</sup> La propuesta de Eurohipoteca se puede ver en toda su extensión en «Grupo de investigación europea. Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 685 ; septiembre-octubre 2004. Págs 2467 a 2478. El grupo «La Eurohipoteca: una hipoteca común para Europa» ([www.eurohypohec.com](http://www.eurohypohec.com)) nació en 2004. Sus miembros son académicos e investigadores de cinco estados europeos diferentes y su principal objetivo es redactar un proyecto de Directiva para una figura hipotecaria común en todos los Estados Miembros.

<sup>459</sup> Informe del Forum Group sobre el Crédito Hipotecario denominado «*La integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea*» disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/exsum\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/exsum_es.pdf). Fecha de consulta: 8 de agosto de 2018. En este Grupo de trabajo, se trabajó sobre cinco áreas concretas de trabajo (confianza de los consumidores, aspectos legales, cuestiones relativas a las garantías, a la distribución y los aspectos financieros), para identificar las barreras para un correcto funcionamiento del mercado interior en lo relativo al crédito hipotecario, analizando el impacto de las mismas en dicho funcionamiento y proponiendo recomendaciones para la superación de las mismas. Entre las mismas se señaló la necesidad de profundizar en el estudio de la figura de la Eurohipoteca para evaluar su potencial para la promoción de la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE.



Como ventajas de la Eurohipoteca se podrían señalar los que se afirman respecto del desarrollo del mercado hipotecario transfronterizo, con indudables ventajas para el desarrollo no sólo del mercado primario sino también del secundario y por otro lado, para aquellos consumidores que quisiesen adquirir un inmueble en otro país distinto permite el conocimiento del régimen jurídico de su contrato, así como la eficacia que tendrían los derechos por él reconocidos.

Sin embargo, en la formulación actual del modelo de Eurohipoteca en la que se parte de un solo modelo extraño a nuestra tradición jurídica y que además impone normas que restringen derechos que tienen los consumidores españoles no tiene mucho sentido la aplicación de esta figura.

En esta línea señala GÓMEZ GÁLLIGO<sup>460</sup>, que en la Eurohipoteca el consumidor español carecería de elementales derechos como que no existiría pacto de vencimiento anticipado hasta que transcurriera un largo plazo del crédito, no tendría la posibilidad de cambio de entidad financiera puesto que la subrogación que regula y facilita nuestra Ley 2/1994, es una posibilidad sólo reconocida en Derecho español (recordemos que supone la subrogación impuesta por el propio deudor). Además en el modelo de hipoteca planteado, no se podría renegociar la deuda hasta la subasta, las causas de oposición a la ejecución hipotecaria estarían más limitadas aún que en nuestro procedimiento de ejecución y por supuesto, al tener un carácter abstracto, no se podrían oponer excepciones causales ni, respecto de la materia que nos ocupa, la existencia de cláusulas abusivas.

Ante ello con relación a la Eurohipoteca, se proponía por la doctrina española<sup>461</sup> que no se previese un solo modelo de Eurohipoteca, sino varios, que se entendiese como un sistema de garantía hipotecaria común y no como exclusivamente un modelo contractual y que debería previamente armonizarse los aspectos básicos del crédito hipotecario como la información precontractual, la oferta vinculante, en el sentido que ha hecho la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito para los consumidores relativos a los bienes inmuebles de uso residencial.

---

<sup>460</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 2007; número 702, pp. 1709 y 1710.

<sup>461</sup> MUÑOZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. Y SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 2008. NÚÑEZ IGLESIAS, Á., «El préstamo hipotecario transfronterizo y la eurohipoteca» en HERRERA CAMPOS, R., (Coord.) *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* Vol. 3, Universidad de Almería, 2000, págs. 1347-1358. SÁNCHEZ JORDÁN, E., «La eurohipoteca», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 3, (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), Ed. Civitas, 2002, págs. 4277-4298.

Partiendo de lo dicho sobre la eurohipoteca podemos afirmar sin embargo, que no constituye un precedente adecuado para el modelo de hipoteca que proponemos, puesto que el principal objetivo perseguido que sería el establecimiento de unas cláusulas homogéneas y aprobadas del contrato de crédito hipotecario no sería compatible con la previsión de una hipoteca configurada como un derecho de garantía abstracto distinta a la tradicional hipoteca en nuestro sistema. Además de que como se ha señalado no se conseguiría a través de la eurohipoteca el objetivo principal de hacer efectiva la protección de los consumidores en la contratación de los préstamos hipotecarios.

En definitiva, es cierto que para la Eurohipoteca se utilizaría un contenido igual para todos los contratos y que sería común para los distintos Estados Miembros, pero realmente al ser una figura extraña a nuestra tradición jurídica y no servir al objetivo principal perseguido de acabar con las cláusulas abusivas y proteger a los consumidores no podríamos basarnos en la misma para el desarrollo del sistema que desde aquí se propone. Nos queda sin embargo la idea compartida por la doctrina de las ventajas del establecimiento de un modelo de hipoteca común en el ámbito europeo como instrumento de la deseable armonización en materia de contratación del crédito hipotecario.

#### B) El proyecto CROBECO<sup>462</sup> de la Comisión Europea

El proyecto CROBECO<sup>463</sup> (*Cross Border Electronic Conveyancing*), obedece a la misma idea de armonización del ordenamiento jurídico comunitario en materia de derechos reales y de crédito inmobiliario. Sin embargo de una manera más realista, más que aspirar a un único instrumento, pretende facilitar el proceso de contratación e inscripción de documentos transfronterizos en los Registros de la Propiedad de los distintos Estados Miembros de la Unión Europea en aplicación de las figuras jurídicas ya existentes en los distintos ordenamientos jurídicos. Es un proyecto de investigación impulsado por ELRA -*European Land Registry Association*- que fue subvencionado dentro del programa específico Justicia Civil JUST/2011/JCIV/AG/3332, con la finalidad de formular un proceso de contratación alternativo para los compradores extranjeros de bienes inmuebles<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> CROBECO (*Cross Border e-Conveyancing*) concerns cross border registration in foreign Land Registers and it is an ELRA initiative awarded by a Grant within the Civil Justice specific programme (JLS/2009/JCIV/AG/0002).

<sup>463</sup> CAMY ESCOBAR, J., «CROBECO», en LAUROBA LACASA, E. (Dir.) y TARABAL BOSCH, J. (Coord.), *El derecho a la propiedad en la construcción del Derecho Privado Europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2018, pp.277 a 299. Camy es un registrador de la propiedad español que coordina el Proyecto CROBECO.

<sup>464</sup> De una manera extensa se describe el marco funcional y jurídico en el documento *Common Conveyancing Reference Framework* (CCRF) que se puede consultar en <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2014/10/Final-version-CCRF.pdf.pdf>.

Se parte de un conjunto de reglas y principios basados en la libre elección de la ley aplicable al contrato y de medios electrónicos para documentar y llevar a cabo el proceso de registración del mismo, por lo que puede afirmarse que CROBECO no pretende que se imponga ningún modelo de contratación, sino ampliar las posibilidades de las partes en cuanto a la libre elección de ley aplicable y la libre circulación de documentos públicos extranjeros en el espacio común europeo (siendo una de sus una características la intervención de notario público). Se pretende además, de acuerdo con el Reglamento UE 910/2014, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 23 de julio de 2014, sobre identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, la supresión de trámites y formalidades, asociada al uso de certificados cualificados de firma electrónica.

Se tienen en cuenta las previsiones de los Reglamentos Roma I y II y Bruselas I<sup>465</sup>, de manera que la compraventa o el préstamo hipotecario que la financia estarán sujetas a dos legislaciones: la ley elegida por las partes respecto de las relaciones obligacionales del contrato y todas las circunstancias relativas a los efectos y resolución, que serán enjuiciadas por los tribunales de dicho Estado, mientras que todo lo relativo a la configuración del derecho de propiedad y demás derechos reales, adquisición, inscripción, extinción o efectos estarán sometidas a la *lex rei sitae* y regulados por la ley nacional del Estado en que se encuentre ubicado el inmueble<sup>466</sup>.

En definitiva CROBECO está orientado a facilitar la implementación de los Reglamentos comunitarios, de modo que pueda hacerse efectivo el principio de libre elección de ley aplicable a las relaciones obligacionales en las transacciones inmobiliarias transfronterizas, respetando en todo caso las competencias exclusivas en materia de derechos reales y de los efectos de la inscripción, que están sometidos al principio de *lex rei sitae*.

Como requisitos básicos de funcionamiento del sistema, se prevén la aceptación de documentos públicos extranjeros, la documentación a través de escritura pública bilingüe, que se redactaría en la lengua del comprador y en el idioma oficial del país donde se encuentra el inmueble, la existencia de una plataforma electrónica segura que viene

---

<sup>465</sup> Fundamentalmente los artículos 3.1, 4.1.c), d), 11 y 12 del Reglamento EC 593/2008 Roma I y artículos 4, 12 y 14 del Reglamento EC 864/2007 Roma II, así como el artículo 245 del Reglamento EC 1215/2012 Bruselas I Refundido.

<sup>466</sup> Cfr. art. 345 del TFUE y art. 24 del Reglamento Bruselas I refundido.

constituida por NETPRO<sup>467</sup>, que permite facilitar la obtención de información registral tanto de los registros de la propiedad como de aquellos otros registros públicos que puedan contener información (fiscal, limitaciones públicas) que puedan afectar al inmueble. Esta plataforma electrónica permite entre otros aspectos la trazabilidad de los procesos, presentación de documentos, descarga de los mismos y comunicaciones seguras a través del uso de un certificado cualificado de firma<sup>468</sup>.

En cuanto a su funcionamiento específico, podría resumirse referido al caso de un comprador extranjero que quiera adquirir un inmueble en España. En un supuesto normal sería preciso que dicho comprador se desplazase a nuestro país y tuviera que buscar un intermediario que le ayudase a llevar a cabo la compraventa y la obtención del préstamo hipotecario de acuerdo con nuestra legislación, normativa que le será extraña y desconocida en la mayoría de los supuestos. Además, aunque podría hacerlo con un préstamo de un Banco radicado en su país, normalmente al llevarse a cabo el mismo según la legislación española acabaría solicitando el préstamo en un Banco español donde normalmente no es cliente y tendría seguramente peores condiciones financieras. Otorgaría las correspondientes escrituras públicas ante notario español y se procedería a la correspondiente inscripción en el Registro.

Sin embargo a través del Proyecto CROBECO y la plataforma NETPRO, se permitiría a ese comprador que acudiese a un Notario de su propio país que conectándose a la plataforma NETPRO podría llevar a cabo toda la operación. Se elegiría al gestor colegiado español, se firmaría un contrato de arrendamiento o compraventa a distancia a través de la plataforma que además permitiría alojar todos los documentos que pueden utilizarse a modo de prueba en caso de litigio entre las partes. Si además, como sucede frecuentemente en la práctica, ambas partes son de la misma nacionalidad, se facilitaría enormemente la contratación, puesto que llevarían a cabo el contrato de compraventa de acuerdo con la legislación común, pudiendo obtener en su caso el préstamo de una entidad financiera de su propio país, con la que tengan una relación comercial y que le ofrecerá seguramente mejores condiciones. Únicamente se verían obligados a establecer la garantía hipotecaria con arreglo a las normas de situación del inmueble lo cual podría realizar

---

<sup>467</sup> El servicio de asistencia desarrollado en CROBECO —la plataforma NETPRO—, permite, entre otras finalidades, facilitar la obtención de información registral y de aquellos otros registros públicos —*key registers*— que contengan información que afecte al inmueble, para poder conocer por ejemplo la existencia de cargas ocultas o limitaciones públicas, así como el cumplimiento de formalidades fiscales y demás procedimientos posteriores necesarios para obtener la inscripción del documento.

<sup>468</sup> CAMY ESCOBAR, J., «CROBECO», *op. cit.* pp. 283-286.

de manera sencilla el notario a través del repositorio de cláusulas a que después nos referiremos. Culminándose el proceso mediante la presentación telemática del documento en el registro correspondiente para la inscripción de las titularidades y derechos reales resultantes.

El problema fundamental reside en concordar la normativa utilizada para la celebración del contrato (propia de otra legislación), con los requisitos necesarios para producir efectos en el ámbito de los derechos reales en el país donde se encuentra situado el bien inmueble. Como hemos adelantado es el repositorio de cláusulas el instrumento que facilitará esta labor de coordinación.

El repositorio de cláusulas fundamentalmente consiste en un listado de cláusulas organizadas por país y por contrato (en la actualidad sobre compraventa e hipoteca), redactadas por profesionales de los distintos Estados Miembros, traducidas a los distintos idiomas y preparadas para su incorporación a los distintos contratos. La utilización de un instrumento como este se alinea con la tendencia de la contratación transfronteriza de normalización de contenidos y tiene especial eficacia en materia de contratación con consumidores ya que se evita en gran medida las situaciones de asimetría informativa, facilitando la información previa contractual al ser de contenido público y al haberse hecho un previo análisis de confrontación con la legalidad de cada ordenamiento al que están referidas.

Se facilita de este modo la actuación del notario extranjero que dispone en el repositorio de unos contenidos especificados mediante cláusulas concretas que se adaptan a la legislación elegida por las partes o aplicables de acuerdo con el principio de *lex rei sitae*, y que abra los ámbitos obligaciones y real del contrato, permitiendo la combinación de ambos según la legislación elegida y el destino del objeto del contrato y a la vez configurando un contrato a medida y plenamente ajustado a la legislación del país de registración de la adquisición de la propiedad o la garantía.

Las concretas cláusulas que se incluyen en el repositorio son redactas por expertos en derecho inmobiliario de los distintos países y se encuentran explicadas, traducidas y metadatadas -a través de *factsheets*<sup>469</sup> y *guidelines*-, que detallan el contenido y efectos

---

<sup>469</sup> Los *factsheets* o ficha técnica aportan una información detallada y concreta sobre el proceso de contratación y de registración y que se actualiza de una manera continua. Los *factsheets* elaborados por ELRN - *European Land Registry Net*- sobre presupuestos del procedimiento de registración y sus efectos jurídicos pueden consultarse en <https://www.elra.eu/european-land-registry-network/>. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2018. Las *guidelines* o guías de usuario se ocupan por otro lado de dar a conocer otros trámites

de las mismas y que en definitiva permiten superar asimetrías jurídicas e informativas de las partes contratantes. La aplicación a su vez funciona como un integrador de contenidos, lo que facilita mucho la generación del contrato.

En todo caso se salva siempre el principio de libertad contractual por tanto la aplicación de estas cláusulas es voluntaria, debiendo el notario adecuar el contenido del contrato a la voluntad de las partes y a la legislación que tenga que regir los efectos del derecho sobre el inmueble de que se trate.

Por lo que respecta a este importante proyecto, que se pretende que pase a formar parte de la plataforma *e-justice* de la UE, con lo que obtendrá una indudable proyección, nos interesa la idea de acudir a un conjunto -o repositorio- de cláusulas ya redactadas de conformidad con la legislación aplicable en cada caso y que puedan ser incorporadas a diferentes contratos. Si se relaciona con la protección al consumidor, supone un importante avance en cuanto a la reducción de las asimetrías informativas, pues podría tener alcance a las cláusulas que conformarán su contrato junto con la correspondiente información que explique el alcance y los efectos de las mismas incluso añadiendo ejemplos prácticos. Y en relación a la protección frente a las cláusulas abusivas se podría obtener unas mayores garantías de que no existen tales cláusulas abusivas ya que se aseguraría en su redacción la necesaria adecuación a la normativa europea que prohíbe las mismas.

Por todo ello entendemos que este proyecto, con las ventajas añadidas de la aplicación de medios electrónicos tanto para el acceso al posible contenido del contrato como para la redacción, comunicaciones y presentación de documentos, supone un importante referente para la formulación del sistema de modelo de hipoteca de consumidores que en este trabajo pretendemos.

---

previos o complementarios que se pueden exigir para llevar a cabo los procesos de adquisición de la propiedad, y que suelen exigir la contratación de profesionales locales cuyos servicios pueden también contratarse a través de la plataforma NETPRO (vgr. gestores administrativos colegiados en España). Como parte sustancial de ELRN se encuentra la redacción de este repositorio de cláusulas y el desarrollo, mantenimiento y actualización de metadatos, que persigue en definitiva que la información emitida por cada Estado en el marco del proyecto *Land Registers Information -LRI-*, se suministre de acuerdo a un modelo semántico compartido, de modo que pueda ser comprendida más fácilmente y siempre respetando la diversidad jurídica de cada Estado miembro. Esta parte constituye la finalidad esencial del proyecto IMOLA, igualmente impulsado por la asociación ELRA con el apoyo de la Comisión Europea, cuyo primer resultado ha sido la elaboración de un formulario con una estructura común (*template*) denominado *European Land Register Document-ELRD*. En una segunda fase se procederá al desarrollo de un tesoro conforme a las tecnologías de la web semántica, para la consulta e incorporación de metadatos al objeto de conseguir una estructura armonizada y una mayor interoperabilidad y comprensión de la información registral, conforme al modelo semántico común ya definido en el proyecto IMOLA I—ELRD—, siendo por tanto una iniciativa plenamente alineada con el proyecto de interconexión de Registros LRI. Vid. CAMY ESCOBAR, J., «CROBECO», *op. cit.* p. 293.

### 3.2. Antecedentes en el ámbito nacional o interno

A) La vigilancia de la Administración Pública en los contratos de seguro.

Hemos visto dos supuestos nacidos en el ámbito de la Unión Europea respecto de los que nos hemos preguntado si podrían servirnos como antecedentes o modelo del sistema que desde aquí se quiere plantear. Nos quedaría la pregunta de si en nuestro ordenamiento interno existe algún supuesto parecido y si, en definitiva, el propio sistema lo permitiría.

Un supuesto que podría calificarse como similar dentro del ámbito de los consumidores sería la vigilancia que se lleva a cabo por la Administración respecto de las condiciones generales en los contratos de seguros. Se persigue con esta medida obtener una cierta homogeneidad y la sujeción de los clausulados a la normativa sectorial correspondiente junto con las especiales reservas derivadas de la defensa de los consumidores y usuarios.

Así el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) establece en sus dos último párrafos que *«Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas»*

Sin embargo el art. 95.1 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece que *«Las condiciones contractuales y modelos de pólizas, las tarifas de primas y las bases técnicas no estarán sujetas a autorización administrativa ni deberán ser objeto de remisión sistemática a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.*

*No obstante, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá requerir la presentación, siempre que lo entienda pertinente, de las condiciones contractuales, los modelos de pólizas, las tarifas de primas y las bases técnicas de las entidades aseguradoras, así como de los modelos de contratos, primas y cualquier otra documentación relacionada con la actividad reaseguradora, para controlar si respetan los principios actuariales, las disposiciones contenidas en esta Ley y sus normas de desarrollo y las reguladoras del contrato de seguro.*

*La exigencia contenida en el párrafo precedente no podrá constituir para la entidad aseguradora o reaseguradora condición previa para el ejercicio de su actividad».*



Esto es, que la vigilancia a la que se refiere la Ley de Contrato de Seguro no va a consistir en autorización previa o posterior, sino en un control abstracto de las mismas que puede derivar en concreto como consecuencia de las labores de inspección y supervisión propias de la Dirección General de Seguros. Del mismo modo el art. 120 de la misma Ley señala dentro de las funciones de supervisión de las entidades aseguradoras por parte de la Dirección general de Seguros, que *«La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá prohibir mediante resolución la utilización de las pólizas y tarifas de primas que no cumplan lo dispuesto en los artículos 94 y 95. A estos efectos, se instruirá el correspondiente procedimiento administrativo en el que podrá acordarse, como medida provisional, la suspensión de la utilización de las pólizas o las tarifas de primas. Previamente a la iniciación del procedimiento administrativo en que se acuerde la referida prohibición, la citada Dirección General podrá requerir a la entidad aseguradora para que acomode sus pólizas o tarifas de primas a lo dispuesto en los citados artículos»*.

Podemos afirmar por tanto que aunque la LCS habla de una necesaria vigilancia de la Administración Pública, esta se lleva a cabo en todo caso no de un modo preventivo sino a través de las funciones de supervisión e inspección que le corresponde al órgano administrativo correspondiente que es la Dirección General de Seguros, del Ministerio de Economía.

No se lleva a cabo en materia de seguros un control previo que facilite o acredite que el contenido del contrato, en este caso de la póliza es conforme a derecho y que no contiene cláusulas contrarias a la legalidad o que puedan considerarse abusivas. Sí que se prevé en el art. 3 de la LCS que si alguna de las condiciones generales del contrato es declarada nula por el TS se podrá obligar a las entidades aseguradoras a modificar el clausulado que contenga dicha disposición nula. Previsión esta que no se contempla sin embargo para el caso de las cláusulas nulas por abusivas en ninguna norma respecto de los contratos de hipoteca.

Por tanto fuera de ese mayor control y funciones de supervisión de la Dirección General de Seguros, no encontramos en el derecho vigente una solución similar a la que proponemos, que partiría de la necesaria inclusión de unas cláusulas del contrato ya redactadas y aprobadas. Sin embargo una propuesta similar sí que está prevista por una norma en proyecto, que no es otra que el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito.

B) La previsión de un modelo de hipoteca en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito.

Efectivamente en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>470</sup>, que se encuentra ahora mismo en tramitación parlamentaria de destino incierto por el cambio de gobierno, recoge la previsión de un modelo de hipoteca en su DF 11<sup>a</sup>.1.

a) y d) al señalar lo siguiente

*«El Gobierno podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la esta Ley (...), podrá desarrollar mediante Real Decreto disposiciones relativas a:*

*a) La información precontractual y asistencia adecuada que debe facilitarse a los prestatarios o prestatarios potenciales, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del préstamo para el prestatario y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los préstamos y permitir al prestatario evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, el Gobierno podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o prever de forma expresa.*

*d) El establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de medidas que favorezcan su utilización, que será voluntaria para las partes».*

Por lo tanto ya prevé que por vía reglamentaria se establezca, por un lado, la posibilidad de que el gobierno determine o fije las cláusulas que los contratos de préstamo hayan de tratar o prever, esto es un contenido necesario de los préstamos hipotecarios, y por otro la posibilidad de establecer un modelo de contrato de préstamo hipotecario, con la indudable finalidad de facilitar que el prestatario pueda tener conocimiento de su contenido (información precontractual), con una redacción clara y comprensible (transparencia) y en el que por supuesto no deberían existir cláusulas abusivas.

Realmente son distintos supuestos y por eso se refiere a ello en letras distintas [a) y d)] de la DF 11<sup>a</sup> del Proyecto.

---

<sup>470</sup> La última redacción (de fecha 17 de noviembre de 2017) disponible en [http://www.congreso.es/backoffice\\_doc/prensa/notas\\_prensa/57628\\_1518683976291.PDF](http://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/57628_1518683976291.PDF), así como las enmiendas presentadas (23 de marzo de 2018) en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1). Fecha de consulta: 10 de agosto de 2018.

La primera de las propuestas puede suponer a su vez dos posibilidades. Que simplemente el Gobierno mediante Reglamento señale qué cláusulas debe contener un préstamo hipotecario, sin fijar el contenido de las mismas, o también puede consistir de acuerdo con el segundo inciso «prever de forma expresa», fijar un contenido concreto de algunas cláusulas, una redacción determinada.

Por lo que respecta a la previsión de un modelo de contrato de préstamo hipotecario, a que se refiere en la letra d) de la DF 11ª, supondría un paso más. Supondría el establecimiento de un modelo completo de contrato de préstamo hipotecario ya redactado que pudiera ser utilizado por la partes que incluirían las concretas condiciones en cuanto precio, objeto o plazo, pero en el que las restantes cláusulas estarían ya redactadas previamente. Considero que la solución ha de venir por estas dos vías que se plantea el Proyecto de Ley, pero con un alcance distinto del previsto.

La propuesta de que el gobierno lleve a cabo mediante norma reglamentaria un modelo de contrato de préstamo hipotecario, adolecería tal y como está formulada de diversos problemas; los derivados de ser un mandato genérico sin un plazo determinado, lo cual no deja de ser un mero anuncio que puede quedar en nada, su carácter reglamentario, que debe considerarse insuficiente siendo necesario una norma con rango de ley ya que podría chocar con otras normas de ese mismo rango y, por último y sobre todo, su carácter meramente voluntario, que como en otros supuestos similares se ha revelado ineficaz ante la renuente actitud de las entidades financieras a perder la iniciativa en esta materia.

Tenemos ejemplos recientes de supuestos en que ha fracasado el pretendido carácter voluntario de las medidas de protección de consumidores y contra las cláusulas abusivas, como la creación del Código de Buenas Prácticas<sup>471</sup> de adhesión voluntaria para los bancos (Real decreto-ley 6/2012, modificado por la Ley 1/2013, el Real Decreto-ley 1/2015 y el Real Decreto-ley 5/2017) así como las del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo que establece un mecanismo previo extrajudicial sobre resolución de conflictos en materia de cláusulas suelo<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> A través del mismo y en unas circunstancias determinadas se permitía la concesión de plazos de carencia de la amortización del capital, reducción del tipo de interés, ampliación de plazo o la dación en pago.

<sup>472</sup> En este caso el acudir a esta reclamación extrajudicial es voluntaria para el deudor consumidor, pero obligatorio para las entidades de crédito que tienen que establecer unos mecanismos para ofrecer esta posibilidad al consumidor, pero siempre a iniciativa de estos últimos. Sin embargo y a pesar de ello la banca

### *3.3. Contenido concreto de la propuesta de solución*

La propuesta de solución para acabar con las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios consistiría por un lado en una previsión legal que ordenara con carácter obligatorio que en los contratos de préstamo (y crédito) hipotecario con consumidores determinadas cláusulas del mismo deban sujetarse a una redacción exacta realizada y aprobada administrativamente. De este modo, al establecerse con carácter legal y llevar todos los controles necesarios se acabaría con la posibilidad de que al menos dichas cláusulas pudieran resultar nulas por abusivas. A la vez dichas cláusulas deberían estar a disposición del público, preferentemente mediante medios electrónicos publicados en página web del Ministerio de Justicia, del Banco de España, del registro de Condiciones Generales de la Contratación y de las propias entidades de crédito y asociaciones de consumidores, con las correspondientes guías explicando su contenido y efectos, con lo que superaría la asimetría informativa de los consumidores en el momento de contratar. Por supuesto estarán redactadas con claridad y sencillez y se ajustarán en cada momento a la legalidad y a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre abusividad.

Como se ha señalado antes considero que debe darse una solución de carácter preventivo al problema de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios que permita que ambas partes (consumidores y bancos acreedores) vuelvan a confiar en el sistema hipotecario. La falta de autorregulación por los predisponentes debido a la falta de incentivos por quitar las cláusulas abusivas de sus clausulados, la falta de control previo en la firma del contrato por los notarios y las limitaciones de la propia calificación registral hacen que la mejor solución sea restringir en esos concretos casos la libertad para fijar el contenido de las principales cláusulas objeto de controversia durante estos años.

La primera cuestión que se me planteó sobre este sistema es si debía proponer un modelo total de hipoteca o bien optar por un sistema en el que sólo determinadas cláusulas debieran tener una concreta y obligatoria redacción.

Son varios los factores que me han hecho inclinarme por esta segunda de las opciones:

---

ha rechazado la mayor parte de estas reclamaciones obligando a acudir a los tribunales para su reclamación, *vid.* <https://intereconomia.com/empresas/banca/la-banca-rechaza-88-las-reclamaciones-las-clausulas-suelo-20170809-1757/>. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2018.

- En primer lugar la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas se ha concretado durante estos años en los préstamos hipotecarios en unas determinadas cláusulas que son principalmente a las que nos hemos referido durante este trabajo y sobre las que se proponen los modelos obligatorios.

- Por otro lado, otro objetivo que debe seguir esta medida es de asegurar y fortalecer el sistema hipotecario y en especial el procedimiento de ejecución al cual afecta no necesariamente todo el contenido del préstamo hipotecario sino en concreto el relativo a la determinación de la obligación asegurada, las cláusulas de vencimiento anticipado y las cláusulas relativas a la constitución de hipoteca y su ejecución.

- La calificación registral de los préstamos hipotecarios se ha mostrado ineficaz para acabar con las cláusulas abusivas, pero muy válida para otros aspectos de los préstamos hipotecarios por lo que no tendría sentido restringir su alcance más allá de donde ha demostrado sus límites. Por ello abogo por una distinción en el contenido de las hipotecas en este modelo, en el que pueda hablarse de un contenido duro, cuya inscripción sea obligatoria y no exista calificación y el resto del contenido que siga siendo calificable por el registrador por ser de libre redacción para las partes (o parte predisponente).

- Por último por una razón práctica, pues si bien considero difícil la adopción de esta propuesta por el legislador de imponer la redacción obligatoria de una serie de cláusulas, más difícil sería aún que se aceptara por la Banca la imposición de un total modelo de préstamo hipotecario, respecto del que no pudieran añadir cláusula alguna.

#### 4.- LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA HIPOTECA CON MODELOS DE CLÁUSULAS

A continuación pretendo demostrar la posibilidad práctica de llevar a cabo esta reforma legal para el establecimiento de los modelos obligatorios de cláusulas en los préstamos hipotecarios con consumidores respondiendo a las principales dudas y requerimientos prácticos que su implementación pueda exigir.

##### *4.1. ¿Quién redactaría y aprobaría el modelo?*

Como hemos visto, el PLRCCI, prevé que sea el Gobierno quien mediante reglamento proponga un modelo de adhesión voluntaria de préstamo hipotecario.

En los modelos de cláusulas hipotecarias que propongo, la redacción de esas cláusulas que conformarían los modelos obligatorios, debería gozar de todas las aprobaciones y controles necesarios que aseguraran la ausencia de cláusulas abusivas y su redacción clara y comprensible (control formal de transparencia). Para ello sería recomendable que en dicha redacción interviniesen representantes de las asociaciones de consumidores y de la Asociación Española de Banca, del Banco de España, en cuanto ostenta las funciones de supervisión de la Banca, del Ministerio de Economía, del CGPJ y del Ministerio de Justicia, a través de la DGRN y con representación de notarios y registradores.

Se trata de dotar a la redacción que se proponga de las cláusulas de una validez real que después permita afirmar que respecto de este tipo de hipotecas o de cláusulas no cabe impugnación o causa de oposición por abusividad.

A su vez, debe dotársele de una publicidad expresa, que permita el conocimiento generalizado por los consumidores disminuya las asimetrías informativas y facilite el control de transparencia material. Para ello cada cláusula debe ir acompañada de una explicación de su significado, relevancia y efectos que implica, de manera que el deudor-consumidor-prestatario, pueda saber con antelación las consecuencias de esas cláusulas concretas de la hipoteca que va a firmar, incluso antes de la firma del contrato, eliminándose así la necesidad de escribir (o copiar, que es lo que se hace) la declaración de haber entendido el alcance de las cláusulas de la hipoteca. Si se consigue que la publicidad y el acceso por los consumidores a dichas cláusulas sea electrónico remisión y acceso electrónico a través de las páginas web de las entidades de crédito además de los correspondientes organismos públicos) sería relativamente fácil metadatar las cláusulas incluyendo las guías información y ejemplos prácticos que se consideren necesarios en cada caso para ello.

#### *4.2. Contenido del modelo*

Por lo que respecta al contenido del modelo, nos encontramos con la alternativa que exponíamos al principio de este epígrafe, y que no es otra que optar entre la solución de un modelo total de hipoteca, en la que todas las cláusulas de la misma han de coincidir con el modelo aprobado legalmente, o bien una hipoteca en que sólo determinadas cláusulas, generalmente las que se refieren a la constitución y ejecución de la garantía o el modo de determinar la obligación garantizada, se llevan a cabo mediante cláusulas aprobadas e inamovibles. Resultaría así lo que antes hemos denominado un contenido «duro»

de la hipoteca, obligatorio y de redacción exacta en el contrato y en la inscripción (que implicaría la no calificación respecto del mismo) y el restante contenido y cláusulas, que sería de inclusión voluntaria por las partes (más bien predispuestas por la entidad acreedora y aceptadas por el consumidor que se adhiere) y respecto del que seguiría siendo necesaria la calificación.

En todo caso habría que distinguir diferentes modelos: hipoteca a tipo fijo y a tipo variable y quizá distinguir entre un contenido estrictamente necesario y otro que puede ser opcional, que entroncaría con ese modelo voluntario de préstamo hipotecario propuesto en el PLRCCI.

Para este modelo voluntario y total podría servir el modelo presentado y publicado en su día por ELRA en el repositorio de cláusulas de préstamo hipotecario (ANEXO...). Sin embargo respecto del contenido de las cláusulas más adelante se propondrá la redacción concreta de las cláusulas que estimo que deben ser de inclusión obligatoria.

En todo caso consideramos que las cláusulas aprobadas mediante modelo deberían referirse al menos a la constitución de hipoteca, las cláusulas de vencimiento anticipado, la cláusula de gastos, la relativa al interés de demora y las relativas a limitación de tipo de interés prohibiendo las de suelo y techo, o las relacionadas con swaps o hipoteca multidivisa. Igualmente y por su trascendencia las relativas al carácter de vivienda habitual, domicilio y tasación y las de fijación del procedimiento de ejecución de hipoteca. En definitiva aquellas a las que se refiere el apartado 4º del artículo 695 relativo a las causas de oposición, esto es las cláusulas contractuales que constituyan «(...)el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

#### 4.3. Elementos formales

La solución propuesta no afectaría a los requisitos formales de la hipoteca que actualmente se exigen conforme a los artículos 1875 CC y 145 LH; escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, sí que debería hacerse constar tanto en la propia escritura como en la inscripción que se practicase, que las cláusulas concretas se han redactado de conformidad con los modelos aprobados por la Administración, quizá señalándose una determinada referencia si existen varios modelos (*vgr.* interés fijo y variable) o bien por remisión al artículo de la Ley que así lo imponga.

Haciéndose de este modo, se reducirían además los trámites previos exigidos por el propio PLRCCI, ya que entendemos que carecería de sentido el acta previa del artículo



13.2 y podrían reducirse los plazos previos ya que el deudor hipotecario conocería ya las cláusulas obligatorias que se incluirían en el contrato, las cuáles podría examinar y conocer su alcance mediante su consulta en la correspondiente página web en la que se publicasen: que podría ser la de los Ministerios de Justicia, asociaciones de consumidores, la propia web del Banco acreedor, etc. Con relación a las restantes cláusulas no necesarias sí que deberían exigirse los controles previos de transparencia formal y material, pero sabiendo de antemano que no afectarían a cláusulas esenciales del contrato ni a la garantía. Los acreedores podrían ofrecer a su vez que todo el contenido del préstamo se completara con el modelo (ahora sí) voluntario aprobado por el Gobierno, al que se le añadirían los modelos de cláusulas obligatorias.

Por lo que respecta a la calificación del registrador, esta seguiría teniendo plena eficacia respecto de las restantes cláusulas de la hipoteca que no se hubiesen establecido a través del modelo aprobado, muchas de las cuales no accederán al Registro por carecer de trascendencia real y no tener relación con la obligación garantizada o la garantía, y por supuesto se seguirían calificando todas aquellas circunstancias de exclusiva apreciación registral como las relativas al principio de especialidad, al principio de tracto sucesivo o al estado de cargas de la finca.

La publicidad de estas cláusulas además puede llevarse a cabo a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCGC). El reglamento de dicho Registro preveía en su art. 5 que se publicasen de manera voluntaria por los predisponentes las condiciones generales de los contratos. Y si bien se señalaba que en determinados sectores la publicación fuere obligatoria, este precepto concreto se anuló por STS de 12 de febrero de 2002<sup>473</sup>. A pesar de la ineficacia del RCGC tal y como se encuentra regulado

---

<sup>473</sup> Esta Sentencia se dictó precisamente por un recurso interpuesto por el Colegio Notarial de Cataluña, contra diferentes artículos como los arts. 2.1.b) y 2.1.c), que se referían a la constancia en el Registro de Condiciones Generales de las sentencias que declarasen nulas determinadas cláusulas y la redacción de las mismas (para que no se repitiesen), así como el art. 21 relativo a la publicación que señalaba expresamente que: «*El Registrador central de condiciones generales de la contratación realizará además una publicación anual donde consten las sentencias judiciales inscritas como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o colectivas de nulidad o no incorporación, así como de acciones colectivas de cesación, retractación o declarativas de condiciones generales, clasificadas por sectores y predisponentes*». Esta publicación anual de las Sentencias que declarasen nulas las condiciones generales podía haber facilitado mucho la calificación las cláusulas abusivas y ahorrado muchos procedimientos judiciales al evitar que se siguiesen incorporando. A pesar de ello, algunos Notarios se quejaban de que no podían no insertar cláusulas abusivas porque las Sentencias que las declaraban nulas no estaban inscritas en el RCGC. En este sentido en la DF 2ª del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se prevé la posibilidad de inscripción en el RCGC que por falta de rango de ley se había negado, de manera que se modifica el apartado 4 del artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que queda redactado como sigue: «4. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior.

en la actualidad, podría servir de modo especial para la publicidad de las cláusulas aprobadas por el gobierno además de para señalar qué tipo de cláusulas han sido declaradas nulas por los tribunales. En este mismo sentido el PLRCCI prevé en su DF 2ª una modificación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que puede aprovecharse con la finalidad de dar publicidad a los modelos de cláusulas propuestos.

#### 4.4. Previsible oposición a la medida propuesta

##### A) Las entidades de crédito

Aunque la oposición a una medida como la propuesta pueda venir de diversos sectores, sin duda el principal obstáculo será la oposición planteada por las entidades de crédito y financieras que serían los actores más reacios a asumirla. Se alegará que atenta contra el principio de libertad de contratación y que limita el derecho de las partes de redactar el contrato como tengan por conveniente. Sin embargo la propia naturaleza de la contratación con condiciones generales de la contratación ya supone una negación del principio de libertad contractual. Recordemos que los contratos de préstamo hipotecario son contratos de adhesión que se formulan mediante condiciones generales de la contratación aunque en los mismos se puedan alterar determinados parámetros como son el tipo de interés, el plazo o el capital prestado<sup>474</sup>.

Sin embargo, no sería tanta la disminución de su capacidad de intervenir en la redacción de los contratos, ya que la existencia de los modelos propuestos, se referirán a unas determinadas cláusulas cuya redacción en muchos casos ya viene perfilada en la normativa que se ha venido dictando y en las sentencias recaídas y que además resulta ventajosa para la entidad de crédito como acreedor hipotecario, pues les asegura una inscripción cuasi automática de dichas cláusulas en el Registro.

Pero sobre todo el argumento que ha de hacer que las propias entidades abracen esta solución es la seguridad que atribuirá esta medida a la efectiva satisfacción de su crédito en el caso de que se lleve a cabo la ejecución de la garantía por impago del préstamo.

---

*Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas».*

<sup>474</sup> El hecho de que ofrezcan varias alternativas estandarizadas a los clientes, entre las cuales puedan elegir, no suprime el carácter impuesto del contrato, ni lo acerca más a un contrato de negociación, tal y como ya ha afirmado el Tribunal Supremo en la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ:STS 1916/2013 – ECLI:ES:TS:2013:1916).

Como se ha venido señalando en este trabajo, uno de los principales motivos del auge del mercado hipotecario en nuestro país y del bajo nivel de precios de los préstamos hipotecarios, además de la publicidad y efectos del Registro, venía dado por el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria con causas de oposición tasadas y que permitía a los acreedores hipotecarios confiar en que si se producía un impago del principal o de los intereses del préstamo garantizado con hipoteca, se podría acudir a un procedimiento de ejecución en el que de una manera rápida y efectiva se procedería a enajenar el inmueble dado en garantía para con su precio satisfacer el crédito del actor.

Como consecuencia de la crisis económica y en gran medida del revuelo mediático y social de la Sentencia Aziz<sup>475</sup>, se introdujo una nueva causa de oposición en el art. 694.1 LEC, que en la práctica y ante la generalidad de la redacción y amplitud de su objeto se va a plantear en todos los procedimientos de ejecución, permitiendo recurrir también contra la resolución del juez que estime la no procedencia de dicha causa de oposición<sup>476</sup>. En definitiva un motivo de oposición que prácticamente viene a acabar o, al menos, a disminuir en mucho las ventajas que respecto de dicho procedimiento se venían predicando para los acreedores.

Si se enquista esta problemática, como ha ocurrido con los miles de procedimientos suspendidos a la espera de un criterio unánime sobre la interpretación de determinadas cláusulas<sup>477</sup>, podemos encontrarnos con que el mercado decida que la hipoteca y en definitiva el préstamo hipotecario no es ya el instrumento adecuado para la movilización de capital que ha venido siendo en los últimos 100 años, con todos los perjuicios asociados que ello conllevaría como las mayores dificultades de acceso a la vivienda, encarecimiento de los préstamos, exigencia de otras y mayores garantías, menor importe prestado, aumento de los tipos de interés, etc...

---

<sup>475</sup> Las causas de esta crisis social de la hipoteca son amplias y complejas y han sido extensamente tratadas en este trabajo, pero no se debe obviar la concesión irresponsable de préstamos por la Banca, la contratación también irresponsable de los mismos por los consumidores, la *culpa in vigilando* de operadores jurídicos como notarios y registradores, normas legales que favorecían la inclusión de cláusulas abusivas como el art. 12 LH y su interpretación inicial por la DGRN y un largo etcétera de factores.

<sup>476</sup> Art. 695.4 LEC, redactado por Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en material concursal: «4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*». Esta modificación fue motivada además como sabemos por la STJUE de 17 de julio de 2014.

<sup>477</sup> Situación que, además de haberla comprobado en la práctica registral diaria, se ha señalado por diversos medios de comunicación. Vgr. Periódico 5 días: «Las ejecuciones hipotecarias quedarán suspendidas hasta que se pronuncie el TJUE» [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/23/midiero/1498237849\\_490646.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/23/midiero/1498237849_490646.html). Fecha de consulta: 10 de agosto de 2018.

Por todo ello entiendo que uno de los principales beneficiados de esta solución es el sector financiero y bancario, que por un lado pueden demostrar que su interés no es el de engañar a los clientes sino asegurar su crédito y fortalecer su negocio y, por otro lado, verían asegurado convenientemente su interés en la existencia de un procedimiento adecuado para el cobro de su crédito en vía ejecutiva de una manera rápida y previsible, en caso de incumplimiento del deudor.

En todo caso, entiendo que esta solución es la prevista para el caso de un consumidor que hipoteca su vivienda (sea a la vez deudor, o no), respecto de los demás supuestos de préstamos hipotecarios seguiría rigiendo la total libertad de contratación (o predisposición para el Banco) y la libertad del deudor de aceptar las condiciones que les ofrezca la entidad de crédito, aunque siempre podrían optar voluntariamente ambas partes por la inclusión también de estas cláusulas en el contrato de préstamo aún no siendo consumidores y siendo el inmueble distinto de la vivienda habitual.

#### B) Consumidores

Entiendo que por parte de los consumidores esta propuesta de hipoteca con modelos de cláusulas aprobadas y obligatorias, sería muy bien recibida puesto que les garantiza la no existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario en lo que a la hipoteca se refiere y a sus consecuencias de cara a la ejecución, mayor claridad y sencillez en la redacción y la segura inscripción de las mismas. Sin embargo la crítica a la propuesta puede venir por parecerle corta, por exigir que sea todo el préstamo hipotecario el que se establezca mediante un modelo obligatorio. Ante ello y más allá de los supuestos de inclusión de cláusulas obligatorias entiendo que desde su posición se debería luchar por un modelo total de préstamo hipotecario, al menos voluntario. De este modo, a pesar de que se tratase de cláusulas no inscribibles podrían comparar si las condiciones ofrecidas por su banco se ajustan o no a la legalidad.

#### C) Notarios

El Notariado puede plantear alguna duda en cuanto a que el control que ellos dicen realizar ya implica la no existencia de cláusulas abusivas, lo que sería desmontado por la experiencia demostrada. Quizá también podrían alegar que se pierde la libertad de contratación y su labor de traducir e interpretar la voluntad de las partes para adecuarla al contrato. Sin embargo, esto que sucede en otro tipo de contratos, bien saben que no ocurre con los préstamos hipotecarios en los que se limitan a transcribir el modelo que les envía

de la asesoría jurídica del banco. En la práctica la inclusión de las cláusulas por modelo únicamente les exigiría comprobar que se corresponde con las efectivamente aprobadas o incluso introducirlas ellos en el modelo facilitado por la asesoría del Banco acreedor. Se acabaría también como hemos dicho antes con la cláusula manuscrita y el acta del art. 13 PLRCCI, de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material ya que se suplirían las asimetrías informativas con la propia publicación del sistema y de las cláusulas y consecuencias de las mismas (así como la prohibición de aquellas como las cláusulas suelo o swaps).

#### D) Registradores

A pesar de mi condición de registrador de la propiedad (o quizá por ello), también creo que habrá una cierta oposición por parte del colectivo registral a la implementación de este sistema esta medida alegando que se acaba en gran parte con la calificación del préstamo hipotecario. No seré yo quien niegue la importancia de la calificación, importancia y valor que he venido señalando en todo este trabajo con especial relación a los préstamos hipotecarios. Sin embargo creo que también han quedado claras las limitaciones de la calificación por lo que respecta a las cláusulas abusivas y la importancia a la vez de que no accedan las mismas al Registro. La inclusión de cláusulas abusivas en el Registro y la publicidad que se dé de las mismas supone una quiebra del sistema por cuanto se está dotando de los especiales efectos del Registro al contenido de un derecho que en una parte está afectado de nulidad.

Considero importante hacer una pequeña digresión institucional en este punto. Quizá parezca no tener relación con la posible oposición de una parte del cuerpo de Registradores a la existencia de modelos de cláusulas de hipoteca pero creo que si se atiende a la misma podría hacer replantear esa oposición inicial a los defensores acérrimos de la calificación.

Creo que hay dos tendencias sobre el fundamento de la función registral y del Registro en la actualidad. Según donde se estime que reside la importancia del Registro variará la visión que se tenga de la propia función y en cierta medida determinará también hacia donde irá el futuro de la función registral. Así hay quien considera que la importancia del Registro se encuentra en la calificación mientras que por otro lado se puede entender sin detrimento de la misma que la importancia radica en la publicidad. Según la primera de estas concepciones, que daría sentido a nuestra función es el control que hacemos de la legalidad e inscribibilidad de los hechos y actos documentados en los distintos documentos públicos, por lo que si se restringe la calificación se está atacando al

fundamento del sistema. En la segunda concepción, se considera que realmente, la calificación no es sino un medio más para la función primordial del Registro que es la publicidad. La publicidad formal consistente en dar información veraz y exacta, pero que además -y de ello depende en mucho nuestro futuro- ha de suministrarse de una manera sencilla, eficaz, con datos que permitan su tratamiento electrónico e incluya la mayor cantidad de información posible.

Si consideramos que la calificación es lo más importante tendremos sólo una visión negativa de esta propuesta, pues consideramos que lo que se está haciendo es recortar nuestra función pues no permite calificar esas cláusulas establecidas por modelos. Si nos centramos en la importancia de la información y en nuestra función para tratar la misma consideraremos que es una medida eficaz para garantizar una información veraz de las hipotecas que gravan las fincas sin que puedan existir dudas sobre la existencia de cláusulas abusivas y por tanto de la eficacia final de la garantía inscrita.

Considero que esta será la disyuntiva que se planteé sobre esta propuesta en el ámbito registral; habrá quién considere que es un recorte de la calificación y se oponga y quién considere que es una gran solución para acabar de una vez con las cláusulas abusivas y fortalecer la hipoteca y el Registro como garante de la información inmobiliaria.

#### *4.5. Ámbito de aplicación*

Es importante determinar el ámbito de aplicación en que va a exigirse la inserción e inscripción de estas cláusulas aprobadas oficialmente puesto que, ni todas las hipotecas resultan afectadas por cláusulas abusivas, ni tampoco el objetivo es cercenar la libertad de contratación total respecto de los contratos de préstamo hipotecario sino limitarla respecto de aquellos casos en que la autorregulación del mercado no ha sido suficiente.

Por otro lado, existen diversos supuestos en que es perfectamente admisible el establecimiento por parte del Banco acreedor de unas condiciones más gravosas, como en los casos de préstamos hipotecarios de refinanciación de deudas empresariales o de profesionales, así como en las llamadas hipotecas preconcursales, sin que quepa en estos casos imponer modelo alguno. Tampoco parece necesario por su marginalidad su aplicación a hipotecas entre particulares en los que no existe habitualidad o carácter profesional del prestamista, o los supuestos de aseguramiento de un aplazamiento de un pago o de un reconocimiento de deuda. Sin embargo sí que es necesario obligar a incluir en los préstamos hipotecarios con consumidores, ya sean concedidos por entidades de crédito o por

otros profesionales o empresas que se dediquen de manera profesional o habitual a ello, unas cláusulas redactadas y aprobadas oficialmente, puesto que se ha demostrado sobradamente, la incapacidad del mercado y de los controles preventivos para acabar con la predisposición e incorporación de cláusulas abusivas en estos contratos.

A) *Ámbito objetivo.*

Se aplicaría como hemos señalado a los contratos de préstamo o crédito hipotecario cuando su finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (art. 2 PLRCCI). Sin embargo entiendo que no sería aplicable a supuestos de hipoteca para asegurar aplazamientos de pago o reconocimiento de deuda y en los mismos términos del Proyecto de Ley tampoco sería aplicable a los casos de préstamos concedidos sin intereses o sin ningún tipo de gastos, ni a las hipotecas que resulten de acuerdo transaccional o arbitral o sean resultado de un acuerdo jurisdiccional o los supuesto de hipoteca inversa debido a su especialidad.

B) *Ámbito subjetivo. Concepto de consumidor.*

Por lo que respecta al acreedor, la exigencia de incorporar los modelos de cláusulas, debería ser aplicable a los préstamos o créditos hipotecarios concedidos tanto por entidades de crédito como otras personas físicas o jurídicas a las que le fuese aplicable la Ley 2/2009. En los términos del art. 2 PLRCCI, a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional. Sin embargo no sería aplicable a supuestos de hipoteca entre particulares sin que exista ese carácter profesional en el prestamista.

En cuanto a la parte prestataria y/o hipotecante, ya hemos señalado que entendemos que debería obligarse a introducir los modelos de cláusulas en los préstamos hipotecarios en que intervengan consumidores (ya sea como deudor hipotecario o como hipotecante no deudor). Ahora bien, por lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, debemos tener en cuenta que el concepto de consumidor del art. 3 del TRLGDCU se refiere también a personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, siempre que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, mientras que el PLRCCI, en su artículo 2.1<sup>478</sup> se refiere únicamente a supuestos en que el

---

<sup>478</sup> «Artículo 2. *Ámbito de aplicación.* 1. *Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario,*



prestatario, fiador o garante (sería más correcto hablar del deudor hipotecario o hipotecante no deudor), sea una persona física.

Con el objetivo de no limitar el alcance de la protección dada por el TRLGDCU en los términos vistos del art. 3, me referiré en adelante a préstamos hipotecarios en que intervengan consumidores, pero en el entendido de que considero también aplicable a supuestos de intervención como deudor o hipotecante no deudor a una persona jurídica.

#### *4.6. La puesta en práctica: Diseñando un proyecto legislativo.*

En cuanto al modo de llevar a cabo esta propuesta entiendo que el instrumento ideal sería el actual Proyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario. Si tenemos en cuenta que se encuentra aún en fase de Proyecto, que está redactado por el anterior gobierno, y la cantidad de enmiendas presentadas por los grupos de la oposición (entre los que se encontraba el grupo socialista, hoy en el gobierno), puede calificarse como de oportunidad la introducción de esta medida en una ley específica de una medida como esta que sirva para acabar de manera definitiva con las cláusulas abusivas y que además sirva para la trasposición de la Directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Como ya señalé, la mera previsión que se hace en la DF 11<sup>a</sup>.1 de encomendar al gobierno la fijación de las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o prever de forma expresa [letra a)] y/o un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria de adhesión voluntaria [letra d)] no es suficiente, tanto por el insuficiente rango normativo como por la pretendida aplicación voluntaria.

Si optamos como hemos señalado antes por la existencia de determinadas cláusulas que necesariamente deben tener la redacción aprobada por el Gobierno y que sean de inclusión obligatoria en los contratos de préstamo hipotecario con los consumidores, debe fijarse esta exigencia en una norma (o varias) con rango de ley.

La sede podría ser como hemos dicho la futura Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que debería contener una regulación detallada sobre esta medida, además de recoger esta posibilidad en el artículo 12 LH, las respectivas referencias en

---

*el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor».*

otras normas relacionadas con el préstamo hipotecario y las consecuencias que en materia de ejecución se prevean al respecto.

Entiendo que en la propuesta de una solución como esta, de introducir modelos de cláusulas aprobadas oficialmente en los préstamos hipotecarios con consumidores no debe limitarse por mi parte a una mera formulación teórica sino que debe llegar a demostrarse como un supuesto factible. Por ello me propongo, en la medida de lo posible y dentro del limitado alcance de un trabajo de investigación como el presente a proponer la que sería la redacción de los distintos textos legales a modificar, de modo que suponga una suerte de guante jurídico que pueda recoger el legislador para llevarlo a efecto.

La redacción propuesta sería la siguiente:

A) Propuesta de modificación del Proyecto de ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario.

Se propone la modificación de los siguientes artículos<sup>479</sup>:

- El art. 2.1 relativo al ámbito de aplicación para aclarar el alcance respecto de los contratos de préstamo con consumidores personas jurídicas,

Añadir un inciso final en el artículo 2. 1. b) *«incluso si en este caso el consumidor es persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica conforme al art. 3 del Texto Refundido de la Ley de defensa de consumidores y usuarios»*

- En el artículo 5.1, relativo a la información que debe figurar en la publicidad, Añadir una letra e) con la siguiente redacción: *«e) Si se trata de préstamo hipotecario con consumidores la obligación de introducir las cláusulas aprobadas por el gobierno de inclusión obligatoria en los préstamos hipotecarios con consumidores en los términos del art. 13 de esta Ley y su contenido mediante remisión a la dirección electrónica donde consten las mismas».*

- En el art. 7 relativo a la información general de los préstamos inmobiliarios<sup>480</sup>, Añadir un segundo párrafo con la siguiente redacción: *«De igual modo estarán obligados a facilitar en todo momento, en soporte papel o cualquier otro soporte duradero o preferiblemente en formato electrónico, información general clara y*

---

<sup>479</sup> Con carácter general se podrían proponer la modificación de otros diversos artículos de la redacción actual del Proyecto, como las denominaciones que pueden inducir a confusión (garante por hipotecante no deudor), o lo relativo a los intereses de demora en los términos que recogió el TS, etc.. Sin embargo para ceñirme a la propuesta de solución que hago sólo referiré aquí los artículos que modificaría para poder hacer efectiva esta concreta reforma.

<sup>480</sup> Sería préstamos hipotecarios, pero la redacción del Proyecto contiene denominaciones imprecisas como ésta que sería necesario modificar con un criterio claro y jurídico.

*comprensible de las cláusulas aprobadas por el gobierno y que de modo necesario se incluirán en los contratos de préstamos con consumidores en los términos del art. 13 de esta Ley».*

- En el art. 8 sobre información precontractual sobre préstamos inmobiliarios, Añadir al final del párrafo primero: *«así como la redacción de las cláusulas obligatorias conforme al artículo 13 de esta Ley».*
- En el art. 12 que se refiere a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios,

Se añadiría un nuevo apartado 5 relativo al control de transparencia material: *«5.- Sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, debe facilitar al prestatario, durante el plazo previsto en el apartado 1 de este artículo, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido para que pueda plantear las cuestiones que estime necesarias sobre el contenido y alcance de las cláusulas del préstamo y firmará una manifestación, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación. El notario incorporará dicha manifestación en la escritura de préstamo a los efectos de que quede acreditado el cumplimiento del control de transparencia material».*

- En el artículo 13, que pasará a referirse a los modelos de cláusulas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores.

La redacción actual, relativa a la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material (acta notarial) se suprime en parte y en parte pasa al art. 12 en los términos señalados y se sustituye por la siguiente:

*Sección 3ª. Art. 13. Modelos de cláusulas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores.*

*«En los contratos de préstamo hipotecario en los que el prestatario o el hipotecante no deudor sea consumidor y cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, deberán redactarse de manera necesaria conforme a los modelos aprobados por el gobierno las cláusulas financieras relativas a la obligación garantizada, las de*

*intereses de demora y gastos, las de vencimiento anticipado, constitución de hipoteca y procedimientos de ejecución y cualesquiera otras que puedan determinarse en el futuro.*

*Para la redacción de las mismas podrá constituirse por el gobierno una Comisión mixta en la que intervengan además de representantes de los Ministerios de Justicia y de Economía, registradores y notarios, representantes del Banco de España y de Asociaciones de Consumidores y de la Asociación Española de Banca.*

*La redacción de las cláusulas a que deban sujetarse estos préstamos hipotecarios serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y en la página web del Ministerio de Justicia con toda la información necesaria para la comprensión de su contenido, alcance y efectos. Del mismo modo las entidades de crédito y prestamistas profesionales deberán poner a disposición de los prestatarios, en sus oficinas y mediante la publicación en sus respectivas páginas web la redacción de las cláusulas que de acuerdo con este artículo contendrán necesariamente estos préstamos, indicando cuáles son las restantes cláusulas que no responden a modelo oficial.*

*En este tipo de préstamos los notarios al autorizar la escritura harán constar que se corresponden con el modelo oficial de cláusulas aprobadas haciendo constar si se refieren a un modelo de hipoteca a interés fijo o variable o las restantes modalidades que puedan existir. El registrador inscribirá, sin necesidad de calificación, las cláusulas redactadas conforme a estos modelos aprobados y en su caso calificará, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, las restantes cláusulas de la hipoteca que puedan tener acceso al Registro».*

- Por último, dentro del Proyecto de Ley el art. 20 que se refiere a la forma y contenido de los contratos,

*Se sustituye el apartado 2 por el siguiente: «En la contratación de préstamos en que intervengan consumidores, el notario no autorizará su elevación a escritura pública si no se acredita la redacción de las cláusulas aprobadas conforme a modelo oficial de acuerdo con el artículo 13.3. Los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a dichos préstamos si la redacción de las cláusulas no coincide con los modelos aprobados oficialmente».*

Por lo que respecta a la influencia de esta modificación en otras normas jurídicas (que se llevaría a cabo en la misma Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario) proponemos las siguientes:

B) Propuesta de modificación de la Ley Hipotecaria:

Se podría introducir un nuevo párrafo en el art. 12 LH con la siguiente redacción:

*«Cuando se trate de préstamos hipotecarios en los que intervenga un consumidor, ya sea como deudor o como hipotecante no deudor, el contenido de las cláusulas de incorporación obligatoria conforme al art 13 de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario y que sean relativas a la obligación garantizada, intereses de demora y cláusula de gastos, las de vencimiento anticipado, constitución de hipoteca y procedimientos de ejecución, y demás que se determinen deberán sujetarse a la redacción propuesta en los modelos aprobados y cuya publicidad se dará a través del RCGC y de la página web del Ministerio de Justicia, junto con la información sobre su significado, alcance y contenido.*

*Esta misma redacción se podrá utilizar voluntariamente por las partes, con sus mismos efectos, en los demás préstamos hipotecarios.*

*La inscripción de estas cláusulas se hará literalmente sin perjuicio de la calificación de los registradores conforme al art. 18 de esta Ley respecto de las restantes cláusulas del préstamo hipotecario».*

C) Propuesta de modificación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación:

Añadir un nuevo párrafo al Art. 11.2 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, que en cuanto al contenido de dicho Registro debería añadir:

*«Se inscribirán también en este registro la redacción aprobada de las cláusulas de los préstamos hipotecarios con consumidores de inclusión obligatoria conforme al art. 12.2 LH».*

a) Propuesta de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

El artículo 695.1.4º LEC se modificaría añadiendo la siguiente redacción:

*«No se podrá oponer esta causa de oposición en los supuestos de ejecución de hipotecas inscritas conforme al modelo de cláusulas a que se refiere el art. 13 de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario».*

D) Propuesta de modificación de la Ley 2/2009:

Se añadiría un apartado 4º al art. 1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito:

*«4.- Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de la necesaria aplicación a los préstamos con garantía hipotecaria, concedidos por estas empresas y en que intervengan consumidores, a la obligatoria redacción de sus cláusulas conforme al modelo aprobado de cláusulas a que se refiere el art. 13 de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario».*

## 5.- MODELO DE CLÁUSULAS DE INCORPORACIÓN OBLIGATORIA A LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CONSUMIDORES.

### 5.1. *Justificación de la redacción propuesta del modelo*

Son diversas las opciones que podrían barajarse para la puesta en práctica del modelo de cláusulas hipotecarias de incorporación obligatoria en los préstamos hipotecarios en que intervengan consumidores, puesto que podría optarse para su desarrollo a través de una remisión reglamentaria, que implicaría un margen de tiempo para poner en común los requisitos que deberían incorporar dichas cláusulas y de algún modo serviría también para previamente testar las reacciones de los implicados pudiendo incluso recoger sus sugerencias sobre el contenido de las mismas.

Otra opción sin embargo es introducir el modelo de las cláusulas ya redactado como Anexo a la propia Ley en la que se plantea la reforma. Esta segunda opción, dotaría al modelo de diversas ventajas, como su rango normativo, la rapidez en su aplicación y su mayor estabilidad y necesidad de consenso por las mayorías parlamentarias exigibles para su aplicación y en caso necesario modificación. Como desventajas, la rigidez de las mismas ante posibles cambios jurisprudenciales (no olvidemos que están pendiente pronunciamientos del TSJUE sobre materias como el vencimiento anticipado) y la deseable participación de todos los posibles afectados en la redacción de las cláusulas.

Por ello he optado en este trabajo por una modalidad intermedia; proponer de inicio unos modelos de cláusulas que se introdujeran como Anexo a la futura Ley de Contratos de crédito inmobiliario y previendo respecto de alguna de estas cláusulas la posterior intervención del Ministerio de Economía, por su marcado carácter financiero,

posibilitando además la revisión anual de la redacción de estas cláusulas por una Comisión mixta con representantes de la Administración (Ministerio de Justicia a través de la DGRN, Ministerio de Economía y Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social), de otras entidades y corporaciones públicas cuya actividad afecta a la materia como el Consejo General del Poder Judicial, Banco de España, Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de España, y por último, de representantes de las partes de los contratos; la Asociación Española de Banca y asociaciones de consumidores.

Esta Comisión mixta actuaría de modo similar al órgano de seguimiento y control previsto en la DF Tercera del Real Decreto 1/2017 de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo<sup>481</sup>, de modo que llevaría a cabo un seguimiento del cumplimiento y aplicación de esta medida, recogería las sugerencias y hechos relevantes que pudiesen aconsejar un cambio en la redacción de las cláusulas y propondría las modificaciones pertinentes para su aprobación.

Por lo que respecta a la redacción concreta de las cláusulas cabe señalar que habría de buscarse además de la necesaria adecuación a la legislación española y comunitaria y a la doctrina sobre cláusulas abusivas emanada por el TS y el TSJUE, que se redacten de forma clara y concisa, de modo que dichas cláusulas puedan ser entendidas por el consumidor sin ver reducidos sus derechos. Por otro lado no debe olvidarse el otro objetivo de esta propuesta que es proteger además los legítimos derechos del acreedor a cobrar la deuda con los intereses y en caso de no poder cobrarla en vía voluntaria, ejecutar la hipoteca para satisfacer su crédito sin temer un resultado incierto del procedimiento.

Entiendo que no es necesario para conseguir esos objetivos un clausulado como el que ahora viene siendo corriente en la contratación de hipotecas, que en muchas ocasiones, peca de farragoso y repetitivo. Por ello se opta por una redacción sencilla de las

---

<sup>481</sup> Dicha DF establece que: «Se habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de esta norma. En particular, se podrá regular: a) La existencia de un órgano de seguimiento, control y evaluación de las reclamaciones efectuadas en el ámbito de aplicación de este real decreto-ley y su régimen jurídico. Este órgano, que deberá emitir un informe semestral sobre su actuación, contará con la participación de representantes de los consumidores y de la abogacía. Este órgano de seguimiento recabará de las entidades de crédito la información necesaria para constatar que la comunicación previa prevista en este real decreto-ley se ha realizado, especialmente a personas vulnerables. Este órgano de seguimiento podrá proponer las medidas a su juicio necesarias para impulsar una correcta implantación del mecanismo extrajudicial previsto en este real decreto-ley».

Este órgano de control y seguimiento se creó por Real Decreto 536/2017, de 26 de mayo, por el que se crea y regula la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, y por el que se modifica el artículo 6 del Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias. En su art. 2 señala la composición de dicha comisión que podía tomarse como referencia, si bien añadiendo o quitando miembros por la especificidad de la materia.



cláusulas, que contenga la información estrictamente necesaria y respecto de los supuestos de vencimiento anticipado únicamente aquellos que puedan fundamentar el ejercicio de la acción hipotecaria por afectar realmente a la subsistencia de la deuda o de la garantía de conformidad con la doctrina emanada del TS y de la DGRN.

Respecto de las cláusulas financieras, se plantea una seria duda con relación a aquellas que pueden afectar a la cantidad exigible que entiendo deberían ser aquellas que quedaran redactadas conforme a un modelo. A pesar de que como vimos en la parte correspondiente los intereses remuneratorios constituyen el precio y parecerían excluidos del control de abusividad, la falta de transparencia material podría dar lugar como ha hecho respecto de las cláusulas suelo a la anulación de la cláusula. De aquí se llegó a la aplicación de la norma que exigía el consentimiento manuscrito de los deudores afirmando que tenían conocimiento de lo que estaban firmando en los supuestos del art. 6 de la Ley 1/2013. Por todo ello y considerando que no corresponde la redacción de las cláusulas financieras en los modelos que aquí se proponen optaría por establecer una concreción en los préstamos hipotecarios con consumidores a los tipos de referencia que fije el Ministerio de Economía, en los términos que ya lo hace la redacción actual del Proyecto al dar nueva redacción al art. 5.3 de la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito<sup>482</sup>. Además como una solución quizá radical, pero definitiva, la prohibición de que en este tipo de préstamos se establezcan cualquier tipo de cláusulas suelo, swap o puedan consistir en préstamos en moneda extranjera o multdivisa.

La redacción de las cláusulas de intereses de demora, se ajustará a la jurisprudencia del TS sobre estos puntos de modo que en el caso de intereses de demora no podrá ser éste superior a dos puntos del interés remuneratorio y para evitar que en la constitución de hipoteca se aumente el importe de responsabilidad por la vía de aumentar el plazo, se fijaría en un máximo de dos años además de que sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago en el momento de la reclamación y no podrá ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>482</sup> Que señala que «Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades», en estos supuesto de préstamos con consumidores habría que obligar a que los índices de referencia fuesen siempre de los publicados por el Ministerio.

Con relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, no tiene sentido intentar hacer depender el vencimiento anticipado de la deuda en supuestos que ya están regulados por norma legal como en caso de concurso o de hechos que no afectan a la subsistencia de la garantía como el embargo de la finca, su venta, o incluso hoy día ya su arrendamiento. No se incluirían por tanto causas de vencimiento anticipado que han sido rechazadas de manera reiterada por la jurisprudencia y por resoluciones de la DGRN y que han quedado extensamente explicadas en este trabajo. Se limitará a la cláusula de vencimiento por impago de principal o intereses tomando como base la redacción propuesta por el PLRCCI en su art. 22. Además se añaden otras cláusulas de vencimiento anticipado que pueden afectar a la subsistencia de la garantía como la falta de pago de impuestos o seguros que puedan tener carácter preferente a la hipoteca o el deterioro o pérdida de valor de la finca hipotecada en más de un 25%, siempre que se le haya dado al deudor la posibilidad de aportar nuevas garantías.

Por lo que respecta a la cláusula de gastos, se ha optado por establecer un criterio claro para cada uno de los gastos que normalmente se detallan en las escrituras, siguiendo para ello los criterios de la jurisprudencia en cada uno de los supuestos y en los casos en que no hay un criterio claro, optando por el que se ha considerado más justo, como la previsión de que el arancel del otorgamiento de la escritura matriz deba satisfacerse por mitad por el prestatario y el Banco en cuanto el prestatario está interesado en el otorgamiento en cuanto al préstamo y el acreedor en la hipoteca. Con relación a la responsabilidad hipotecaria por los gastos, se ha previsto un límite estableciendo un límite de responsabilidad para este importe de un 2% del principal del préstamo para evitar que por esta vía se quiera hacer responder al deudor de un mayor importe que el que le corresponde. No debemos olvidar que cualesquiera otros créditos que pudiera tener el acreedor con el deudor podrá reclamárselos a través de los correspondientes procedimientos, ya que se trata de llevar el procedimiento hipotecario al límite natural que por su naturaleza le corresponde sin convertirlo como hasta ahora en cierto modo se ha pretendido de un procedimiento para recuperar todas las deudas que pudiera tener el Banco acreedor con su cliente.

La cláusula de constitución de hipoteca determinará los límites de la garantía señalando las cantidades por la que responde de principal, intereses ordinarios, intereses de demora y de costas y gastos. Se señalará asimismo la normativa aplicable para la ejecución a través del procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados con expresa

mención del domicilio de notificaciones y de la tasación de la finca, como requisitos necesarios del mismo y cuya tasación deberá realizarse por entidad profesional de acuerdo con las previsiones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario<sup>483</sup>. Asimismo deberá señalarse de modo expreso si la vivienda tiene o no el carácter de habitual, lo que tendrá especialmente relevancia para el procedimiento de ejecución a los efectos de lo previsto en el art. 579.2 LEC.

## 5.2. Modelo propuesto de cláusulas de incorporación obligatoria en los préstamos con consumidores.

Tras la explicación anterior de las cláusulas elegidas y su redacción, y que queda completada por el estudio hecho a lo largo de todo este trabajo, propongo una redacción posible para el modelo de cláusulas de hipoteca de incorporación obligatoria en los préstamos hipotecarios cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir y en los que el deudor hipotecario o hipotecante no deudor sea consumidor, que sería la siguiente:

*ANEXO (a añadir a la futura Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario)*

Modelo de cláusulas de hipoteca para préstamos en que intervengan consumidores:

### 1.- Respecto de las cláusulas financieras:

En las cláusulas financieras de los préstamos a interés variable deberá incluirse necesariamente uno o varios tipos de referencia aprobados por el Ministerio de Economía o a través del Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

En ningún caso se podrán incluir en las cláusulas financieras de estos préstamos las siguientes cláusulas relativas a:

- a) limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo.
- b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés,
- c) o se trate de préstamos que se concedan en una o varias divisas.

---

<sup>483</sup> Arts. 3, 3 bis, 3 bis I y 3 bis ter.

La inclusión de este tipo de cláusulas determinará la nulidad del contrato de préstamo si en este intervienen consumidores, ya sea como deudores o como hipotecantes no deudores.

### 3.- Cláusula de reembolso o amortización anticipada

*«El prestatario podrá en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado reembolsar de forma anticipada total o parcialmente la cantidad adeudada. El prestatario deberá comunicar con una antelación mínima de 10 días su decisión de amortizar anticipadamente el préstamo, y si esta es parcial, el importe que pretende amortizar.*

*El prestamista no podrá cobrar compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada total o parcial respecto del presente préstamo»<sup>484</sup>.*

### 2.- Cláusula de interés de demora

*«Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán, desde el día siguiente al de su vencimiento, intereses de demora. El tipo de interés de demora aplicable será el resultado de sumar dos puntos al tipo de interés ordinario pactado en el préstamo y en todo caso no podrá ser superior al que represente en cada momento el resultado de multiplicar por tres el interés legal del dinero<sup>485</sup>. Los intereses de demora solo podrán devengarse sobre el principal*

---

<sup>484</sup> Acojo aquí, por considerarlo adecuado a este tipo de préstamos con consumidores, la propuesta hecha como enmienda al art. 21 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario por el grupo parlamentario socialista, Enmienda nº 108. Vid. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1). Fecha de consulta: 17 de agosto de 2018.

<sup>485</sup> Mantengo aquí la referencia al límite legal del art. 114.3 LH para el interés de demora de tres veces el interés legal del dinero ante la reiteración de este límite en el art. 23 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, pero considero que este límite ha de verse superado por el criterio de adicionar dos puntos al interés ordinario establecido por el TS y ratificado por la STJUE de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), y que además debe aplicarse a todo préstamo, no sólo a los que tengan como finalidad la adquisición de vivienda habitual. Si se optase en la Ley definitiva por la unificación del límite de dos puntos sobre el ordinario, debería modificarse asimismo el art. 114.3 LH y de la redacción de la cláusula quitarse la referencia al límite de tres veces el interés legal.

vencido y pendiente de pago en el momento de la reclamación<sup>486</sup> y no podrán ser capitalizados, esto es, devengar a su vez nuevos intereses, en ningún caso, excepto en el supuesto que prevé el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

### 3.- Cláusula de gastos

«Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora el pago de los siguientes gastos:

- a) Los gastos de tasación del inmueble hipotecado<sup>487</sup>.
- b) El 50% de los aranceles notariales del otorgamiento de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias que se expidan a su favor<sup>488</sup>.
- c) El pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que en el supuesto de la cuota gradual corresponda al deudor como sujeto pasivo y el 50% de la cuota fija de dicho impuesto representado por el timbre a pagar respecto del otorgamiento de la matriz<sup>489</sup>.
- d) Los gastos del seguro de incendios y seguro de daños contratado en su caso sobre la finca hipotecada y demás gastos necesarios para la conservación de la finca hipotecada.
- e) Los gastos de tramitación de la liquidación de impuestos derivado de esta escritura.

---

<sup>486</sup> Según la redacción propuesta para el art. 23 del Proyecto en la enmienda nº 110 del Grupo parlamentario socialista. Vid. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1). Fecha de consulta: 17 de agosto de 2018.

<sup>487</sup> En la jurisprudencia no ha habido unanimidad en este punto y hay sentencias que consideran que debe ser un gasto asumido por el Banco, pues es un requisito que les va a ser necesario en caso de que quieran titular la hipoteca (SAP Huelva de 19 de diciembre de 2017), mientras que por otro lado hoy es un requisito que se impone por la ley para toda hipoteca (art. 682.2.1ª LEC), en beneficio del deudor y que es previa a la decisión de que el banco conceda la hipoteca, por lo que si tenemos en cuenta que además el deudor puede presentar una tasación realizada por entidad homologada sin que necesariamente sea la empresa que decida el Banco (SJPI Palencia de 28 de septiembre de 2017), he optado por considerarlo como un gasto imputable al deudor.

<sup>488</sup> Sobre los gastos generados por los aranceles notariales también ha habido pronunciamientos diversos de la jurisprudencia, así la STS de 23 de diciembre de 2015 estimaba que debían ser satisfechos por el Banco y que lo habían de ser por el deudor otras Sentencias como la de la AP de Huelva de 19 de diciembre de 2017. Sin embargo el criterio del TS en la Sentencia de 15 de marzo de 2018 es que sería razonable que se pagasen los gastos de Notaría por mitad por cuanto en el préstamo hipotecario están interesadas ambos y los de la copia autorizada (necesaria para la inscripción) por el Banco. También se desprende esta tendencia a considerarlo como gasto que debe pagarse por mitad la afirmación de que el timbre de la matriz, como gasto tributario debe pagarse por mitad entre deudor y acreedor.

<sup>489</sup> Así resulta de la STS de 15 de marzo de 2018 en los términos estudiados en el epígrafe correspondiente.

- f) *Los aranceles registrales que se deriven de la cancelación de cargas o afecciones preexistentes y los derivados de la expedición de las notas simples o certificaciones que solicite.*

*Serán de cuenta exclusiva del banco acreedor los siguientes gastos:*

- a) *El 50% de los aranceles notariales derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y los gastos de expedición de la copia auténtica de la misma.*
- b) *El 50% del impuesto de Actos Jurídicos Documentados en su cuota fija respecto del timbre de la matriz y de la totalidad respecto de la expedición de copias, actas y testimonios de los que resulte sujeto pasivo del impuesto<sup>490</sup>.*
- c) *Los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad, a excepción de los que se generen como consecuencia de la cancelación de cargas anteriores o afecciones previas preexistentes<sup>491</sup>.*
- d) *Los gastos de tramitación y gestoría derivados de la presentación y gestión hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad.»<sup>492</sup>*

#### 4.- Cláusulas de vencimiento anticipado<sup>493</sup>

*«No obstante el plazo pactado en la presente escritura el Banco acreedor podrá declarar vencido anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital prestado, de sus intereses y demás obligaciones de pago pactadas en los siguientes casos:*

*A) Si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:*

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.*

---

<sup>490</sup> Así resulta de la STS 15 de marzo de 2018 que afirma que *«la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese».*

<sup>491</sup> El criterio de que los gastos de la inscripción en el registro debe satisfacerlos el Banco es unánime en las Sentencias citadas pues lo que se inscribe es la hipoteca como derecho de garantía a su favor.

<sup>492</sup> Como se ve no se hace referencia a los gastos del proceso, que como señaló ya el TS en la Sentencia de 15 de marzo de 2018 citada deben regularse por la normativa de la LEC que tiene carácter imperativo.

<sup>493</sup> No procederemos aquí a una explicación detenida de cada una de las cláusulas de vencimiento anticipado que consideramos pueden incorporarse en el modelo de cláusula e inscribirse por haberse señalado de manera detenida en la correspondiente parte de este trabajo junto con las Sentencias y resoluciones de la DGRN que así lo justifican.

b) *Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:*

i. *Al cinco por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a nueve meses.*

ii. *Al diez por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses<sup>494</sup>.*

c) *Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.*

B) *Si se produce el impago de impuestos y contribuciones que sean preferentes a la hipoteca constituida o cuando resulten cargas o gravámenes preferentes a la hipoteca que aquí se constituye y que tuvieran rango registral prioritario a la hipoteca que se constituye por causas no imputables a la parte acreedora, salvo que en el plazo de dos meses desde ser requerido el prestatario aporte nuevas garantías igualmente seguras que cubran íntegramente el importe de la carga preferente según la tasación efectuada por una sociedad de tasación independiente, designada de común acuerdo.*

---

<sup>494</sup> El porcentaje del 5% y 10% procede también de las enmiendas presentadas por el grupo parlamentario socialista al art. 22 del Proyecto de Ley, (Enmienda nº 109), aunque como señala en la misma enmienda, esta cuestión está pendiente de la cuestión prejudicial planteada por el propio TS al TSJUE mediante Auto de 8 de febrero de 2017. Vid. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF#page=1). Fecha de consulta: 17 de agosto de 2018.



- C) *La disminución del valor de la finca hipotecada en más de un 25% del valor de tasación inicial, si este deterioro se mantiene en el plazo de un año<sup>495</sup> siempre que se acredite mediante tasación realizada por entidad homologada independiente, designada de común acuerdo, salvo que el deudor en el plazo de dos meses desde el requerimiento ofrezca nuevas garantías igualmente seguras y suficientes para cubrir el valor de la depreciación.*
- D) *Si la parte prestataria incumpliese sus obligaciones de pago relativas al seguro de daños o incendio respecto de la finca hipotecada, dando lugar a la ineficacia de dicho seguro, sin ofrecer en el plazo de dos meses desde el requerimiento garantías que cubran dicha responsabilidad o la concertación de un nuevo seguro en los mismos términos».*

#### 5.- Constitución de hipoteca

*«Sin perjuicio de su responsabilidad personal y universal la parte prestataria constituye en este acto hipoteca sobre la/s finca/s antes señalada/s, a favor de la parte acreedora que acepta, para responder de la devolución del principal del préstamo, intereses ordinarios y en su caso intereses de demora y costas y gastos. (En caso de hipotecante no deudor, se dirá: sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la parte prestataria, el dueño de la finca... hipoteca la misma para responder...en garantía de...)*

*En concreto se constituye hipoteca en garantía*

- a) *Del pago de capital de..... euros*

---

<sup>495</sup> De acuerdo con el artículo al art. 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, según el cual: «Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciere de la tasación inicial en más de un 20%, y con ello se superasen, en función del principal pendiente de amortizar, los límites a que se refiere el artículo 5.1, la entidad acreedora, previa tasación realizada por una sociedad homologada independiente, podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el préstamo o crédito que garantiza.

*En el caso de que el deudor sea una persona física, el desmerecimiento al que se refiere el párrafo anterior deberá haberse mantenido durante el plazo de un año, a contar desde el momento en que la entidad acreedora haya hecho constar en el registro contable al que se refiere el artículo 21 el citado desmerecimiento. El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podrá optar por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo.*

*Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación, el deudor no la realiza ni devuelve la parte de préstamo o crédito a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora».*

- b) *Del pago de los intereses ordinarios pactados, hasta un máximo de un año al tipo de ... limitándose la cantidad máxima de .... euros.*
- c) *Del pago de los intereses de demora pactados hasta un máximo de dos años al tipo de ... (será dos puntos por encima del remuneratorio), limitándose a la cantidad máxima de... euros.*
- d) *Del pago de las costas procesales limitándose esta cantidad a un 3% del capital por un importe de .... Euros.*
- e) *Del pago de los gastos por tributos, gastos de comunidad y primas del seguro y demás fijados en el contrato que hubiesen sido anticipadas por el acreedor hasta un máximo del 2% del capital por un importe de .... euros.*

*Distribución de responsabilidad:*

*La finca ... responde de... a), b), c), d) y e).*

*La finca ... responde de... a), b), c), d) y e).*

*En consecuencia y en suma de todos los conceptos expresados, la finca/s hipotecada/s responderá /n por la cuantía de.... Euros.*

*Para el caso de que la propiedad de la finca hipotecada perteneciera a varios hipotecantes por cuotas indivisas, se pacta la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad, conforme al art 217 del Reglamento Hipotecario».*

6.- Extensión de la garantía.

*«Por pacto, esta hipoteca se extiende a los objetos muebles, frutos y rentas a que se refiere el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, a lo construido y a lo que el deudor construya en lo sucesivo sobre lo hipotecado, con las limitaciones establecidas en el artículo 112 de dicha Ley».*

7.- Acción judicial.

*«Si el acreedor tuviera que recurrir a la vía judicial para hacer efectivo su derecho de crédito derivado del presente contrato de préstamo, podrá ejercitar, a su elección, la acción declarativa o cualquier clase de acción ejecutiva que le competa, en especial las que recaigan sobre el bien hipotecado, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para el caso de que el acreedor decidiera ejercitar la acción*

real contra la finca hipotecada, por el cauce procesal de los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes contratantes acuerdan:

a) Tasar la finca hipotecada en la cantidad de .... euros, para que sirva de tipo en la subasta, cantidad que no es inferior al 75% del valor que figura en la tasación realizada conforme a lo dispuesto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

b) Se fija como domicilio de la parte prestataria para la práctica de requerimientos y notificaciones el de ....., y a los mismos efectos la dirección electrónica siguiente .....@.....

c) Para el caso de que se inicie cualquier tipo de procedimiento judicial previsto en la vigente legislación procesal en reclamación o ejecución de la hipoteca, se confiere a la Entidad acreedora la administración y posesión interina del bien hipotecado para el caso de que ésta así lo solicite, con expresa facultad para administrarlo y aplicar sus frutos y rentas al pago de costas, intereses y capital del préstamo, conforme a los artículos 690 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

#### 8.- Declaración de vivienda habitual.

«El prestatario y/o el hipotecante manifiestan que la finca hipotecada sí/no constituye su vivienda habitual».

## CONCLUSIONES

- I. El Registro de la propiedad español, como Registro de derechos es un instrumento fundamental para el desarrollo del tráfico económico y jurídico, pues permite la contratación sobre derechos y titularidades reales de una manera rápida y segura, disminuyendo las asimetrías de información y estableciendo un sistema de presunciones de validez y eficacia de los derechos que permite en última instancia el fomento del crédito inmobiliario.
  
- II. La calificación registral como juicio de legalidad e inscribibilidad de los actos y contratos que dan lugar a modificaciones jurídico reales cuya inscripción se solicita, es una función esencial y específica de la función registral para sustentar los importantes efectos jurídicos y económicos que derivan de la inscripción en el Registro de la Propiedad.
  
- III. La calificación registral en los préstamos hipotecarios, supone la comprobación de la validez de las cláusulas que los integran, y lleva consigo el examen de su contenido para determinar que no se opone a normas de carácter imperativo o prohibitivas, que las cláusulas son inscribibles por respetar el principio de especialidad y demás normativa hipotecaria para que se produzca la adecuada configuración del derecho real de hipoteca y que comporta además la comprobación de que no existen cláusulas nulas por abusivas.
  
- IV. El sistema hipotecario español, en el que la hipoteca exige inscripción en el Registro de la Propiedad y cuya ejecución debe llevarse a cabo de conformidad con lo inscrito en el mismo, no debe permitir que se atribuyan efectos, como la presunción de exactitud y validez derivada del principio de legitimación, a cláusulas que resulten nulas por abusivas y que se encuentren inscritas por no haberse podido calificar negativamente y rechazar su inscripción.

- V. Teniendo en cuenta la importancia de la calificación registral en los préstamos hipotecarios, que debe extenderse también a las cláusulas financieras del préstamo pues determinan la obligación garantizada, y dado los problemas que la limitación de la calificación ha generado, es necesaria una nueva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, distinta de la actual, cuya finalidad era precisamente la de restringir la calificación del contenido del préstamo hipotecario.
- VI. Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, es necesario que los términos en que se redacten cumplan con las exigencias propias del principio de determinación hipotecaria y se excluyan aquellas causas de vencimiento anticipado que se vinculen al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes y aquellas que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca.
- VII. La cláusulas de vencimiento anticipado por impago de cuotas o intereses se deben ajustarse a las exigencias establecidas por la jurisprudencia comunitaria de modo que se refieran a un incumplimiento suficientemente grave con relación a la duración y a la cuantía del préstamo y siempre que se le dé al consumidor la posibilidad de remediar los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. A ello se ajustaría la fijación de un determinado porcentaje de impago dependiendo del momento en que este se produzca como requisito para poder declarar el vencimiento anticipado por el acreedor y siempre que se haya reclamado dicho pago dándole un plazo de al menos quince días para efectuarlo.
- VIII. A pesar de que las cláusulas suelo y techo, por referirse al tipo de interés pactado forman parte de la contraprestación y por tanto quedarían excluidas del posible control de abusividad, pueden resultar nulas por abusivas en aquellos

casos en que no se haya cumplido el principio de transparencia material, que exige no sólo la puesta a disposición del prestatario de la información precontractual y las advertencias oportunas exigidas por la normativa aplicable, sino la comprobación de la efectiva comprensibilidad real de las cláusulas redactadas, de manera que el prestatario pueda entender las consecuencias jurídicas y económicas del producto que contrata y compararla en el mercado con otros similares.

- IX. Para evitar el acceso de cláusulas abusivas al registro sería preciso no sólo comprobar el contenido de las cláusulas, sino el cumplimiento en el proceso de incorporación del principio de transparencia material. Sin embargo, teniendo en cuenta el limitado alcance de los medios de calificación del registrador, el control del cumplimiento de dicho principio, sólo puede venir en la actualidad mediante el control mediato del cumplimiento de los deberes impuestos por la ley relativos a la declaración manuscrita del prestatario de comprensión de las condiciones y de las advertencias hechas por el notario en la escritura. Este control es insuficiente para evitar la imposición a los deudores de cláusulas que carezcan de dicha transparencia y la exigencia de manifestaciones manuscritas en la matriz, o el levantamiento de un Acta notarial que así lo acredite supone un retroceso en la seguridad jurídica y un menoscabo de la actuación del notario en su labor de asesoramiento a los prestatarios.
- X. Debe establecerse un criterio claro del límite a partir del cual los intereses de demora impuestos son abusivos. Consideramos que el límite de los dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado es el adecuado para ello y que debe acogerse el mismo en la regulación legal que se haga al efecto.
- XI. Debe considerarse abusivo la atribución al consumidor de todos los gastos originados en la constitución e inscripción del préstamo hipotecario sin distinción de quién es el interesado respecto de dichos gastos. Debería estable-

cerse por ley y con la suficiente claridad, quién debe hacerse cargo de los diferentes gastos de modo, que una vez hecha esa fijación, no quepa la consideración como abusiva de la cláusula de gastos.

XII. El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en su redacción actual, debería modificarse para aprovechar una regulación uniforme del crédito inmobiliario, fortalecer la posición del notario y del registrador en el control preventivo de las cláusulas abusivas. Debería también aprovecharse dicha Ley para implementar los criterios fijados por la jurisprudencia del TS y del TSJUE sobre los intereses de demora abusivos y sobre la cláusula de gastos, y fijar por último un sistema que realmente permita acabar con la incorporación de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios.

XIII. Para acabar con las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios no basta con el recurso al control judicial a posteriori, que implica la reparación de un daño ya producido, sino que sería preciso el establecimiento de unos controles previos que fuesen lo suficientemente efectivos como para evitar la incorporación al contrato de dichas cláusulas y la desincentivación del predisponente a incorporar este tipo de cláusulas. La calificación, que ha servido como medio preventivo frente a determinadas cláusulas abusivas fácilmente objetivables, como es el caso de los intereses de demora, en la mayoría de los supuestos carece de los medios adecuados para ello y en otros supuestos, puede llegar a perjudicar al consumidor. Así sucede en aquellos casos en que el consumidor se encuentre ante la amenaza de tener que devolver el importe del préstamo más los intereses correspondientes si el acreedor insta el vencimiento anticipado del mismo. En estos casos, al haberse firmado ya el contrato, la calificación por el registrador de cláusulas abusivas, en lugar de producir el efecto pretendido por la ley, que es la nulidad y no aplicación de la cláusula, se produce el efecto perverso contrario, de modo que el consumidor no tiene más salida que la de consentir la cláusula abusiva o prestar el consentimiento a la rectificación, ante la amenaza del vencimiento anticipado del contrato.



- XIV. Teniendo en cuenta que el control judicial de las cláusulas abusivas no es suficiente ni el más beneficioso para el consumidor, ya que supone un largo y costoso procedimiento para el mismo, y que los controles preventivos de la intervención de notarios y registradores se han revelado ineficaces para acabar completamente con este tipo de cláusulas en los préstamos hipotecarios, considero que la solución debería llegar a través de aplicación de unos modelos de cláusulas de incorporación obligatoria en los préstamos hipotecarios con consumidores y cuya redacción uniforme y obligatoria se establezca por ley.
- XV. Estos modelos se referirían a las principales cláusulas del préstamo donde se han incorporado tradicionalmente cláusulas abusivas y aquellas que sirvan para la determinación de la obligación garantizada y la constitución y ejecución de la hipoteca. Para el restante contenido de los contratos de préstamo hipotecario, se podrían establecer modelos de aplicación voluntaria.
- XVI. Tanto los notarios como registradores de la propiedad seguirían ejerciendo sus funciones tradicionales respecto de las demás cláusulas del préstamo que no se redactasen de acuerdo con estos modelos de incorporación obligatoria, así como en aquellas otras hipotecas en las que no intervengan consumidores o no estén sujetas a dicha regulación legal. Respecto de esta intervención se debería fortalecer el control preventivo de estos profesionales como podría ser a través de la emisión de un juicio del notario de la efectiva comprensibilidad del prestatario de las condiciones del préstamo, juicio que debiera calificar y comprobar el registrador.
- XVII. La aplicación de estos modelos de cláusulas de redacción aprobada y uniforme e incorporación obligatoria, beneficiaría en primer lugar a los consumidores, que tendrían la seguridad de estar firmando clausulados transparentes y no abusivos, pero también beneficiarían a las propias entidades de crédito acreedoras con un aumento indudable de la seguridad jurídica y previsibilidad, tanto en el momento de la inscripción de la hipoteca como en su caso si llega

a ejecutarse la misma, pues no cabría la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en dicho procedimiento.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ABRIL CAMPOY, J.M. «Comentarios a los artículos 11 y 13 de la LCGC», en ARROYO, I. Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1997.
- ADÁN DOMENECH, F., «Las cláusulas suelo: ¿discrepancia jurisprudencial entre el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la devolución íntegra de las cantidades pagadas por el consumidor?» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº. 758, noviembre-diciembre 2016.
- *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Ed. Bosch, 2017.
- ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. T. II. Derecho de obligaciones*, Bosch, 12ª edición, Madrid, 2004.
- ALBIEZ DORHMANN, K. *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009.
- «El control de las condiciones imprecisas y abusivas en el ámbito registral» en *RCDI*, núm. 168, septiembre-octubre de 1993.
- «El control de las condiciones generales merecidas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, 1993.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en MENÉNDEZ Y DÍEZ PICAZO (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.
- «El Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBB*, núm. 67, julio-sept. 1997.
- ALONSO LANDETA, G., «La contribución de los registradores de la Propiedad al desarrollo del espacio europeo de justicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea; enero-febrero 2014.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., «El significado de la Calificación Registral», en *La Calificación registral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008.

- «Los Registros Jurídicos de Bienes en el Derecho Español» conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid en 1975 y recogido en sus *Estudios jurídicos*, Editada por el Colegio de Registradores.
  - *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
  - «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», en *RCDI*, núm. 569, 1985.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L. «Accesoriedad y causalidad, como notas de la hipoteca en nuestro Derecho», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Díez Picazo*, Civitas, Madrid, 2003.
- ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad de España*, Año XLIV, nº 153 (2ª época), Madrid, enero de 2009.
- «La información registral (art. 332-334 y 335)», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil (por el Real Decreto 1.867/1998, de 4 de septiembre)*, Ed. CER, Madrid, 1998.
  - «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, Nº 7507, sección Doctrina, 11 de Noviembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.
  - «Control de transparencia registral», en *Diario La Ley*, Nº 8839, Sección Doctrina, 7 de Octubre de 2016.
  - «Control de transparencia registral en la hipoteca», en *Diario La Ley*, Nº 8839, sección Doctrina de 7 de octubre de 2015.
  - «Problemas en la interpretación de la limitación legal de los intereses de demora», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Nº 25, 2016.
- BASTANTE GRANELL, V., «La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 750, julio-agosto 2015.
- BELLO TORRES, L Y FARIÑA FARIÑA, R., «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos», *¿Derecho de contratos o cobro de lo indebido?»*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 2 (abril-junio, 2017), ensayos.

- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La protección del deudor hipotecario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013.
- BERCOVITZ, R. «Comentario al artículo 8 LCGC», en BERCOVITZ, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999-2000.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. «La protección de los consumidores en la Constitución española y el Derecho mercantil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, UNED, Madrid, 1978.
- BUSTO LAGO, J.M. «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *RCDI*, núm. 667.
- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006.
- *Revisión del principio hipotecario de legalidad*, Fundación Registral, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2012.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La codificación del Derecho de Consumo: ¿Refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)», en *Revista de Derecho Civil*, vol II, Nº 1, enero-marzo 2015.
- «Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo», en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, Nº. 1, 2017.
- «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV. Ed. Colegio Notarial de Madrid. Madrid 2015.
- CAMPOS ECHEVERRÍA, J.L. en «*La burbuja inmobiliaria española*», Marcial Pons, 2008.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B. *Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo III*, Reus, Madrid, 1934.
- CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, v.2, no 3, 2015.
- «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, Nº 4, 2016.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 7, 2013.

CASTAÑEDA MUÑOZ, J.E. «Nota breve sobre el concepto del consumidor», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Vol. 12. Ed. Complutense. Madrid, 2002.

- «Historia breve de la protección de los consumidores en la CEE», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Nº2. Ed. Complutense. Madrid, 1992.

CASTRO, F., *Manual de Derecho Hipotecario (obra adaptada al programa de Notarías)*, Instituto Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, 1928, recogido parcialmente en la obra colectiva citada «*La Calificación Registral*», Tomo III, Civitas, Madrid.

CASTRO VÍTORES, G., «*Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas*», en *RCDI*, Nº 746, noviembre-diciembre 2014.

CHICO ORTIZ, J.M., *Estudio sobre Derecho Hipotecario*, Madrid, 1981, Tomo I.

- *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*, Marcial Pons, Madrid, 1987.

COCA PAYERAS, M. «La regulación de las condiciones generales de la contratación en nuestro ordenamiento jurídico» en BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, A. coord. «*Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*», Civitas, Madrid, 1992.

CORDERO LOBATO, E., «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley*, Nº 8090, año XXXIV, 2013.

DE CASTRO y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Civitas, Madrid, 1985.

- «*Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*», en *ADC*, Vol. 35, Nº 4, 1982.

- «*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*», en *ADC*, XIV-II (Abril-junio 1961), reeditado por Civitas en 1975.

DE CASTRO VÍTORES, G., en «*Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas*», en *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, Nº 746, noviembre-diciembre 2014.

DELAPUENTE ALFARO, F., «¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea; enero-febrero 2014.

DEL REY BARBA, S., «¿Es posible el arbitraje hipotecario?», en *RCDI*, Nº 758, 2016.

- «La inscripción de bienes inmuebles a favor de fondos de titulización hipotecaria y fondos de titulización de activos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 733, septiembre-octubre de 2012.
- DÍAZ FRAILE, J.M., «La ejecución de la hipoteca tras la sentencia del tribunal de justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013: el control de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución», Jornadas de Barcelona, 4 de abril de 2013, en *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, Nº 171, 2013.
- «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», *RCDI*, 1994, núm. 622.
- DÍEZ PICAZO, J. L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Vol. I, Introducción teoría del contrato*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2007.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. «La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea», en *UNED. Revista de Derecho Político*, Nº 70, 2007.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La hipoteca no inscrita y su valor jurídico: Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 junio (RJ 2016, 2320)», en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 42, 2017.
- «El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales», en *RCDI*, Nº 748; marzo-abril 2015.
- ESTRADA ALONSO, E., FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)», en *RCDI*, Nº 737 Año LXXXIX, mayo-junio 2013.
- FANDÓS PONS, P., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Atelier, Barcelona, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil: Sujeto y Función Mercantil Registral. Crítica sobre su ámbito institucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El Registro Mercantil*, Marcial Pons, Barcelona, 1998 también en «La Administración Pública de Derecho Privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994. Sala Primera» en *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto de 1997.
- FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., *Cláusulas suelo en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusulas suelo*, Bosch, Barcelona, 2014.



GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad», *Anales de la Cátedra Bienvenido Oliver de derecho registral / Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales*, Universidad de Córdoba, Vol. 1, 2010.

GARCÍA DE PABLOS, J. F., «La modificación de la cláusula suelo en las hipotecas» en *Revista Actualidad Aranzadi*, N°867/2013 (BIB 2013, 1268).

GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario registral o hipotecario Tomo III. Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, Civitas, Madrid, 2002.

- «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610, 1992.

- «Calificación registral de una cláusula de interés variable de hipoteca en que el tipo de referencia es el interés preferencial de la propia entidad acreedora», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, N° 248, año XXI, septiembre 1988.

GARCÍA-VALDECASAS ALEX, F. J., «Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre condiciones generales», en *RCDI*, núm. 680, noviembre-diciembre 2003.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Análisis histórico de la calificación registral» en *La calificación Registral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008.

- «La calificación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores*, año XLIV, número 159, (2ª época), julio-agosto de 2009.

- «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en GADEA SOLER, E. y SEQUEIRA MARTÍN, A. J., (Coord.) *La contratación Bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007.

- «La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González: Su vigencia actual» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 69, N° 619, 1993 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Jerónimo González).

- «La calificación registral» en *La evolución del Derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Ed. CORPME-CER. Madrid, 1997.

- «Cláusulas de interés variable en las hipotecas (Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero y 16 de marzo de 1990)», en *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991.

- «Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016», en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, Nº. 1, 2017.

GÓMEZ MATEO, J., «Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios», en *RCDI*, Nº739 Año LXXXIX, septiembre-octubre 2013.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., Estudios de Derecho Hipotecario (orígenes, sistema y fuentes), Tomo I de *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2011.

- *Estudios de Derecho Hipotecario (orígenes, sistemas y fuentes)*, Imprenta de E. Mestre, Madrid, 1924.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., en «Naturaleza del procedimiento registral», en *RCDI*, núm. 256, 1949 y en «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad», en *Escritos en homenaje al Profesor Prieto-Castro*, Nacional, Madrid, 1979.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima», en *Gaceta Jurídica de la UE*, nº 233, 2004.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario». Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2006.

- «El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *RCDI*, Nº 738 Año LXXXIX, julio-agosto 2013.

- «El control registral de transparencia y el préstamo responsable», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 755, mayo-junio 2016.

- «Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 749; mayo-junio 2015.

GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», en *ADC*, Vol. 54, Nº 1, 2001.

- «El principio de fe pública registral (I)», en *ADC*, Vol. 59, Nº 2, 2006.

- «El principio de fe pública registral (II)», en *ADC*, Vol. 61, Nº 3, 2008.

- «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», en *ADC*, Vol. 54, Nº 1, 2001.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GUILARTE ZAPATERO, V. «Pactos en la hipoteca mobiliaria», en *Tratado de las garantías en la legislación mercantil* (U. Nieto Carol, coord.). T.II (Garantías reales), vol.2 (Garantías inmobiliarias), Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1996.

HERNÁNDEZ GIL, F., *Introducción al Derecho Hipotecario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

HONDIUS, «Consumer Law and private law: Where the twins shall meet» en *Law and Diffuse Interest in the European Legal Order, Liber amicorum Norbert Reich*, Nomos, Baden Baden, 1997.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. «Las Sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español», en *RCDI*, Nº 738 Año LXXXIX, julio-agosto 2013.

- «El control de las cláusulas abusivas en el procedimiento concursal» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 761, mayo-junio 2017.

- «Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013, antidesahucios, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 e abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional», en *RCDI*, Nº 743, mayo-junio 2014.

- «Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 755, 2016.

LACRUZ BERDEJO, J.L. «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *RCDI*, 1979, núm. 530. Reproducido como «La naturaleza de

la función registral y la figura del Registrador», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, México 1980 CRPME Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1981.

- *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, tomo II, vol. 1º

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A. y otros, *Derecho Inmobiliario Registral, Elementos de Derecho Civil*, Tomo III bis, Dykinson, Madrid, 2003.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed. Madrid, 2010.

LLERA SUÁREZ-BARCENA, E. «El Ministerio Fiscal y los consumidores», *La Ley*. Madrid. nº 3302, 13 de Julio de 1993.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», en *Diario La Ley*, Nº 7204, 2009.

LÓPEZ MEDEL, J., «Teoría del Registro de la Propiedad», 3ª edición, 1959, Madrid 1991, recogida en el libro colectivo citado *La Calificación Registral*, Tomo I.

MANZANO SOLANO, A., «La inscripción del *leasing* sobre inmuebles el Registro de la Propiedad», *Jornadas sobre leasing de inmuebles (Madrid 27 y 28 de noviembre de 1989)*, Consejo General del Notariado, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1990.

MARCO MOLINA, J. «La modificación por la nueva LCGC del sistema de publicidad formal en el Registro de la Propiedad», en ESPIAU ESPIAU, S. (Ed.), *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998 de 13 de abril*,. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.

MARÍN NARROS, H. D., «El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 752, noviembre-diciembre de 2015.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Contenido y eficacia del contrato», en *Curso de derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Colex, Madrid 2011.

MATEO Y VILLA, I., «De la cláusula arbitral en materia de consumo», en *RCDI*, Nº 723, 2011.

MATEO VILLA, B. en «*La verdad sobre el mercado inmobiliario*». Ed. Manuscritos. 2015.

MATEU DE ROS CEREZO, R. «¿Hay consentimiento en los contratos en masa?», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 41, 2004.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. «La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho», en GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., (Director) *La Calificación Registral*, Tomo I, Madrid, 2008.

- «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 29-2011.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», *El Notario del siglo XXI*, Nº 30, 2010.

- «Comentario al artículo 8 LCGC», en MENÉNDEZ Y DÍAZ PICAZO, (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

- «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 27, 2013-I.

- «Comentario al art. 84 TR-LGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

- «La nulidad de las condiciones generales» en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

- «Disposición adicional 1a, 3 (art. 10 bis 1, apds. 1o, 4o)», *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., coord.), Civitas, Madrid, 2002.

MORELL Y TERRY, J. *Comentarios a la legislación hipotecaria. Tomo III*, Reus, Madrid, 1934.

MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, 2015.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P., «La eficacia de las prohibiciones de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso (embargo y posterior enajenación forzosa): posibles soluciones y postura actual de la DGRN», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 4, 2014.

-«La ejecución forzosa de viviendas protegidas: la problemática de sus limitaciones dispositivas», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P., (Directores), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Editorial Aranzadi, Cizur-Menor, 2015.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II Derecho de Obligaciones*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- OGÁYAR AYLLÓN, T., «Impugnación de la calificación registral», en *RCDI*, núm. 500, 1974.
- ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- ORDUÑA MORENO, J., *Control de transparencia y contratación bancaria, Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- OROZCO PARDO, G. «Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10/2002, 2002.
- OWEN, D. G., MONTGOMERY, J. E. Y KEETON W. P., *Products Liability and Safety. Cases and Materials*, The Foundation Press, 6ª Ed., 2010.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 9 LCGC», en BERCOVITZ, R. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999-2000.
- «Disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, 2000.
- «Comentario al artículo 8 LCGC», en BERCOVITZ, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999-2000.
- PARDO NÚÑEZ, C. «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», en *La calificación registral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008.
- «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», en *Homenaje a José María Chico Ortiz*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995
- PAU PEDRÓN, A., «La convergencia de los sistemas registrales en Europa», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- PAZOS CASTRO, R., en «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», en *Revista de Derecho civil*, v.4, Nº 1, enero-marzo, 2017.



- PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales, Derecho Hipotecario. Tomo II. Derecho Civil, estudios comentarios y notas*, Ed. Colegio Registradores de la Propiedad, Madrid, 1999.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *Diario La Ley*, Nº 8112, Sección Doctrina, 25 de junio de 2013.
- RAGA SASTRE, N. «La calificación sustitutoria» en el libro de GUILARTE GUTIÉRREZ, J. *El procedimiento registral y su revisión judicial*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- REICH, N. «The recognition of fundamental rights in the areas of consumer and environmental protection by the EC», en *EU environmental law and policy & EU consumer law and policy: converging and diverging trends*, KYE (ed), Story-Scientia, 1995.
- REY PORTOLÉS, J.M., «La defensa de los consumidores en algunos supuestos concretos: los préstamos hipotecarios y el *leasing* inmobiliario», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 282, 1991.
- REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2002.
- REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obra y financiación: comentarios y jurisprudencia*, Editora General de Derecho, D. L., 1993.
- ROCA SASTRE, R.M., «Derecho hipotecario» recogido en la obra colectiva citada *La calificación registral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008.
- ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, «Derecho Hipotecario» 9ª Edición, en GÓMEZ GÁLLIGO, J. (Coord.), *La Calificación registral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008.
- *Derecho Hipotecario*, 9ª edición, 2008
- ROMANÍ CALDERÓN, J., Carácter de la función calificadora ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?, en *RCDI*, núm. 26, febrero de 1927.
- ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949.
- RUIZ MARTÍNEZ, F., «Algunas consideraciones sobre la calificación registral» en *Curso de conferencias sobre Derecho Inmobiliario Registral (años 1951-1952)*. Colegio Nacional de Registradores, Madrid.
- SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 760, marzo-abril 2017.



SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *RCDI*, N° 746 Año LXXXX, noviembre-diciembre 2014.

SALEILLES, R., *Déclaration de Volonté*, Paris, 1901

SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II. Aranzadi, 35ª edición, Pamplona, 2012.

- «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LDCU», en *RDBB*, enero-marzo de 1991, núm. 41.

SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «El control de transparencia sobre los elementos esenciales en los contratos de crédito al consumo», en *Revista de Derecho vLex*, N° 112, 2013.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 2015.

- «Opacidades y transparencias en el control (de transparencia e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016.

SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo II. Ed. Reus. Barcelona, 1947.

STUYCK, J. «European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market», *Common Market Law Review*, 37, 2000.

TENZA LLORENTE, M., «La tutela del deudor hipotecario en Cataluña tras la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de reforma del código de Consumo», en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, N° 178, Barcelona 2015.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «Hipoteca: calificación de sus diferentes cláusulas. (Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)», en *RCDI*, N° 711; enero-febrero 2009.

- «Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *RCDI*, N° 735, Enero-Febrero 2013.

- «Resolución comentada. Hipoteca: calificación de sus diferentes cláusulas. (Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 711, enero-febrero de 2009.

- «La aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de

intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, a las sociedades extranjeras adquirentes de carteras de créditos hipotecarios, el retracto de crédito litigioso», en *Boletín Oficial Colegio Registradores*, núm. 47, (3ª época), 2017.

VALERO FERNÁNDEZ –REYES, A. y CALMARZA CUENCAS, E., «Hipoteca. Inscribibilidad o no de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Nº 202, junio 2013.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VIDAL FRANCÉS, P. «La problemática actual en la calificación registral», Conferencia en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña recogida en la obra colectiva citada *La Calificación Registral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008.

- «Comentario a Resoluciones de la DGRN. Compraventa con condición resolutoria. Sobre aplicación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios. Facultades de calificación del Registrador (Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991)», en *RCDI*, núm. 608, 1992.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. «La protección extrajudicial de los consumidores: la calificación registral de las cláusulas abusivas», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 170 (2ª época), julio-agosto de 2010.

VIEHWEG, T., *Topik und jurisprudenz* (1953), publicada en Múnich en su original alemán. Su primera versión en italiano (*Tópica e giurisprudenza*) fue publicada en 1962 por Giuffrè en Milán. Traducida al castellano por Luis Díez Picazo y prologada por Eduardo García de Enterría en 1964, sería editada por Taurus. Para la lectura de los trabajos de este autor desde 1969 a 1988 véase la versión castellana de Jorge M. Seña (con corrección de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1990. Hay una última edición de Civitas de 2007.

VV.AA., «Derecho de Consumo», REYES LÓPEZ, M.J., Coord. ED. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

ZANOBINI, G. «L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici», en *Scritti vari di diritto pubblico*, Milán, 1955.

## INDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- 1) Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 (STS 41/1981 ECLI:ES:TC:1981:41).
- 2) Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1985 (STS 64/1985 ECLI:ES:TC:1985:64).
- 3) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1987.
- 4) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de octubre de 1990.
- 5) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1993.
- 6) Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 1993 (ROJ:STS 217/1993 ECLI:ES:TC:1993:217).
- 7) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994 (ROJ: STS 18062/1994 - ECLI:ES:TS:1994:18062).
- 8) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1995 (ROJ:STS 21/1995 ECLI:ES:TC:1995:21).
- 9) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 (ROJ: STS 10271/1995 - ECLI:ES:TS:1995:10271).
- 10) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 (ROJ: STS 1631/1995 - ECLI: ES:TS:1995:1631).
- 11) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1995 (ROJ: STS 69/1995 ECLI:ES:TC:1995:69)
- 12) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1995 (ROJ: STS 11266/1995 - ECLI:ES:TS:1995:11266).
- 13) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997 (ROJ: STS 5537/1997 - ECLI:ES:TS:1997:5537).
- 14) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1997 (ROJ: STS 223/1995 ECLI:ES:TC:1997:223).
- 15) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de mayo de 1998 (ROJ:SAP MA 2225/1998 - ECLI:ES:APMA:1998:2225).
- 16) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1998 (ROJ: STS 6721/1998 - ECLI:ES:TS:1998:6721).

- 17) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1999 (ROJ: STS 1738/1999 - ECLI:ES:TS:1999:1738).
- 18) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 (ROJ: STS 2155/1999 ECLI:ES:TS:1999:2155).
- 19) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1999 (ROJ: STS 5543/1999 - ECLI:ES:TS:1999:5543).
- 20) Sentencia del Tribunal Supremo, 3ª, Sección 6ª, de 24 de febrero de 2000 (ROJ: STS 1407/2000 - ECLI:ES:TS:2000:1407).
- 21) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2000 (ROJ: STS 3150/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3150).
- 22) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 (ROJ: STS 4145/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4145).
- 23) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2000 (ROJ: STS 4942/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4942).
- 24) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000 (C-240/98 ECLI:EU:C:2000:346).
- 25) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000 (ROJ: STS 8729/2000 - ECLI:ES:TS:2000:8729).
- 26) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2001 (ROJ:STS:4233/2001- ECLI:ES:TS:2001:4233).
- 27) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 7 de Málaga de 21 de septiembre de 2001.
- 28) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2002 (C-473/00 ECLI:EU:C:2002:705).
- 29) Sentencia del Tribunal Supremo, sala tercera de 20 de enero del 2004, rec. 158/2002 (ROJ:STS 159/2004 - ECLI:ES:TS:2004:159).
- 30) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2004 (C-70/03 ECLI:EU:C:2004:505).
- 31) Auto del Tribunal Constitucional nº 24/2005, de 18 de enero (ECLI:ES:TC:2005:24A).
- 32) Auto del Tribunal Constitucional nº 223/2005, de 24 de mayo (ECLI:ES:TC:2005:223A).
- 33) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio del 2006, rec. 2794/2001 (ROJ:STS 4976/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4976).

- 34) Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05 ECLI:EU:C:2006:675).
- 35) Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 (ROJ:STS 7141/2006-ECLI:ES:TS:2006:7141).
- 36) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2006 (ROJ: STS 8748/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8748).
- 37) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo (procedimiento civil), de 9 de diciembre del 2016 (rec. 538/2016).
- 38) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de 23 de febrero de 2007.
- 39) Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de septiembre de 2007.
- 40) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid el 18 de septiembre de 2007.
- 41) Sentencia del Tribunal Supremo 17 de octubre de 2007 (ROJ: STS 6164/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6164).
- 42) Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de abril de 2008 (BOE-A-2010-12938).
- 43) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008 (ROJ: STS 3275/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3275).
- 44) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008 (ROJ: STS 2599/2008 - ECLI:ES:TS:2008:2599).
- 45) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2009 (ROJ:SAP M 18684/2009 - ECLI:ES:APM:2009:18684).
- 46) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 8 de Málaga de 25 de septiembre de 2009.
- 47) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009 (C-40/08 - ECLI:EU:C:2009:615).
- 48) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8466).
- 49) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (C-484/08 - ECLI:EU:C:2010:309).
- 50) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de septiembre de 2010 (ROJ:SAP MA 1702/2010 – ECLI:ES:APMA:2010:1702).
- 51) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010.

- 52) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de diciembre de 2010.
- 53) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010 (ROJ: STS 7551/2010 ECLI:ES:TS:2010:7551).
- 54) Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1ª de lo Civil, en Pleno, de 3 de enero de 2011 (ROJ: STS 263/2011 - ECLI:ES:TS:2011:263).
- 55) Sentencia del Tribunal Supremo 75/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 2 marzo de 2011 (ROJ:STS 1244/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1244).
- 56) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011.
- 57) Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011 (SAP T 575/2011 - ECLI: ES:APT:2011:575).
- 58) Auto del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2011 (AUTO 113/2011 ECLI:ES:TC:2011:113A).
- 59) Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona de 19 de julio de 2011.
- 60) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 (ROJ: STS 2543/2012 ECLI:ES:TS:2012:2543).
- 61) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (caso Banco Español de Crédito) (C-618/10 ECLI:EU:C:2012:349).
- 62) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (STS 5966/2012 - ECLI: ES:TS:2012:5966).
- 63) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de 10 de octubre de 2012.
- 64) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2013 (STS 867/2013 - ECLI: ES:TS:2013:867).
- 65) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz) (C-415/11 ECLI:EU:2013:164).
- 66) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 (C-92/11 ECLI:EU:C:2013:180).
- 67) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (ROJ:STS 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916).
- 68) Auto del Tribunal Constitucional, 124/2013, de 21 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:124A).
- 69) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (C-397/11 ECLI:EU:C:2013:340).

- 70) Auto aclaratorio del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013 (ROJ:AATS 5165/2013 ECLI:ES:TS:2013:5165AA).
- 71) Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de junio de 2013 (ROJ:SAP CO 1159/2013 – ECLI:ES:APCO:2013:1159).
- 72) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 (STS 5706/2013 - ECLI: ES:TS:2013:5706).
- 73) Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, de 10 de enero de 2014.
- 74) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014 (Caso Constructora Principado) (C-226/12 ECLI:EU:C:2014:10).
- 75) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (C-26/13 - ECLI:EU:C:2014:282).
- 76) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (C-280/13 ECLI:EU:C:2014:279).
- 77) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 30 de abril de 2014 (ROJ:SAP B 4925/2014 - ECLI:ES:APB:2014:4925).
- 78) Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, 14 mayo 2014, recurso 220/2014 (ROJ:SAP PO 448/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:448).
- 79) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014) (STS 3903/2014 - ECLI: ES:TS:2014:3903).
- 80) Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, de 20 de junio de 2014 (ROJ:SAP CO 645/2014 - ECLI:ES:APCO:2014:645).
- 81) Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, de 12 de septiembre de 2014 (ROJ:SAP BA 834/2014 - ECLI:ES:APBA:2014:834).
- 82) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2014.
- 83) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903).
- 84) Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander de 10 de septiembre de 2014.
- 85) Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, de 12 de septiembre de 2014 (ROJ:SAP BA 834/2014 – ECLI:ES:APBA:2014:834).
- 86) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 14 de octubre de 2014 (ROJ:SAP M 12980/2014 – ECLI:ES:APM:2014:12980).



- 87) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, de 29 de octubre de 2014 (ROJ:SAP B 14828/2014 - ECLI:ES:APB:2014:14828).
- 88) Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de noviembre de 2014 (ROJ:SAP CO 988/2014 - ECLI:ES:APCO:2014:988).
- 89) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 (STS 5771/2014 - ECLI: ES:TS: 2014:5771).
- 90) Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 22 de diciembre de 2014 (ROJ:SAP IB 2267/2014 - ECLI:ES:APIB:2014:2267).
- 91) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 (ROJ: STS 426/2015 - ECLI:ES:TS:2015:426).
- 92) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015 (Unicaja Banco y Caixabank) (C-482/13 - ECLI:EU:C:2015:21).
- 93) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de San Sebastián, de 2 de febrero de 2015 (SJM SS 3329/2015 - ECLI: ES:JMSS:2015:3329).
- 94) Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 6 de febrero de 2015 (ROJ:SAP PO 234/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:234).
- 95) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (ROJ:STS 278/2015 - ECLI:ES:TS:2015:278).
- 96) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona de 16 de marzo de 2015.
- 97) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 (ROJ:STS 1279/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1279).
- 98) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1280/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1280).
- 99) Auto del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Granada, de 1 de abril de 2015, (Asunto C-154/15).
- 100) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (ROJ:STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723).
- 101) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015 (ROJ: STS 2207/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2207)
- 102) Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 10 de junio de 2015 (C-307/2015).
- 103) Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015 (C-602/13 - ECLI:EU:C:2015:397).

- 104) Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, asunto (C-308/15) de 14 de junio de 2015.
- 105) Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015.
- 106) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 (STS 3002/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3002).
- 107) Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 10 de julio de 2015 (C-349/15).
- 108) Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª, de 13 de julio de 2015 (C-381/15).
- 109) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14 - ECLI:EU:C:2015:538).
- 110) Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 30 de octubre de 2015 (AAP PO 1/2015 - ECLI: ES:APPO:2015:1A).
- 111) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 18 de noviembre de 2015 (ROJ:SJM V 4011/2015 - ECLI:ES:JMV:2015:4011).
- 112) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16º, de 27 de noviembre de 2015 (ROJ:AAP B 1637/2015 - ECLI:ES:APB:2015:1637A).
- 113) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618).
- 114) Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 2015 (ROJ:SAP J 857/2015 - ECLI:ES:APJ:2015:857).
- 115) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (ROJ:STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618).
- 116) Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, de 4 de enero de 2016 (ROJ:AAP C 1/2016 - ECLI:ES:APC:2016:1A).
- 117) Sentencia del Juzgado Mercantil de Bilbao de 15 de enero de 2016 (JUR 2016/54633).
- 118) Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada, de 8 de febrero de 2016 (ROJ:AJPI 1/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:1A).
- 119) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016 (ROJ:STS 405/2016 - ECLI: ES:TS:2016:405)
- 120) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016 (ROJ:STS 626/2016 - ECLI:ES:TS:2016:626).

- 121) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 25 de febrero de 2016 (ROJ:SAP B 1217/2016 - ECLI:ES:APB:2016:1217).
- 122) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de San Sebastián, de 2 de marzo de 2016 (SJM SS 1183/2016 - ECLI: ES:JMSS:2016:1183).
- 123) Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, por Auto de 8 de marzo de 2016 (ROJ:AJPI 4/2016 – ECLI:ES:JPI:2016:4A).
- 124) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 8 de marzo de 2016 (ROJ:SAP B 1577/2016 - ECLI:ES:APB:2016:1577).
- 125) Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2016 (C-613/15 - ECLI:EU:C:2016:195).
- 126) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de abril de 2016 (C-377/14 - ECLI:EU:C:2016:283).
- 127) Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de mayo de 2016 (SAPPO 640/2016-ECLI:ES:APPO:2016:640).
- 128) Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2016 (ROJ:SAP VI 341/2016 – ECLI:ES:APVI:2016:341).
- 129) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401).
- 130) Sentencia del Juzgado Mercantil de Barcelona de 30 de junio de 2016 (JUR 2016/229196).
- 131) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de julio de 2016 (JUR 2016/268365).
- 132) Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 19 de octubre de 2016 (SAP VI 617/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:617).
- 133) Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de noviembre de 2016 (SAP PO 2261/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:2261).
- 134) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15 ECLI:EU:C:2016:980).
- 135) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 (C-421/14 - ECLI:EU:C:2017:60).
- 136) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª el de 6 de febrero de 2017 (ROJ:AAP B 1927/2017 – ECLI:ES:APB:2017:1927A).
- 137) Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 (ATS 271/2017 - ECLI: ES:TS:2017:271A).

- 138) Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 9 de febrero de 2017 (SAPPO313/2017-ECLI: ES:APPO:2017:313).
- 139) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 1 de Mataró de 10 de febrero de 2017, resolución 36/2017 (ROJ:SJPI 26/2017 - ECLI:ES:JPI:2017:26).
- 140) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 21 de febrero de 2017, núm. de Recurso: 366/2015, núm. de Resolución 50/2017.
- 141) Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 (ROJ:ATS 785/2017 - ECLI:ES:TS:2017:785A).
- 142) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (ROJ:STS 477/2017 - ECLI:ES:TS:2017:477).
- 143) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (ROJ:STS 123/2017 - ECLI: ES:TS:2017:123)
- 144) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (ROJ:STS 788/2017 – ECLI:ES:TS:2017:788).
- 145) Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 31 de marzo de 2017 (SAP SS 217/2017 - ECLI: ES:APSS:2017:217).
- 146) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 11 de Bilbao de 23 mayo de 2017.
- 147) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017 (ROJ:STS 2244/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2244).
- 148) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017 (ROJ:STS 3036/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3036).
- 149) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703).
- 150) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (ROJ:STS 3893/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3893).
- 151) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (ROJ:STS 848/2018 – ECLI:ES:TS:2018:848).

## INDICE DE RESOLUCIONES DGRN

- 1) RDGRN de 26 de junio de 1936
- 2) RDGRN de 26 de octubre de 1973 (BOE de 8 de noviembre de 1973).
- 3) RDGRN de 21 de septiembre de 1978 (BOE de 11 de octubre de 1978).
- 4) RDGRN de 2 de octubre de 1981 (BOE de 20 de octubre de 1981).
- 5) RDGRN de 4 de julio de 1984 (BOE de 7 de septiembre de 1984).
- 6) RDGRN de 27 de enero de 1986 (BOE de 7 de marzo de 1986).
- 7) RDGRN de 26 de junio de 1986 (BOE de 16 de julio de 1986).
- 8) RDGRN de 26 de marzo de 1987 (BOE de 7 de abril de 1987).
- 9) RDGRN de 20 de mayo de 1987 (BOE de 25 de junio de 1987).
- 10) RDGRN de 23 de octubre de 1987 (BOE de 18 de noviembre de 1987).
- 11) RDGRN de 26 de octubre de 1987 (BOE de 21 de noviembre de 1987).
- 12) RDGRN de 5 de febrero de 1988 (BOE de 16 de febrero de 1988).
- 13) RDGRN de 7 de septiembre de 1988 (BOE de 22 de septiembre de 1988).
- 14) RDGRN de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 (BOE de 2 de marzo de 1990).
- 15) RDGRN de 16 de febrero de 1990 (BOE de 12 de marzo de 1990).
- 16) RDGRN de 16 de marzo de 1990 (BOE de 2 de abril de 1990).
- 17) RDGRN de 26 de diciembre de 1990 (BOE de 18 de enero de 1991).
- 18) RDGRN de 6 de junio de 1991 (BOE de 14 de agosto de 1991).
- 19) RDGRN de 8, 9, 10, 11 de octubre de 1991 (BOE de 18 de diciembre de 1991).
- 20) RDGRN de 14 de octubre de 1991 (BOE de 23 de diciembre de 1991).
- 21) RDGRN de 18 de octubre de 1991 (BOE de 22 de noviembre de 1991).
- 22) RDGRN de 20 de febrero de 1992 (BOE de 2 de mayo de 1992).
- 23) RDGRN de 4 de mayo de 1992 (BOE de 9 de junio de 1992).
- 24) RDGRN de 30 de junio de 1992 (BOE de 29 de julio de 1992).
- 25) RDGRN de 8 de noviembre de 1993 (BOE de 19 de noviembre de 1993).
- 26) RDGRN de 19 de enero de 1996 (BOE de 23 de febrero de 1996).

- 27) RDGRN de 16 de julio de 1996 (BOE 19 de septiembre de 1996).
- 28) RDGRN de 22 de julio de 1996 (BOE de 23 de agosto de 1996).
- 29) RDGRN de 28 de enero de 1998 (BOE de 9 de febrero de 1998).
- 30) RDGRN de 30 de enero de 1998 (BOE de 18 de febrero de 1998).
- 31) RDGRN de 25 de julio de 1998 (BOE de 19 de agosto de 1998).
- 32) RDGRN de 10 de enero de 2000 (BOE de 12 de febrero de 2000).
- 33) RDGRN de 3 de abril de 2000 (BOE de 15 de mayo de 2000).
- 34) RDGRN de 20 de mayo de 2000 (BOE de 23 de junio de 2000).
- 35) RDGRN de 12, 13, 14 de junio de 2000 (BOE de 27 y 31 de julio de 2000).
- 36) RDGRN de 17 de junio de 2000 (BOE de 29 de septiembre de 2000).
- 37) RDGRN de 4, 5, 6, 7, 10, 11 y 20 de julio de 2000 (BOE de 15 de agosto de 2000).
- 38) RDGRN de 28 de septiembre de 2000 (BOE de 27 de noviembre de 2000).
- 39) RDGRN de 13 de marzo de 2001 (BOE de 18 de abril de 2001).
- 40) RDGRN de 22 de marzo de 2001 (BOE de 8 de mayo de 2001).
- 41) RDGRN de 5 y 9 de abril de 2001 (BOE de 6 de junio de 2001).
- 42) RDGRN de 12 de noviembre de 2001 (BOE de 25 de enero de 2002).
- 43) RDGRN de 12 de abril de 2002 (BOE de 5 de junio de 2002).
- 44) RDGRN de 23 de abril de 2002 (BOE de 4 de junio de 2002).
- 45) RDGRN de 4 de julio de 2002
- 46) RDGRN de 4 de noviembre de 2002 (BOE de 11 de diciembre de 2002).
- 47) RDGRN de 4 de noviembre de 2002 (BOE de 11 de diciembre de 2002).
- 48) RDGRN de 10 de febrero de 2003 (BOE de 14 de marzo de 2003).
- 49) RDGRN de 14 de junio de 2003 (BOE de 29 de julio de 2003).
- 50) RDGRN de 24 de noviembre de 2003 (BOE de 29 de diciembre de 2003).
- 51) RDGRN de 2 de septiembre de 2005 (BOE de 19 de octubre de 2005)
- 52) RDGRN de 3 de septiembre de 2005 (BOE de 20 de octubre de 2005).
- 53) RDGRN de 20 de octubre de 2005 (BOE de 7 de diciembre de 2005).
- 54) RDGRN de 19 de abril de 2006 (BOE de 30 de mayo de 2006).
- 55) RDGRN de 14, 17, 18, 19, 20 y 25 de julio de 2006 (BOE de 25 de agosto de 2006).

- 56) RDGRN de 9 de octubre de 2006 (BOE de 10 de noviembre de 2006).
- 57) RDGRN de 10 y 13 de noviembre de 2006 (BOE de 30 de noviembre de 2006).
- 58) RDGRN de 31 de enero de 2007 (BOE de 29 de marzo de 2007).
- 59) RDGRN de 14 de julio de 2007 (BOE de 3 de julio de 2007).
- 60) RDGRN de 15 de octubre de 2007 (BOE de 20 de noviembre de 2007).
- 61) RDGRN de 21 de diciembre de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008).
- 62) RDGRN de 14 de enero de 2008 (BOE de 29 de enero de 2008).
- 63) RDGRN de 1 de febrero de 2008 (BOE de 25 de febrero de 2008).
- 64) RDGRN de 8 de febrero de 2008 (BOE de 25 de febrero de 2008).
- 65) RDGRN de 13 de febrero de 2008 (BOE de 5 de marzo de 2008).
- 66) RDGRN de 16 de febrero de 2008 (BOE de 10 de marzo de 2008).
- 67) RDGRN de 22 de febrero de 2008 (BOE de 15 de marzo de 2008).
- 68) RDGRN de 27 de febrero de 2008 (BOE de 13 de marzo de 2008).
- 69) RDGRN de 28 y 29 de febrero de 2008 (BOE de 18 de marzo de 2008).
- 70) RDGRN de 10 de marzo de 2008 (BOE de 31 de marzo de 2008).
- 71) RDGRN de 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008 (BOE de 16 de abril de 2008).
- 72) RDGRN de 5 de mayo de 2008 (BOE de 24 de mayo de 2008).
- 73) RDGRN de 6 de mayo de 2008 (BOE de 23 de mayo de 2008).
- 74) RDGRN de 14, 16, 19 y 20 de mayo de 2008 (BOE 9 y 7 de junio de 2008).
- 75) RDGRN de 24 de Julio de 2008 (BOE de 7 de agosto de 2008).
- 76) RDGRN de 6 de mayo de 2009 (BOE de 30 de mayo de 2009).
- 77) RDGRN de 21 de julio de 2009 (BOE de 19 de septiembre de 2009).
- 78) RDGRN de 21 de noviembre de 2009 (BOE de 8 de enero de 2010).
- 79) RDGRN de 1 de octubre de 2010 (BOE de 8 de noviembre de 2010).
- 80) RDGRN de 4 de noviembre de 2010 (BOE de 30 de diciembre de 2010).
- 81) RDGRN de 21 de diciembre de 2010 (BOE de 14 de febrero de 2011).
- 82) RDGRN de 11 de enero de 2011 (BOE de 14 de febrero de 2011).
- 83) RDGRN de 8 de junio de 2011 (BOE de 1 de julio de 2011).
- 84) RDGRN de 9 de junio de 2011



- 85) RDGRN de 16 de agosto de 2011 (BOE de 14 de octubre de 2011).
- 86) RDGRN de 13 de septiembre de 2013 (BOE de 14 de octubre de 2013).
- 87) RDGRN de 29 de octubre de 2013 (BOE de 22 de noviembre de 2013).
- 88) RDGRN de 18 de noviembre de 2013 (BOE 19 de diciembre de 2013).
- 89) RDGRN de 5 de febrero de 2014 (BOE de 27 de febrero de 2014).
- 90) RDGRN de 18 y 24 de febrero de 2014 (BOE de 28 de marzo de 2014).
- 91) RDGRN de 24 de marzo de 2014 (BOE de 29 de abril de 2014).
- 92) RDGRN de 25 de abril de 2014 (BOE de 23 de junio de 2014).
- 93) RDGRN de 29 de septiembre de 2014 (BOE de 27 de octubre de 2014).
- 94) RDGRN de 3 de octubre de 2014 (BOE de 31 de octubre de 2014).
- 95) RDGRN de 17 de diciembre de 2014 (BOE de 23 de enero de 2015).
- 96) RDGRN de 22 de enero de 2015 (BOE de 24 de febrero de 2015).
- 97) RDGRN de 3 de febrero de 2015 (BOE de 2 de marzo de 2015).
- 98) RDGRN de 4 de febrero de 2015 (BOE de 2 de marzo de 2015).
- 99) RDGRN de 12 de marzo de 2015 (BOE de 9 de abril de 2015).
- 100) RDGRN de 22 de abril de 2015 (BOE de 1 de junio de 2015).
- 101) RDGRN de 28 de abril de 2015 (BOE de 1 de junio de 2015).
- 102) RDGRN de 13 de julio de 2015 (BOE de 22 de septiembre de 2015).
- 103) RDGRN de 17 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre de 2015).
- 104) RDGRN de 22 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre de 2015).
- 105) RDGRN de 28 de julio de 2015 (BOE de 30 de septiembre de 2015).
- 106) RDGRN de 25 de septiembre de 2015 (BOE de 14 de octubre de 2015).
- 107) RDGRN de 8 de octubre de 2015 (BOE de 29 de octubre de 2015).
- 108) RDGRN de 9 y 10 de octubre (BOE de 29 de octubre de 2015).
- 109) RDGRN de 21 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre de 2015).
- 110) RDGRN de 27 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre de 2015).
- 111) RDGRN de 10 de noviembre de 2015 (BOE de 3 de diciembre de 2015).
- 112) RDGRN de 17 de noviembre de 2015 (BOE de 9 de diciembre de 2015).

- 113) RDGRN de 10 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre de 2015).
- 114) RDGRN de 21 de diciembre de 2015 (BOE de 6 de enero de 2016).
- 115) RDGRN de 4 de enero de 2016 (BOE de 4 de febrero de 2016).
- 116) RDGRN de 10 de febrero de 2016 (BOE de 10 de marzo de 2016).
- 117) RDGRN de 9 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril de 2016).
- 118) RDGRN de 7 de abril de 2016 (BOE de 27 de abril de 2016).
- 119) RDGRN de 31 de mayo de 2016 (BOE de 23 de junio de 2016).
- 120) RDGRN de 20 de junio de 2016 (BOE de 21 de julio de 2016).
- 121) RDGRN de 15 de julio de 2016 (BOE de 15 de agosto de 2016).
- 122) RDGRN de 19 de octubre de 2016 (BOE de 11 de noviembre de 2016).
- 123) RDGRN de 10 de noviembre de 2016 (BOE de 2 de diciembre de 2016).
- 124) RDGRN de 24 de noviembre de 2016 (BOE de 15 de diciembre de 2016).
- 125) RDGRN de 25 de enero de 2017 (BOE de 14 de febrero de 2017).
- 126) RDGRN de 21 de marzo de 2017 (BOE de 6 de abril de 2017).
- 127) RDGRN de 19 de mayo de 2017 (BOE de 9 de junio de 2017).
- 128) RDGRN de 24 de mayo de 2017
- 129) RDGDEJ de Cataluña, de 12 de julio de 2017
- 130) RDGRN de 13 de julio de 2017 (BOE de 2 de agosto de 2017).
- 131) RDGRN de 14 de julio de 2017 (BOE de 4 de agosto de 2017).
- 132) RDGRN de 19 de julio de 2017 (BOE de 17 de agosto de 2017).