

**HIPOTECARIO**

---

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA**  
**ESCRITURA DE PRÉSTAMO**  
**HIPOTECARIO COMO CAUSA DE**  
**OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN**  
**HIPOTECARIA**



ILUSTRE  
COLEGIO DE ABOGADOS  
DE MADRID

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>Pg. 3</b>
<b>II.</b>	<b>CLÁUSULAS QUE PUEDEN AFECTAR A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....</b>	<b>Pg. 4</b>
	<b>A) Vencimiento anticipado.....</b>	<b>Pg. 4</b>
	<b>B) Cláusula suelo.....</b>	<b>Pg. 8</b>
	<b>C) Cláusula de redondeo.....</b>	<b>Pg. 10</b>
	<b>D) Los intereses moratorios.....</b>	<b>Pg. 14</b>
<b>III.</b>	<b>MOMENTO OPORTUNO PARA SU ALEGACIÓN.....</b>	<b>Pg. 16</b>
<b>IV.</b>	<b>CONSECUENCIAS DE SU APRECIACIÓN.....</b>	<b>Pg. 19</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

Gran parte de las hipotecas constituidas en garantía de préstamos concedidos por entidades de crédito a consumidores incluyen una serie de cláusulas que, desde hace ya algún tiempo, vienen siendo consideradas como abusivas.

En la redacción de la LEC anterior a la reforma de la Ley 1/2013, la oposición a la ejecución hipotecaria debía fundarse única y exclusivamente en los motivos tasados que recogía el artículo 695.1; y, según el artículo 698.1, cualquier reclamación (incluidas la que versen sobre la nulidad del título, vencimiento, certeza o cuantía de la deuda) que quiera hacer valer el deudor, el tercer poseedor o cualquier interesado, debe realizarse a través del juicio ordinario que corresponda sin que en ningún caso se suspenda el procedimiento hipotecario. Esta situación determinó que el TJUE, en su [sentencia de 14 de marzo de 2013 \(caso Aziz\)](#) resolviera que la normativa española no se ajustaba al Derecho de la Unión, porque en el seno del procedimiento hipotecario no existen motivos de oposición basados en una posible nulidad de cláusulas que constituyan el fundamento del título ejecutivo, ni se permite en el procedimiento declarativo que se adopten medidas suspensivas que garanticen la eficacia de una sentencia estimatoria de la pretensión. Como consecuencia de esta trascendental resolución, el Consejo General del Poder Judicial celebró una Jornada en el mes de mayo del año 2013 en la que más de 20 Magistrados de órganos judiciales de todos los Tribunales Superiores de Justicia y los miembros de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, alcanzaron unas interesantes [conclusiones](#) sobre las repercusiones de la Doctrina TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias (que es de obligada aplicación en todos los países miembros), con especial referencia al régimen transitorio.

Por todo ello, [la Ley 1/2013](#) reformó la LEC introduciendo un nuevo motivo de oposición del deudor en todas las ejecuciones de títulos no judiciales: que el título contenga cláusulas abusivas (artículo 557.1.7<sup>a</sup>); y en las ejecuciones hipotecarias se añadió una causa consistente en el carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiera determinado la cantidad exigible (art. 695.1<sup>a</sup>.4<sup>a</sup>). Así, mientras en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales en general es posible alegar como motivo de oposición la nulidad de cualquier cláusula del contrato que se considere abusiva, el artículo 695 sólo permite, en relación con las ejecuciones hipotecarias, invocar la abusividad de las cláusulas que fundamenten la ejecución o que hubieran determinado la cantidad exigible.

## **II. CLÁUSULAS QUE PUEDEN AFECTAR A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

Las cláusulas abusivas cuya alegación es más frecuente, dentro de las que pueden encuadrarse en el art. 695.1.4<sup>a</sup> de la LEC por constituir el fundamento de la ejecución o haber determinado la cantidad exigible son:

- El vencimiento anticipado
- La cláusula suelo
- La cláusula de redondeo
- Los intereses moratorios

### **A. Vencimiento Anticipado.**

En cuanto al fundamento de la ejecución, en la mayoría de los casos, al menos hasta ahora, nos encontramos con que en las ejecuciones hipotecarias lo que se solicita por la entidad bancaria es, ante el impago de alguna cuota o cantidad, el **vencimiento anticipado** del préstamo en su totalidad. El fundamento de esta

pretensión lo encontramos en las escrituras de préstamo en la llamada “cláusula de vencimiento anticipado”. Dicha cláusula no es de por sí abusiva, sino que, como ha establecido primero la jurisprudencia y finalmente la legislación haciéndose eco de ella, debe ser considerada abusiva y por tanto nula si de su redacción se desprende la posibilidad de vencimiento anticipado ante el impago de cualquier cantidad, cuota o equivalente. La consecuencia de esta jurisprudencia y cambio normativo ha sido el establecimiento de que dicha cláusula establezca como requisito para el vencimiento anticipado el impago de al menos **tres mensualidades**, cuotas o equivalentes para que sea posible el vencimiento anticipado del préstamo y no se considere abusiva esta cláusula.

Igualmente se ha establecido la **necesidad de que el impago sea de cierta relevancia en cuanto a la duración y cuantía total del préstamo**, no pudiendo tener lugar el vencimiento anticipado por un impago que suponga un porcentaje mínimo.

Debemos destacar igualmente que la abusividad de dicha cláusula proviene de la forma en la que esté establecida en la escritura de préstamo, no de la forma en la que se aplique por la entidad. Es decir, que si la cláusula debe ser considerada abusiva debe serlo independientemente de que la entidad proceda a instar la ejecución hipotecaria una vez producidos impagos superiores a tres cuotas del préstamo.

En cuanto a los **efectos o consecuencias de la declaración de nulidad del ejercicio abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado** (aunque la cláusula sea legalmente válida por respetar el límite de las tres cuotas

impagadas), determinará la denegación del despacho, o la nulidad del mismo si ya se hubiere materializado, provocando el sobreseimiento del proceso.

Así, el [ATJUE de 11 de junio de 2015](#): “1) Los artículos 6, apartado 1, y 7, 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

- no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— 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 se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

[STJUE de 14 de Marzo de 2013, asunto C-415/11](#): “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, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del

## LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

*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 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”.*

**STS 705/2015, de 23 de Diciembre:** *“parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.” “debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC , cuando dice 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 en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de*

*junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - 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 se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".*

## **B. Cláusula Suelo.**

Se puede decir que es la cláusula “abusiva” más conocida desde hace algunos años. La llamada **cláusula suelo**, o cláusula de limitación de la variación de los tipos de interés. Es aquella que, en los préstamos hipotecarios contratados a tipo variable, limita dicha variación al alza o a la baja de los tipos de interés, estableciendo un mínimo (y a veces también un máximo) que no podrá sobrepasarse. Debemos partir de una base: desde hace algunos años (sobre todo desde 2009), los tipos de interés han experimentado un descenso que ha pasado de moderado a sobresaliente en los últimos tiempos. Ante esta situación los titulares de préstamos hipotecarios deberían haber visto reducidas sus cuotas, pero esto no ha sido así, debido a que ante dicha bajada de tipos ha comenzado a operar la llamada cláusula suelo.

Esta cláusula tampoco es abusiva *per se*, sino que lo es por no cumplirse una serie de requisitos de claridad y, sobre todo, transparencia en su utilización. Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, no basta con que esta cláusula esté destacada en negrita, subrayada o en mayúsculas dentro del clausulado del préstamo. Ni siquiera basta con que se informe al prestatario de que el préstamo incluye dicha cláusula, sino que debe informarse de forma clara y transparente de



## LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

los efectos concretos que puede tener dicha cláusula, de los riesgos que puede suponer al adherente, llegando incluso a realizarse distintos escenarios de simulación que permitan alcanzar una conciencia clara de sus posibles consecuencias. En este sentido, la **STS 705/2015, de 23 de Diciembre** (por todas) señala: *“Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».”*

## LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En cuanto a los **efectos que genera la apreciación de la nulidad de la cláusula suelo en una ejecución hipotecaria**, el órgano judicial deberá requerir al ejecutante, al menos por diez días, para que recalculé el principal reclamado, bajo apercibimiento de archivo, dada la iliquidez de la deuda.

Debemos traer también a colación, en relación con la cláusula suelo, la reciente [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, recaída en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C308/15](#). El Tribunal Europeo concluye, en contra del previo informe de la Abogada General, que **la jurisprudencia que limita en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario es incompatible con el Derecho de la Unión**. Esa limitación da lugar a una protección de los consumidores incompleta e insuficiente, por lo que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas. Mediante [sentencia de 9 de mayo de 2013](#), el Tribunal Supremo consideró abusivas las cláusulas suelo, ya que los consumidores no habían sido adecuadamente informados acerca de la carga económica y jurídica que les imponían esas cláusulas. No obstante, el Tribunal Supremo decidió limitar los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de esas cláusulas, de modo que sólo produjera efectos de cara al futuro, a partir de la fecha en que se dictó la sentencia. En la sentencia dictada con fecha 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula. 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.

### **C. Interés de Demora.**

Es la cláusula por la que se establecen los intereses que generarán los impagos por parte del prestatario en concepto de indemnización al acreedor (artículos 1.100, 1.101, y 1.102 del Código Civil). Es importante a la hora de determinar la cantidad exigible, ya que en las demandas de ejecución se solicita que se despache ésta (dejando a un lado aquellas en las que se solicita el vencimiento anticipado del total del préstamo, a lo que ya hemos hecho referencia anteriormente) por lo impagado más los intereses generados por dicho impago (aparte, evidentemente, del hasta 30% extra que se fija provisionalmente para intereses y costas de la ejecución). Y dichos intereses no son otros que los de demora. De nuevo debe tenerse en cuenta que una cláusula de este tipo no es abusiva en todos los casos. Más bien todo lo contrario, es una cláusula que tiene una gran importancia en los préstamos, ya que la causa de los mismos es, por un lado obtener una cantidad de dinero por el prestatario, y por otro lado que ese dinero le sea devuelto al prestamista, por lo que es fundamental que se pacte una penalidad para el caso de incumplimiento del deber de devolver el dinero.

Ante esto tenemos que la abusividad de esta cláusula se basa en lo elevado del tipo de interés fijado para el caso de impago. Por una parte el **art. 85.6** del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el **texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** y otras leyes complementarias establece que son abusivas *“las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización*

## LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

*desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.”*

Por otra parte, entre otras, la [STS 265/2015, de 22 de Abril](#) establece que *“la cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, no sólo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE.”*

Respecto al tope máximo en que pueden fijarse los intereses de demora en los préstamos hipotecarios para que dicha cláusula no sea considerada abusiva, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria) que queda redactado del siguiente modo: *“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.”*

Por otro lado, respecto a qué préstamos se verán afectados por dicho límite, la Disposición Transitoria Segunda de la propia Ley 1/2013, establece que *“la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda*

## LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

*habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación 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.*

*En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.*

Recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado una nueva Sentencia sobre este asunto. Se trata de la [STS 364/2016, de 3 de Junio de 2016](#), en la que indica que los intereses de demora deben considerarse abusivos si superan en más de dos puntos a los remuneratorios pactados, como ya ocurría en los préstamos personales. Establece esta Sentencia que *“procede extender el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad lo fijamos en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado. La nulidad de cláusula abusiva no da lugar a una "reducción conservativa" del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre*

*el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que 2 no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.”*

Entre otras fundamentaciones, el Alto Tribunal indica que *“la Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. 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. »La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».”*

En cuanto a los **efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios**, además de tenerse por no puesta e impedir una nueva liquidación de intereses, conllevará la necesidad de detraer del principal reclamado en la demanda los intereses moratorios ya devengados y capitalizados en ella. Atendiendo al principio de conservación de los actos procesales, la

declaración de nulidad no conlleva la nulidad del despacho de la ejecución salvo que no sea posible recalcular el principal y nos encontremos ante una deuda ilíquida. La sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 declara improcedente la integración, en caso de apreciar la abusividad de la cláusula, señalando que *“la normativa nacional no puede interpretarse en el sentido que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula”*.

#### **D. Cláusula de redondeo al alza**

La cláusula de redondeo al alza afecta al interés remuneratorio. Consiste en que una vez estipulado un tipo de interés, éste se redondea siempre al alza hasta alcanzar el cuarto de punto o el medio punto. La [Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero](#), limitó el redondeo del tipo de interés al intervalo más próximo que no excediera del octavo de punto, proscribiendo redondeos mayores para los préstamos hipotecarios contratados a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. El Tribunal Supremo ha considerado ya estas cláusulas nulas abusivas al no haber sido negociadas individualmente, y en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes ([STS de 4 de noviembre](#), y de [11 de febrero de 2015](#) entre otras).

En cuanto a los **efectos de la nulidad de esta cláusula** se concretan en tenerla por no puesta y en la necesidad de requerir al ejecutante para que en un plazo determinado recalculase los intereses remuneratorios devengados durante toda la vida del préstamo al tipo que corresponda, sin redondeo alguno, compensando al

deudor con la correspondiente reducción de su deuda en lo cobrado de más, con apercibimiento de archivo de la ejecución hipotecaria en caso contrario por estimarse la deuda ilíquida.

### **III.- MOMENTO OPORTUNO PARA SU ALEGACIÓN.**

En cuanto al momento oportuno para alegar la existencia de cláusulas abusivas, dentro de un procedimiento de ejecución hipotecaria, si atendemos estrictamente a la letra de la Ley, nos encontramos con que el ejecutado sólo podrá realizar dicha alegación **en el trámite de oposición a la ejecución.**

En el artículo específico sobre la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados (695 LEC) no se establece plazo ninguno, por lo que hay que atender al establecido en el art. 557 para la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales:

*“1. Cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517, el ejecutado sólo podrá oponerse a ella, en el tiempo y en la forma prevista en el artículo anterior (dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución) , si se funda en alguna de las causas siguientes:*

- 1.ª Pago, que pueda acreditar documentalmente.*
- 2.ª Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.*
- 3.ª Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie.*
- 4.ª Prescripción y caducidad.*
- 5.ª Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente.*
- 6.ª Transacción, siempre que conste en documento público.*
- 7.ª Que el título contenga cláusulas abusivas.*



2. Si se formulare la oposición prevista en el apartado anterior, el Secretario judicial mediante diligencia de ordenación suspenderá el curso de la ejecución.”

Debe tenerse también en cuenta que **los jueces tienen obligación de examinar la posible existencia de cláusulas abusivas, antes de admitir a trámite la demanda de ejecución.** Pero, ¿y si ni el juez ha realizado dicho examen ni el ejecutado se ha opuesto en tiempo y forma o no ha alegado la existencia de estas cláusulas, o si ni uno ni otro tenían a su alcance en esos momentos los elementos de prueba necesarios? ¿Debe en ese caso continuarse con la ejecución, pasando por encima de la posible existencia de cláusulas abusivas? ¿Precluye el plazo de alegación o de apreciación de oficio? La respuesta a estas preguntas es **NO**. Reiterada jurisprudencia del TJUE, y más reciente de nuestro TS, viene estableciendo que la protección de los consumidores en sus relaciones con empresarios hace que cualquier limitación temporal para la alegación o apreciación de oficio de la abusividad de estas cláusulas, choque frontalmente con la Directiva 93/13 y su espíritu, por lo que debe ceder ante ésta.

Como ejemplo, la [STS 705/2015, de 23 de Diciembre](#): “2.- La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez - 14 aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite ( SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 -VB Pénzügyi Lízing- apartado 56 ; de 14 de junio 2012 -Banco Español de Crédito S.A.- apartado 44; de 21 de febrero de 2013 -Banif Plus Bank Zrt- apartado 24; y de 14 marzo 2013 - Ruben Roman - apartado 4). En consecuencia, dado que la mera lectura de los escritos de interposición de los recursos de apelación por las entidades bancarias ahora también recurrentes y de los escritos de oposición a los

## LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

*recursos de apelación formulados por la OCU y el Ministerio Fiscal, permite advertir sin género de dudas que existió contradicción sobre la validez de la cláusula suelo controvertida y que se trató su comprensibilidad real para los consumidores, no cabe hablar de infracción del principio de contradicción. En particular, el Ministerio Público planteó expresamente en su recurso de apelación la falta de transparencia de la cláusula y el "Banco Popular, S.A." al oponerse a dicho recurso contó con todas las posibilidades para defenderse y ofrecer sus argumentos al tribunal de apelación. Por lo que, garantizados y respetados los principios de audiencia y contradicción, este segundo motivo también debe perecer."*

**ATJUE de 17 de marzo de 2016 asunto C-613/15:** *"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:*

*– sus artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional."*

**STJUE de 14 de Junio de 2012 asunto C-618/10:** *"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 no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un*

*contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.”*

**STJUE de 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00:** *“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.”*

Debe afirmarse, por tanto, que la posibilidad de alegar, o de que el juez aprecie de oficio, la existencia de cláusulas abusivas, no precluye, pudiendo hacerse en cualquier momento del procedimiento, independientemente del momento procesal o de la fase en que éste se encuentre.

#### **IV.- CONSECUENCIAS DE SU APRECIACIÓN.**

La jurisprudencia del TJUE y, de nuevo como consecuencia de ésta, la de nuestro TS, ha establecido con claridad que el juez nacional no puede integrar en el contrato sustituyendo una cláusula abusiva por otra, o minorar sus efectos para adecuarla al ordenamiento, sino que debe declararla nula, teniéndola por no puesta, y no pudiendo afectar en ningún caso al consumidor. Con una excepción: que se trate de una cláusula que sea fundamento del contrato de préstamo y sin la cual éste no podría subsistir, causando con ello un perjuicio al consumidor. Como regla general, ninguna de las cláusulas que hemos analizado se encuentran dentro de las que podrían considerarse elementos esenciales del contrato, por lo que debemos tener en cuenta la prohibición general de integración del contrato.

**STJUE de 14 de Junio de 2012 asunto C-618/10:** “2) *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.*”

**STJUE de 30 de Abril de 2014, asunto C- 26/13:** “*El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.*”

**ATJUE de 17 de marzo de 2016 asunto C-613/15:**“– *sus artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que aprecie que es «abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.*”

**STS 470/2015, de 7 de Septiembre:** “*La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal*

## **LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

*cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor... Como se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE".*

**STS 469/2015, de 8 de Septiembre:** *"La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, excepción que no concurre en el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario. Como se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE."*

**STS 79/2016, de 18 de Febrero de 2016:** *"7.- Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una*

## **LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

*cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización.*

Establecida esta prohibición general de integración del contrato, debiendo tenerse por no puestas las cláusulas declaradas nulas por abusivas, si estamos ante una cláusula relativa al intereses de demora, el juez deberá emplazar a la entidad para que recalcule la cantidad exigible, que será inferior a la inicial.

Si se trata de cláusula suelo, también deberá ser emplazada la entidad para que recalcule la cantidad exigible, restándole lo abonado indebidamente por el consumidor en virtud de esa cláusula (esta cantidad variará si se establece que debe tenerse en cuenta lo abonado de más desde el 9 de Mayo de 2013, como establece hoy en día el TS, o si debe tenerse en cuenta todo lo abonado de más, sin restricción temporal. Sobre esta importante consecuencia se está a la espera de que el TJUE resuelva en Sentencia. Hasta el momento las visiones han sido distintas en la Unión Europea. Por un lado la Comisión Europea emitió un informe el 13 de Junio de 2015 a favor de la retroactividad total, y por el otro, el abogado general del TJUE, emitió su propio informe, hecho público el 13 de Julio de 2016, en el que sostiene que la no retroactividad total no es contraria a la Directiva 93/13 CEE. En el caso de que se declare nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, podría pensarse que, ya que no puede surtir ningún efecto, y que es el fundamento de la ejecución, ésta debe sobreseerse

automáticamente. Pero no es así. En una reciente sentencia, el Tribunal Supremo ha establecido que la ejecución debería continuar por una serie de motivos, entre los que destaca el hecho de que el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria podría suponer más perjuicios que beneficios al consumidor, al ser un procedimiento altamente garantista para éste.

**STS 79/2016, de 18 de Febrero de 2016:** *“7.- Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil ( art. 123.1 CE ), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.*

*Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC , al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al*

## LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

*deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC , éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario. Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el art. 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el art. 682-2-1ª LEC , al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.*

*Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC , que no resultarían aplicables en el juicio declarativo. En el cual, ni siquiera es claro que la posición procesal del consumidor fuese más favorable, puesto que los medios de defensa respecto de posibles cláusulas abusivas serían los mismos que en el proceso de ejecución hipotecaria, una vez que el vigente art. 695.1.4 LEC le*



*permite oponerse alegando «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible », y mientras se sustancia, se seguirían devengando nuevos intereses y aumentando la deuda.*

*8.- De ahí que no pueda 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, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.”*

En esta sentencia del TS nos encontramos con un interesantísimo voto particular que formula el Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno. Discrepa acerca de las consecuencias que otorga la STS a la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y, en concreto, de la decisión de que dicha declaración no suponga el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria. En su opinión, la jurisprudencia que sienta esta sentencia sobre el asunto *“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 este ámbito.”* Afirma que *“la ineficacia resultante (de la declaración de abusividad) debe ser entendida conforme a la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el ordenamiento jurídico español, artículo 83 RDL 1/2007, Ley 3/2014, de 27 de marzo, Ley 7/1998, de 13 abril y artículo 1303 del CC.”*

## **LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

Tras un extenso análisis de la cuestión, termina afirmando que *“la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en el número cuarto de la "Decisión de Sala", del apartado e) vencimiento anticipado, correspondiente al fundamento de derecho quinto de la sentencia (recurso de casación del BBVA, S.A.) infringe el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con el artículo 7 de la Directiva 93/13 , y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio TJUE desarrolla este ámbito de su competencia. Por lo que la aplicación del artículo 693.2 LEC, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva.”*

En Madrid, a 10 de enero de 2017.

**Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.**

**C/ Serrano 9**

**Tlf: 91.788.93.80.**