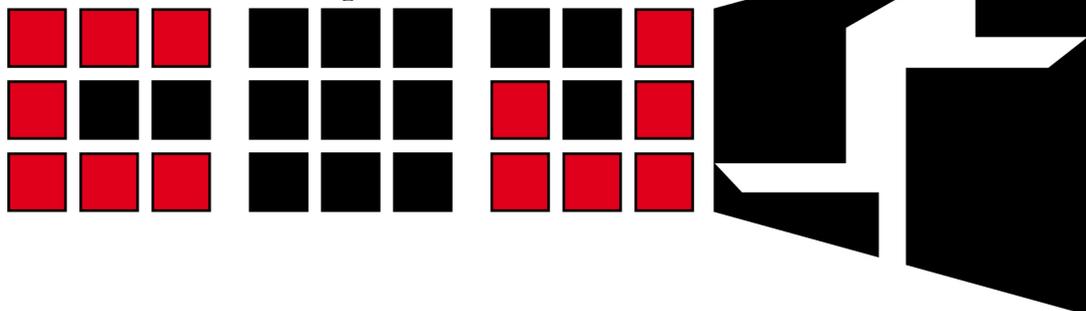


Claves de la **J**urisprudencia



**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN
PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS
CELEBRADOS CON
CONSUMIDORES A LA LUZ DEL
DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA
COMUNITARIA Y ESPAÑOLA**

Pablo Amat Llombart

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Politécnica de Valencia*

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN CLAVES DE LA JURISPRUDENCIA

TÍTULOS PUBLICADOS

- Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia**, *Luis Felipe Ragel Sánchez* (2003).
- Los títulos nobiliarios en la jurisprudencia**, *Vanessa Eugenia Gil Rodríguez de Clara* (2006).
- El contrato de obra en la jurisprudencia**, *Jorge Ortega Doménech* (2007).
- El estatuto administrativo de los extranjeros en España en clave judicial**, *David Ordóñez Solís* (2008).
- La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia**, *Luis Vacas García-Alós* (2009).
- Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia**, *José Ramón Chaves García* (2009).
- Alimentos y auxilios necesarios para la vida**, *Carlos Rogel Vide* (2012).
- Los tanteos y retractos legales a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial**, *Carlos Manuel Díez Soto* (2017).
- Estudio sistemático de la Jurisprudencia Militar. Resumen de los primeros treinta años de jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (1988-2017)**, *Luis Vacas García-Alós* (2018).
- Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria y española**, *Pablo Amat Llombart* (2018).

COLECCIÓN CLAVES DE LA JURISPRUDENCIA

Director

RAFAEL COLINA GAREA

Acreditado como Catedrático de Derecho civil

Universidad de Coruña

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN
PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS
CELEBRADOS CON
CONSUMIDORES A LA LUZ DEL
DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA
COMUNITARIA Y ESPAÑOLA**

Pablo Amat Llombart

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Politécnica de Valencia

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2018

El presente estudio se realiza en el marco del trabajo de investigación *Los consumidores en la vivienda colaborativa*, Proyecto I+D del Programa Estatal de Fomento de la Investigación científica y técnica de excelencia, Subprograma Estatal de generación de conocimiento, DER-84726-C3-2-P, 2017-2019, IP: Esther Muñiz Espada.

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2018)
ISBN: 978-84-290-2086-1
Depósito Legal: M 35332-2018
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

ABREVIATURAS

AJD: Actos Jurídicos Documentados.

Directiva 93/13: Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Directiva 2014/17: 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.

FJ: Fundamento Jurídico.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

LGDCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU: 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.

TRLITPyAJD: Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

I. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y USUARIO. SU PARTICIPACIÓN COMO PARTE CONTRATANTE EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1. LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Dentro del ordenamiento jurídico estatal español, la referencia normativa básica que debemos tener presente en la materia cuyo estudio iniciamos, es el 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 complementarias¹ (en adelante TRLGDCU).

¹ Este campo de estudio ha sido ampliamente tratado por la doctrina. Entre otros muchos, podemos citar algunos trabajos recientes: DÍAZ ALABART, S. (Coord.), *Manual de derecho de consumo*, Madrid, Reus, 2016; LASARTE ÁLVAREZ, C. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2016; DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015; BOTANA GARCÍA, G.A. «Una visión global sobre la protección jurídica de los consumidores y usuarios», *Actualidad Civil*, n.º 1, 2015.

El TRLGDCU halla su fundamento constitucional en el artículo 51 de la CE, en cuyo apartado primero se dispone que «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».

Entre otros muchos objetivos ligados propiamente a la técnica de la refundición legislativa, según su preámbulo, mediante el TRLGDCU se pretende aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos «consumidor» y «usuario», así como «empresario».

En efecto, el artículo 3 del TRLGDCU, bajo el título «Concepto general de consumidor y de usuario», establece lo siguiente:

«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, 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».

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria², pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas». En efecto, según afirma el Tribunal Supremo, este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGDCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Fruto de esta regulación comunitaria, el TRLGDCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad

² Al respecto, vid. HERRERO JIMÉNEZ, M. «Concepto de consumidor en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, n.º 28, 2016, pp. 183-216.

empresarial o profesional (así la STS de 10 de enero de 2018 (RJ 2018, 58).

En cuanto a las Directivas que han sido objeto de transposición mediante el TRLGDCU, tanto la Directiva 85/577 (sobre ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (sobre cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (en materia de contratos a distancia, art. 2.2), como la Directiva 99/44 (de garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a), coinciden en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas. Concretamente, en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³ (en adelante Directiva 93/13), se define al «consumidor» como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (art. 2.b).

Por otra parte, respecto a las Directivas en materia de consumo cuya transposición se ha efectuado fuera del TRLGDCU, la idea se reitera invariablemente: en ellas se alude a la «persona física» —ya que ninguna Directiva contempla las personas jurídicas en su ámbito— que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (así la Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; la Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; y la Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a); también se hace referencia «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e), o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a, y Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, art. 2.f).

En fin, otras normas comunitarias, que están o han estado en vigor en España, adoptan una noción similar. Es el caso del Reglamento 44/2001, del Consejo de la UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, que regula en su art. 15.1 «los contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profe-

³ DO L 95 de 21.4.1993, p. 29.

sional». Dicho concepto se reitera en el art. 17.1 del Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional».

Por consiguiente y en definitiva, el consumidor y usuario definido en la ley es aquella persona física, jurídica o entidad sin personalidad jurídica, que actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional. Esto es, tales sujetos intervienen en las relaciones de consumo con fines privados, sin ánimo de lucro, contratando bienes y servicios en calidad de destinatarios finales, sin incorporar aquellos, ni directa, ni indirectamente, a procesos de producción, comercialización o de prestación de servicios a terceros.

La adecuada determinación del indicado concepto constituye la clave de bóveda para la aplicación de la normativa que tutela las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, es decir, el TRLGDCU en España, el cual tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado, como dispone su artículo 1.

En otro orden de cosas, el artículo 4 recoge el «Concepto de empresario»:

«A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

Por lo que a nuestro estudio interesa, cabe perfectamente trasladar los citados conceptos al sector de la contratación de productos y servicios financieros, pues de su presencia y acreditación en un contrato financiero concreto (préstamo hipotecario) dependerá la

civil y mercantil, Coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 8, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 137-146.

- «La sentencia europea sobre las cláusulas suelo: crónica de una muerte anunciada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 926, 2017, p. 11.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
I. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y USUARIO. SU PARTICIPACIÓN COMO PARTE CONTRATANTE EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS	7
1. La legislación de defensa de consumidores y usuarios. Ámbito subjetivo de aplicación	7
2. La figura del consumidor y usuario como contratante de un préstamo con garantía hipotecaria. Delimitación jurisprudencial y consecuencias jurídicas.....	11
3. La condición de consumidor en contratos de doble finalidad	21
II. EL MODELO DE CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES EN EL MERCADO FINANCIERO: PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	27
1. La contratación bajo condiciones generales: un «auténtico modo de contratar» aplicable al mercado financiero.....	27
2. Requisitos de las condiciones generales de la contratación	32
III. LA PRESENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES. CONTROLES APLICABLES	45
1. Aproximación al concepto y requisitos de las cláusulas abusivas	45

2. Requisitos esenciales que determinan la existencia de una cláusula abusiva en contratos con consumidores.....	48
a) Cláusula o estipulación contractual que no se haya negociado individualmente	48
b) Cláusula que sea contraria a las exigencias de la buena fe	49
c) Cláusula que cause en perjuicio o detrimento del consumidor y usuario un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.....	50
3. Circunstancias adicionales a valorar para la adecuada apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual.....	53
4. Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas en relación con el objeto principal del contrato	56
5. Controles de legalidad y validez aplicables a las cláusulas incluidas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores	60
a) Control de incorporación o de inclusión de las condiciones generales de la contratación	60
b) Control de transparencia de las condiciones generales incorporadas a contratos con consumidores	65
 IV. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE DIVERSAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO	 77
1. Las cláusulas abusivas más frecuentes en los préstamos hipotecarios.....	77
2. Cláusula suelo o cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio	79
a) Tipología de cláusulas suelo objeto de controversia	79
b) Criterios para declarar el carácter abusivo de las cláusulas suelo	83
3. Cláusula de redondeo de intereses al alza.....	109
4. Cláusula relativa al cálculo del tipo de interés variable aplicable referenciado al índice IRPH.....	121
a) Configuración del índice IRPH. Aplicabilidad de los controles de incorporación y transparencia	121
b) Criterios para declarar el carácter abusivo de la cláusula IRPH en la jurisprudencia menor	124
c) Contenido y alcance del control de transparencia de la cláusula de interés variable referenciada al IRPH. El	

criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017	138
d) El voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017	155
e) La jurisprudencia menor posterior a la STS de 14 de diciembre de 2017	160
f) Conclusión reflexiva	164
5. Cláusula relativa a los gastos derivados de la operación crediticia de préstamo hipotecario	166
a) Gastos e impuestos que ocasiona el negocio jurídico de préstamo hipotecario. Generalidades sobre la declaración de nulidad de la «cláusula gastos»	166
b) Gastos precontractuales derivados de la tasación del inmueble a hipotecar y de la comprobación de su situación registral.....	176
c) Gastos de documentación pública notarial de la escritura de préstamo hipotecario y gastos de su inscripción en el Registro de la Propiedad	184
d) Impuestos que gravan el préstamo hipotecario	211
e) Gastos de tramitación y gestoría.....	228
f) Gastos para asegurar la conservación y efectividad de la garantía del préstamo hipotecario	237
g) Gastos y costas procesales derivadas del incumplimiento de obligaciones por el prestatario y de la defensa del crédito por la entidad financiera.....	247
h) Gastos de cancelación de la garantía hipotecaria	251
i) Conclusión.....	256
6. Cláusula sobre intereses de demora o intereses moratorios	260
a) Naturaleza y funcionalidad de la cláusula de intereses de demora.....	260
b) Criterios para declarar el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora	264
7. Cláusula de vencimiento anticipado.....	272
a) La esencial validez de la cláusula. Parámetros de licitud.....	272
b) Circunstancias a considerar para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado ...	282
c) Supuestos particulares de ejercicio abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.....	286
8. Cláusula relativa a la denominación del préstamo en moneda extranjera. El préstamo hipotecario multdivisa...	292

a) Naturaleza jurídica de la llamada «hipoteca multidivisa». Régimen legal aplicable y consecuencias.....	292
b) Criterios para declarar el carácter abusivo de las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo hipotecario.....	300
V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS INCLUIDAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	315
1. El deber de apreciación judicial de oficio del carácter abusivo de una condición general de la contratación y oposición a la ejecución hipotecaria fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual.....	315
2. Efectos generales de la declaración de abusividad de una cláusula contractual.....	325
a) No vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas: nulidad absoluta.....	325
b) Imposibilidad de modificar o integrar el contenido de una cláusula abusiva	331
c) Subsistencia del contrato tras la supresión de la cláusula abusiva. Eventual sustitución de dicha cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional.....	335
d) El cese en el uso de las cláusulas abusivas.....	344
3. Efecto restitutorio de cantidades indebidamente cobradas o imputadas al consumidor prestatario: alcance temporal.....	348
a) La «restitutio in integrum» derivada de la nulidad de cláusulas abusivas	348
b) Restitución de cantidades por aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva. Aplicación retroactiva (extunc) del efecto restitutorio	351
c) Efecto restitutorio subsiguiente a la anulación de otras cláusulas abusivas del préstamo hipotecario.....	361
4. Consecuencias procesales de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado: continuación o sobreseimiento de la ejecución hipotecaria	377
ANEXO DE JURISPRUDENCIA ANALIZADA.....	393
BIBLIOGRAFÍA.....	401

