



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

### **CURSO ACADÉMICO 2017-2018**

#### **EL PAPEL DE LOS CONSUMIDORES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS**

#### **(THE ROLE OF CONSUMERS IN MORTGAGE LOANS)**

**ALUMNO:**

Daniel Del Valle Besoy.

**DIRECTOR:**

Vicente Gozalo López.

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>1.-LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ACTUALIDAD Y BURBUJA INMOBILIARIA.....</b>	<b>5</b>
1.1. LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, CARACTERES GENERALES.....	5
1.2. CLÁUSULAS FINANCIERAS .....	6
1.3. CLÁUSULAS NO FINANCIERAS.....	9
2.4. BURBUJA INMOBILIARIA Y ACTUALIDAD HIPOTECARIA. ....	9
<b>2.-LA FIGURA DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO HIPOTECARIO.....</b>	<b>13</b>
2.1. CARACTERES DEL CONSUMIDOR.....	13
2.2. RÉGIMEN JURÍDICO .....	16
2.3. LA ACTUACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES. ....	24
2.4. LA PROTECCIÓN DE LOS ADHERENTES NO CONSUMIDORES. ....	28
<b>3.-LA CONDICIÓN DE ABUSIVIDAD.....</b>	<b>31</b>
3.1. CONCEPTO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	31
3.2. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD.....	33
3.3. CLÁUSULAS ABUSIVAS MAS FRECUENTES.....	33
3.4. CASO AZIZ Y STC TJUE 14/03/2013.....	37
<b>4.-SOLUCIONES, VIABILIDAD DE LAS DACIONES EN PAGO EN SUSTITUCIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS. ....</b>	<b>38</b>
<b>5.-CONCLUSIONES.....</b>	<b>42</b>
<b>6.-BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>44</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo plasmar la situación actual en la que multitud de familias están siendo desprotegidas ante la posición preponderante que ostentan tanto los bancos como las entidades financieras. Este trabajo presenta claramente un enfoque jurídico de la situación pero siempre teniendo un componente social muy importante.

Esta posición que podríamos catalogar de superioridad es uno de los principales objetivos para los bancos, los cuales intentan dar una imagen de transparencia ante los consumidores. La transparencia bancaria se mide por el nivel de información que los bancos y entidades financieras aportan sobre su situación económica como el buen trato o la información clara y veraz de los productos y sus clientes.

Los consumidores juegan un papel clave en el sistema económico de cualquier país. Su papel es fundamental. Cada vez más las empresas escuchan y valoran las opiniones de los consumidores.

Sin embargo en el ámbito hipotecario todos estos derechos de los consumidores no han sido en valorados durante muchísimos años, y esto es lo que ha acabado derivando la situación en la que nos encontramos hoy en día que parece que poco a poco va cogiendo forma debido a las múltiples reformas legales que intentan formar el difícil puzle ante el que se encontraban los consumidores hipotecarios.

La concesión de hipotecas en el ámbito mercantil mediante el modelo de contratación seriada “bajo condiciones generales” ha sido el principal problema en todo este ámbito. El principio fundamental de la contratación que es la “autonomía de la voluntad” se ha visto violado durante mucho tiempo. Todo este tipo de contratos se realizaba de una forma no negociada en la que el predisponente redactaba las cláusulas de los contratantes que no ostentaban libertad de negociación alguna.

Ante esta situación, el catedrático de derecho civil Francisco Javier Orduña, dice que las normas actuales del Código Civil son totalmente eficaces pero sin embargo aclara que existe una necesidad de explicar “por qué esta nueva forma de contratación ya no se rige

por estas reglas y hay que construir un ámbito de control de eficacia, de ineficacia derivada y de interpretación propia y específica que no responde al contrato de negociación.”

El valor de las viviendas ha sufrido durante todos estos años un grave encarecimiento y muchas familias se han visto despojadas de sus viviendas por la situación tan insostenible ante la que se encontraban. La aparición en las noticias de desahucios ha sido algo que se ha hecho de lo más común en nuestro país pero que sin embargo el gobierno está tratando de revertir aplicando diferentes políticas sociales<sup>1</sup>, tales como la famosa y tan añeja vivienda de protección oficial(VPO) también llamada “Vivienda con Protección Pública “ o “ Vivienda Protegida”.

Durante todo el trabajo me centro en temas tan actuales como son las reformas de la legislación hipotecaria de nuestro país, en la que se requiere como ya he mencionado antes de una regulación específica de este tipo de contratos, como también de la normativa a nivel comunitario en la que la Directiva 93/13/CEE ha jugado un papel fundamental.

En el mundo del derecho como en tantos otros ámbitos es necesario un avance para ir modificando la legislación a la par que evoluciona la sociedad debido a que las situaciones no siempre son iguales. El derecho hipotecario no lo es menos y eso ha hecho que en estos tiempos se estén adoptando medidas para mejorar la protección de los consumidores.

Ante todo lo anteriormente expuesto, en las siguientes apartados se procede a analizar la situación en la que se encuentran los consumidores de este tipo de productos financieros como son los préstamos hipotecarios, viendo cual es la normativa ante la que se encuentran, los problemas actuales o las soluciones que el propio Gobierno está intentando aplicar.

---

<sup>1</sup> Entre 2012 y 2015 se llevaron a cabo 177.900 “entregas de vivienda”, según datos del Banco de España. Según los datos de la PAH, los cuatro años anteriores hubo otros 244.000

# **1.-LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ACTUALIDAD Y BURBUJA INMOBILIARIA.**

## **1.1. Los préstamos hipotecarios, caracteres generales.**

Hablar de financiación en nuestro país es hablar de préstamos hipotecarios, debido a que este producto financiero ha sido fundamental en la adquisición de viviendas por parte de los consumidores, los cuales llevándose por la tendencia de tener en propiedad una vivienda, contratan sin tener prácticamente conocimientos en la materia. Esto hace que se hayan convertido en un objeto de consumo como ya viene recogido en el Real Decreto 1507/2000 sobre catálogo de productos.

Este contrato de préstamo hipotecario viene siempre de la mano de la garantía hipotecaria.

A la hora de catalogar este tipo de contratos podemos ver dos posturas diferentes (Código Civil y Código de Comercio) con ciertos rasgos en común que mencionare a continuación para dar una visión general.

La hipoteca<sup>2</sup> aparece regulada en el Código Civil entre los artículos 1874 a 1880 y 1857 a 1862. El artículo 1880 del CC. es el artículo que actúa como nexo con la vigente Ley Hipotecaria, siendo este artículo un claro ejemplo de norma de remisión.

Así podemos decir que este tipo de contratos se basan en la entrega de una parte (prestamista) a otra (prestatario) de una cosa (suele ser una cantidad de dinero) con la obligación de restituirlo en un plazo pero asumiendo unos intereses de por medio.

La garantía anteriormente mencionada no se trata de la única garantía que existe para la adquisición de un gran importe ya que existen otras como pueden ser la prenda o los avales (afianzamiento personal), pero esta sin duda es la más frecuente. Esta garantía será la que recibe el prestamista en el momento de realizar la escritura pública.

Este derecho real de garantía debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para poder tener efectos erga omnes. Cualquier adquirente posterior del bien inmobiliario será supeditado a los mismos efectos de la misma, siempre y cuando no se hayan

---

<sup>2</sup> Artal i Vidal, Lluís. "Hipotecas y ecuaciones. Las matemáticas de la economía/Lluís Artal, Josep Sales. RBA Coleccionables (2010)

satisfechos las cuotas oportunas. La obligación de satisfacer las cuotas negociadas supone que si no se cumplen las condiciones propias del convenio pueda verse despojado de su bien y posteriormente este ser subastado

## 1.2. Cláusulas financieras

A la hora de adquirir un préstamo se deben tener en cuenta diferentes cláusulas financieras que iré comentando una a una. Es notorio que este tipo de cláusulas están absolutamente predeterminadas. Quien pretende obtener un préstamo en la mayoría de casos deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente, es el llamado fenómeno “take it or leave it”.

En primer lugar debemos hablar del *importe* que obviamente es fundamental pero no nos debemos quedar aquí ya que este es el principal error en el que caen los consumidores, los cuales no se fijan en ningún otro aspecto mas.

Uno de los aspectos más importantes es saber el *tipos de cuotas*<sup>3</sup>. Estas suelen ser mensuales y estar configuradas por una parte de capital y otra de intereses. A la hora de aplicar las cuotas, el sistema de amortización que suelen utilizar las entidades españolas es el sistema de amortización francés. Para hacer una explicación muy sucinta de este sistema debemos decir que se basa en el pago de más intereses en los primeros años de hipoteca mientras que en los últimos años la mayor parte de la cuota es capital con intereses muy bajos. Este tipo de sistema no se trata de ninguna figura maquiavélica si no que se corresponde a un sistema en el cual debemos pagar al banco los intereses en relación con la cantidad que nos falta por amortizar.

Ejemplo:- Un préstamo de 300.000 euros a 30 años y a un tipo de interés del 4%, las cuotas mensuales serían de 1.432,24 euros. El primer pago correspondería a 1.000 euros de intereses y únicamente a 432,24 euros de cancelación del capital prestado. En cambio, 30 años más tarde, el último pago serían 4,76 euros de interés y 1.427,49 euros de capital.

---

<sup>3</sup> Calvo González-Vallinas, Rafal. Las cláusulas de la hipoteca. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España(2016).

El *tipo de interés*<sup>4</sup> debe ser otro aspecto fundamental y como tal se debe tener clara la diferencia entre contratar un préstamo con interés fijo o con interés variable:

- Fijo, permanecerá igual durante todo el tiempo que dure el préstamo y tiene como ventaja que nos aportará desde un momento inicial el coste final que tendrá el préstamo .
- Variable, será aquel tipo de interés que podrá sufrir cambios durante el tiempo que dure el préstamo. Este tipo de intereses se calcula mediante el índice de referencia formal más un diferencial y que irá variando según la fluctuación de los mercados. Cuando nos referimos al tipo de referencia debemos comentar que los tipos de referencia oficiales son los que se establecen en el artículo 27 de la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, se encuentran en la norma decimocuarta y anejo 8 de la Circular 5/2012 del Banco de España y son:

1. Euribor(Euro Interbank Offered Rate), es el índice mas utilizado como referencia en los préstamos hipotecarios. Se trata de la media aritmética simple mensual de los valores diarios del índice de referencia Euribor que figura en el Anexo del Reglamento de ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016.
2. Míbor, solo es referencia para aquellos préstamos hipotecarios concedidos con anterioridad al 1 de enero de 2000.Su calculo se realiza con 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.
3. Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario, su cálculo se obtiene por los rendimientos obtenidos en el mercado secundario , en las operaciones realizadas con títulos de deuda publica cuyo vencimiento residual se sitúe entre dos y seis años.
4. Interest Rate Swaps(IRS) en el plazo de 5 años. Se trata de aquella media simple mensual de los tipos de interés diarios Mid Spot del

---

<sup>4</sup> Ignasi Fernández de Senespleda.;Prólogo del Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Cláusulas abusivas en la contratación bancaria: vencimiento anticipado , liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusulas suelo. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Bosch/2014

tipo anual para swap de intereses , para operaciones denominadas en euros con vencimiento a cinco años, calculados por la ISDA.

5. Tipo de los préstamos hipotecarios a mas de tres años, IRPH, es uno de los índices mas utilizados y que mayor problemática esta dando. Su calculo se obtiene de la media simple de los tipos de interés medios ponderados 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.
6. Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro. Es la medida 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 periodo de fijación del tipo de interés de entre uno y cinco años , realizados en euros con hogares residentes en la zona euro.

Por último debemos hacer mención a los diferentes *costes adicionales* que se suelen incluir en los préstamos y que en muchos casos puedes ser un sobre coste muy alto y que en el momento de contratación no se tiene conocimiento alguno.

Entre ellos podemos hablar de: -Las comisiones de apertura, se trata del importe que se debe pagar para la formalización de un préstamos, -la comisión de estudio, es aquella comisión que se paga al formalizar un préstamo por los gastos que supone el estudio de riesgos, -la comisión por cancelación, que como bien dice su nombre es aquella que nos cobra el banco por la cancelación anticipada de un préstamos y suela calcularse sobre el porcentaje sobre la cantidad amortizada y –la comisión por amortización anticipada, comisión que cobra el banco por el pago adelantado de parte del préstamo .

### **1.3. Cláusulas no financieras.**

Además de las cláusulas financieras debemos concluir el análisis de los préstamos hipotecarios comentando aquellas cláusulas no financieras o también denominadas como “otras cláusulas”<sup>5</sup>.

La constitución de la hipoteca deberá incluir las fincas objeto de la garantía y la responsabilidad de cada una en referencia con la responsabilidad total garantizada. Los deudores puede que se comprometan a realizar diferentes obligaciones accesorias como pueden ser el aseguramiento de las fincas (en caso de incendio o riesgos), aseguramiento de ellos mismos (seguros de vida ,pagando la compañía aseguradora lo que resta) o la propia conservación de las finca con el objetivo que esta no pierda valor por el mero lapso tiempo.

Determinar ante que juzgados se deberá acudir en caso de desavenencias puede ser otro tipo de cláusulas que se incluyan, aunque en muchos casos no tiene mucho sentido ya que la ley nos dice que se deberá acudir ante el tribunal donde se encuentre la finca hipotecada.

Para finalizar en caso de que existan pactos sobre cesión o subrogación se deberá hacer referencia a la cantidad pendiente de pago para que quede en su lugar el nuevo prestatario, siempre con la condición sine qua non del consentimiento del prestamista.

### **2.4. Burbuja inmobiliaria y actualidad hipotecaria.**

El problema hipotecario <sup>6</sup> ha sido esta última década el mayor problema socioeconómico en el país, siendo miles de familias las perjudicadas por la concesión de préstamos de una forma desorbitada haciéndoles ver a los consumidores unas condiciones y unas expectativas de futuro que diferían mucho de lo que iba a producirse.

---

<sup>5</sup>Extraído de la página oficial del Banco Sabadell. Análisis del préstamo hipotecario.  
[https://www.activobank.com/applic/cms/jsps/activo/g3repository/PDF/FIS7\\_7PRESTAMOH IPOTECARIO.PDF](https://www.activobank.com/applic/cms/jsps/activo/g3repository/PDF/FIS7_7PRESTAMOH IPOTECARIO.PDF)

<sup>6</sup> Historia de una burbuja. Rubén García López/EL MUNDO  
<http://www.elmundo.es/economia/vivienda/2017/11/17/5a0d617846163fef348b456e.html>

En esta coyuntura de crédito barato<sup>7</sup>, las entidades financieras comenzaron a conceder préstamos hipotecarios a tipos de interés muy inferiores a los que se estaban concediendo en otros países europeos. El origen en gran medida ha sido propiciado por la mentalidad existente en nuestro país hacia la vivienda en propiedad .

	En Propiedad	En alquiler u otras formas(%)
1950	49,0%	51,0%
1960	51,9%	48,1%
1970	63,4%	36,6%
1981	74,9%	25,1%
1991	77,8%	22,2%
2001	82,2%	17,8%
2011	78,9%	21,1%

Fuente INE. Censos de Población y Vivienda

Esta idea surge ya desde la época franquista<sup>8</sup> donde las políticas por la adquisición de vivienda se hicieron latentes con el fuerte impulso de la construcción de viviendas. Algunas de las medidas que se llevaron a cabo fueron la destrucción del mercado de alquiler mediante las leyes de arrendamientos urbanos aprobadas en 1946, 1955 y 1964 o el estímulo de la promoción privada con la finalidad de promover viviendas baratas con el único fin que obtener un beneficio industrial.

Sin embargo esta idea privatista inicial no sería nada con el variado caldo de cultivo que surgiría en 2008. Miguel Sebastián ex ministro de Industria, Comercio y Turismo explicaría algunos de los factores. Uno de los principales fue la entrada en el euro que provocaría la caída de los tipos de interés derivando en una llegada masiva de liquidez.

La llegada masiva de inmigrantes también sería una de las causas según el ex ministro, ya que aportaron mano de obra barata al sector de la construcción e

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ CARBAJAL, A., Veinticinco años de política de vivienda en España (1976-2001): una visión panorámica, en *Tribuna de Economía*, nº 816, 2004.

<sup>8</sup> ETRÁN ABADÍA, R., De aquellos barros, estos lodos. La política de vivienda en la España franquista y postfranquista, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 2002

incrementaron la demanda de viviendas. Políticas como la deducción fiscal por compra de vivienda habitual estimularon a la compra, como también la Ley de Cajas de Ahorros con la creación alocada de hipotecas que será en los que durante este trabajo nos centraremos.

El detonante de esta construcción masiva de viviendas<sup>9</sup> no ha sido otro que la creación de una cultura privatista en el que formas de adquirir un hogar como puede ser el alquiler no parecían tan atractivas.

Las cifras<sup>10</sup> son francamente claras, España tiene una tasa de 85% de vivienda en propiedad, con tan solo el 11% de alquiler privado y 2% en vivienda social. Haciendo una comparativa con Europa, podemos ver que tan solo nos asemejamos a países como Grecia (74%-20%), Irlanda (79%-12,3) o Portugal (75%-18%), pero sin embargo países con una situación financiera mucho mas próspera y a los que nos debemos asimilar más como Francia (57%-22%) y Alemania (42%-53%) apuestan por el alquiler como método de disfrute de la vivienda .

Hay que añadir que para el 2007 la mayor parte de la generación más numerosa de España (nacidos entre 1970 y 1979 en el 2007 tenían 28/37 años), ya estaban hipotecados, pero las siguientes generaciones(nacidos de 1980 en adelante , ahora tienen 38) eran mucho menos ya que hubo una caída de la natalidad muy alta que rondó el 40%.

Esto quiere decir que el número de compradores se ha visto muy reducido (40% / 50%)

En Estados Unidos<sup>11</sup> la situación no fue menor y la concesión desproporcionada de hipotecas subprime o también llamadas hipotecas basura que fueron concedidas a personas con muy poca solvencia pero con altos tipos de interés sirve como claro

---

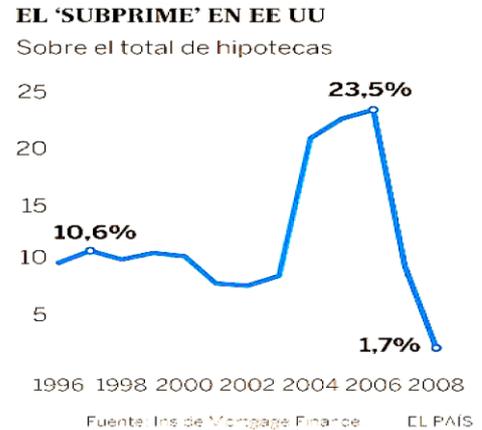
<sup>9</sup> Dionisio Moreno en la comisión de Investigación sobre la crisis financiera de España.

<sup>10</sup> Campos Echevarría, José Luis. La burbuja inmobiliaria española/presentación de Antonio Torrero. Marcial Pons, 2008

<sup>11</sup> Sunderland. J. (2014), “Sueños Rotos: Impacto de la Crisis de la Vivienda en España en los Grupos Vulnerables”. Estados Unidos de América: Human Rights Watch. (Observatorio Derechos Humanos) P. 5 párrafo 3° 3 Sunderland. J. (2014): “Sueños Rotos: Impacto de la Crisis de la Vivienda en España en los Grupos Vulnerables”. Estados Unidos de América: Human Rights Watch. (Observatorio Derechos Humanos) P. 21, párrafo 4°.

ejemplo. Hace ya 10 años ya de que esta situación se desbordo y provocó la mayor depresión desde la II guerra Mundial.

Esta situación que ocurrió en Estados Unidos se podría explicar de una forma muy sencilla diciendo como los bancos invirtieron en activos de alto riesgo por su alta rentabilidad y que funcionaban hasta que alguien dice que son tóxicos y pierden su valor y liquidez. El problema surge cuando la gente empieza a solicitar la devolución de su dinero en masa ya que han perdido la confianza y esta situación se hace acelerar. Los préstamos subprime son el claro ejemplo de los productos financieros que provocaron que los bancos se quedaran sin capital para absolver las pérdidas y empezaran a aplicar políticas recesionalistas.



Podemos decir por lo tanto que los principales beneficiados en esta burbuja inmobiliaria no han sido otros que los bancos, cajas de ahorro, financieras... que han logrado unos altísimos beneficios gracias a las políticas realizadas contra los consumidores y que como bien dijo el Defensor del Pueblo, " la responsabilidad del impago de la hipoteca no se puede transferir únicamente al deudor, ya que si este contrató un préstamo hipotecario no fue tan solo por su voluntad de endeudarse, sino porque el mercado inmobiliario y las condiciones de acceso al crédito eran los más laxos de la historia".<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Becerril Bustamante. S. en Sueños Rotos, Impacto de la Crisis de la Vivienda en España en Grupos Vulnerables 2014 P.6

## **2.-LA FIGURA DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO HIPOTECARIO.**

### **2.1.Caracteres del consumidor.**

Frecuentemente, se ha venido negando con rotundidad la existencia de una categoría jurídica nueva e independiente denominada Derecho de los Consumidores<sup>13</sup>, es decir un cuerpo normativo especial, con sus principios, sistemática e instituciones, diferentes de las demás ramas del Derecho. No obstante desde la doctrina alemana, se ha defendido la necesidad de tutelar al consumidor, más allá que al resto de sujetos, dada su posición marcadamente débil en los contratos de consumo, respecto del profesional oferente, al modo de la protección que concede el Derecho laboral a los trabajadores frente a los empresarios.<sup>14</sup>

En referencia al artículo 3 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios: “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”. Esta definición nos deja claro lo que el legislador quiere delimitar a la hora de calificar al consumidor, y no es otra que la ajenidad a la actividad empresarial.

Sin entrar en la regulación que abordaré en el segundo punto del epígrafe cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor<sup>15</sup>, persona física, debe referirse a la operación concreta que realice, debido a que el consumidor puede actuar con afán de

---

<sup>13</sup> La protección del consumidor en el artículo 51 de la Constitución : consideraciones generales y desarrollo legislativo / Carmen Alborch Bataller., en Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés : historia, política y derecho. -- Valencia : Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1984. -- Vol. 1 (p. 29-72).

<sup>14</sup> Nociones de derecho de consumo, Ángel Acedo Penco, pág. 40

<sup>15</sup> La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil / por Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano., en Lecturas sobre la Constitución española / Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho ; coordinación, Tomás R. Fernández Rodríguez. -- Madrid : Universidad Nacional de Educación a Distancia, D.L. 1978. -- Vol. 2 (p. 9-37)

enriquecerse. El límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), debido a que realizar de forma habitual estas actividades en un periodo de tiempo corto podría considerarse que, con esta forma de actuar, realiza una actividad empresarial o profesional, puesto que la asiduidad es una de las principales características de la cualidad legal de empresario.<sup>16</sup>

En la delimitación del concepto tanto el Tribunal Europeo como el Tribunal suelen centrarse en saber el destino del dinero solicitado al Banco mediante el préstamo hipotecario. Así lo verdaderamente importante será el destino, si este es ajeno al consumo privado no hablaremos de consumidor. Este aspecto será en el que me centre en el tercer punto de este epígrafe diferenciando al consumidor con el empresario y los contratos B2B.

El consumidor cuando realiza el contrato puede encontrarse en tres situaciones económicas y jurídicas muy diferentes, ya que no siempre responde al mismo esquema.

Por lo tanto diremos que pueden darse estas situaciones<sup>17</sup>:

-Por un lado el consumidor puede tener por objetivo una vivienda no hipotecada inicialmente y en la que este deberá encontrar una forma de financiación para la adquisición. En este tipo de contratos el financiador(banco, caja de ahorros..) aunque en un principio no deberían porque incluirlo suele incluir en el contrato de préstamo el destino del inmueble concreto que se adquiere.

-Otra forma de realizar la adquisición financiada por parte del consumidor es aquella en la que el inmueble pertenece a un edificio o complejo en construcción y se debe realizar la eventual subrogación del adquirente en la responsabilidad asignada al piso o vivienda unifamiliar que compra. En ella el dueño(promotor) financia la construcción de todo el complejo inmobiliario y posteriormente se procede a la venta de las viviendas en documento privado subrogándose en el préstamo hipotecario que grava el inmueble

---

<sup>16</sup> STC del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017, D. Eduardo Baena Ruiz.

<sup>17</sup> López Frías, Ana Ventas de viviendas a consumidores y prestamos hipotecarios dirigidos a su financiación: ¿Conexión contractual relevante?

comprado. Esta relación del vendedor con la entidad financiera debe ser valorada por el consumidor a la hora de realizar la compraventa.

-La tercera situación en la que se puede encontrar el consumidor será aquella en la que el inmueble que se pretende adquirir es propiedad del banco. Como ya es sabido en la situación económica en la que nos encontramos la banca cuenta entre sus activos con viviendas construidas o en construcción adjudicadas tras ejecuciones hipotecarias. Este tipo de viviendas tienen que ser comercializadas y producen estas situaciones.

El vendedor y el financiador se tratan del mismo sujeto, por lo tanto solo será necesario realizar un único contrato por parte del consumidor .

Pueden darse situaciones en las que el bien inmobiliario esté en posesión de una filial pero la situación jurídica para el consumidor revestirá las mismas características (la única diferencia es la realización de un contrato o de dos pero con la variante de la filial).

Cambiando el tercio, el consumidor a la hora de la adquisición de un préstamo hipotecario debe superar dos controles fundamentales como bien dice la doctrina:<sup>18</sup>

El control de inclusión de las condiciones generales, tanto si se trata de contratos entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores las condiciones generales pueden ser objeto de control por los tribunales, control que la jurisprudencia viene a denominar como “control de inclusión”, y que viene a significar que el tribunal habrá de determinar si en el caso concreto que se examina la cláusula en cuestión ha tenido el adherente la oportunidad de conocerla de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y, además, dicha cláusula reúne los requisitos de transparencia , claridad, concreción y sencillez que exige el artículo 5.5. de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), no superando dicho control aquellas cláusulas que sean ilegibles, ambiguas oscuras e incompresibles, como viene a establecer el artículo 7 LGCC.

---

<sup>18</sup> José Manuel Busto Lago, ed. El consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercad hipotecario y concurso/actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña 12-13 de noviembre de 2009.

El control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores, razona el TS que en los contratos con consumidores no basta con que la cláusula en cuestión supere el control de inclusión, es necesario asimismo que supere un segundo control, el de transparencia, que significa que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica “ que supone realmente para él el contrato celebrado, 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. Esta cláusula tiene como finalidad garantizar al consumidor que cuando celebra el contrato esta en condiciones de obtener la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa<sup>19</sup>.

## **2.2. Régimen Jurídico**

Nuestra Carta Magna ordena a los poderes públicos que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios con el fin de una protección a la economía. La protección del mercado, necesitada de una protección específica es el marco donde se encuentra el artículo 51 de nuestra Constitución de 1978 . Esta protección hacia los consumidores ya encontraba sus precedentes en la Carta de Protección de los Consumidores aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 1973 o en la Resolución del Consejo de Ministros de la CEE de abril de 1976.

En concreto este artículo 51 viene a dar cierto equilibrio a los consumidores en una sociedad en la que las sociedades productoras ocupan un papel preponderante incluso excesivo sobre los bienes y servicios prestados.

El desarrollo de este precepto constitucional lo encontramos en la **Ley 26/1984** que surgió debido a la indefensión surgida por los ciudadanos frente a la producción de aceite de colza adulterado.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> STC. JUZGADO DE PRIMERA INSTRUCCIÓN PROCEDIMIENTO ORDINARIO 55/2016 VALDEMORO.

<sup>20</sup> La pesadilla comenzó en abril de 1981. Falleció en Madrid el primer afectado por el llamado “síndrome tóxico”. El pánico se propagó rápidamente por todo el país. En las semanas siguientes se multiplicaron los casos. Durante ese año murieron 600 personas. La causa, el consumo de aceite de colza desnaturalizado.

Algunos de los factores determinantes de carácter social y económico<sup>21</sup> que impulsarían estas medidas pueden ser: la consolidación de la gran empresa, el consumo de masas, la insuficiencia del sistema tradicional de protección, la aparición de mejoras en la distribución comercial o la insuficiencia de los oferentes... entre muchas otras.

La contratación en masa nunca produce igualdad de condiciones entre consumidores o usuarios. En efecto, esta igualdad es mas que mera teoría debido a que una de las partes ocupa siempre una posición económica mucho mas fuerte y privilegiada siendo éste el que tiene el poder de imponer su voluntad a su clientela.

En el mercado bancario por norma casi unánime se trabaja sobre la base de los contratos uniformes, cuyo contenido se establece de antemano en unas condiciones generales que rara vez pueden ser variadas o puestas a su disposición por parte del cliente. Dentro de esta rapidez en la forma de contratar y de esta predisposición de contenido surge la **Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de Abril de 1998(LGC)\*\*** (BOE nº 89 de 14 de abril de 1998).

El principal objetivo de esta norma fue determinar cual ha de ser el régimen jurídico sobre el que se debe fundar un recurso a las condiciones generales en la contratación, introduciéndose unos controles, tanto a nivel formal como material centrados en las mismas.

Esta ley hará por primera vez mención a la acción de control de las cláusulas abusivas mediante dos tipos de controles diferentes. Esto nos llevara a la situación de que el control pueda realizarse mediante acciones individuales, ejercitables por el adherente (acción de no incorporación para el control formal y la acción de nulidad referida al control material).

Dando un salto en el tiempo y acercándonos a la actualidad voy a ocuparme de la normativa mas cercana a nuestros días y que esta siendo objeto de numerosas reformas y de cuestiones prejudiciales presentadas al mas alto organismo jurisdiccional europeo.

---

<sup>21</sup> Camy Sánchez-Cañete, Buenaventura. Comentarios a la legislación hipotecaria.

### Ley General para la defensa de Consumidores, RD 1/2007

Debido a que los contratos bancarios prácticamente siempre aparecen como contratos de adhesión, esta normativa sobre la protección de los consumidores es fundamental. Se trata de un texto refundido de mejora de la protección de los consumidores y usuarios que necesita la incorporación de una serie de normas como son: la Ley 26/1984 anteriormente mencionada, la Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la Ley 23/2003 de garantías en la venta de bienes de consumo....

Entre sus diversas normas encontramos el artículo 8 que incluye los derechos básicos de los consumidores y usuarios entre los que aparece la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos. La información será pieza clave para la protección de los legítimos intereses del consumidor como ya venia diciendo el art.51 de la Constitución Española, así la información previa deberá proporcionarse al consumidor de forma gratuita incluso cuando no figure expresamente en el contrato.

En referencia de las cláusulas abusivas, estas serán aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y aquellas practicas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art.82). La apreciación de este desequilibrio es el detonante para considerar si estamos ante una cláusula abusiva, y es en este sentido donde la doctrina ha actuado de diferentes formas como comentare en el siguiente epígrafe de este trabajo.

Relacionada con esta ley, la Ley 3/2014 , de 27 de marzo, modificará esta norma y será una de las transformaciones mas significativas del texto Refundido desde su creación. El objetivo primordial es la armonización de las disposiciones nacionales en este gran ámbito del derecho de los consumidores y usuarios para crear un fuerte marco común europeo que ayude a proporcionar mayor seguridad jurídica y refuerce el mercado interior. Con esta nueva reforma los jueces tendrán la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuren en los contratos reconociendo su nulidad(modificación del art.83 )

Tal y como analiza FACUA<sup>22</sup> la reforma de este artículo aparece en consonancia con el principio de conservación de los contratos que nuestro Código Civil recoge en su articulado y que así ha sido admitido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.<sup>23</sup> (artículos 1300 acción de anulabilidad y 1155 anulación de cláusula penal).

#### Real Decreto Ley 8/2011 y Real Decreto Ley 6/2012

La situación económica del país era insostenible y el número de desahucios estaba en números históricos , así que con esta situación el gobierno no tuvo otra opción que proponer estas dos medidas de forma urgente y con el objetivo de paliar un poco la situación .

Una buena cita con la que D. Jesús –Eladio Matesanz Matesanz nos define el panorama por el que se encontraba el país es aquella que decía Don Groucho Marx ¡Más madera! ¡Es la guerra! ¡Traed más madera!, mientras quemamos el tren de la solvencia de multitud de Administraciones Públicas, entidades locales incluidas, vamos quemando madera, con medidas de favorecimiento artificial de la liquidez.

La primera de las actuaciones que hará el Gobierno será el Real Decreto –Ley 8/2011 de “medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto publico y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa”.

Esta primera norma, en la parte referente a los deudores hipotecarios que es la que nos interesa a nosotros, se configura en dos medidas .

Por un lado esta la **inembargabilidad de ingresos mínimos familiares**, que fija el límite inembargable en aquellas situaciones donde haya habido una subasta de la

---

<sup>22</sup> Reforma de la legislación sobre consumidores. Redacción Mercantil El Derecho [https://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/ley\\_de\\_los\\_consumidores-derechos\\_de\\_los\\_consumidores\\_11\\_682555001.html](https://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/ley_de_los_consumidores-derechos_de_los_consumidores_11_682555001.html)

<sup>23</sup> 24 BERROCAL LANZAROT, A. I. (2014), “Líneas maestras 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”, Actualidad Civil, Nº 6, Sección Actualidad Legislativa, Junio 2014

vivienda habitual en un procedimiento de ejecución directa o extrajudicial en los casos en los que no se hubiese podido saldar la deuda con el remate. Será posible de esta forma la situación en la que la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente y que su ejecución forzosa (de acuerdo con el artículo 607 LEC) se vea incrementada en un 50 por ciento, además de otro 30 por ciento del SMI por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

La otra gran mejora será la **subasta de los bienes inmuebles**, que estará respaldada por la reforma de los artículos 669, 670, y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La principal finalidad no será otra que ofrecer una mayor ventaja a los deudores en las ventas de sus propios bienes inmuebles, permitiéndoles de esta forma un mayor colchón económico. En este sentido el acreedor no podrá adjudicarse la vivienda por un precio que sea menor del 60% del valor de tasación de la vivienda realizado en el momento de la adquisición de la misma. Esta medida será respaldada también por una reducción del depósito exigido a los postores que bajara al 20% en lugar del 30% estipulado anteriormente y equiparándolo así con el previsto por la propia ley para los bienes muebles.

La inestabilidad era muy latente en todo el país y las insuficientes medidas del gobierno no ayudaban a dar tranquilidad a los deudores hipotecarios ya que se consideraban insuficientes. Esto terminaría 8 meses más tarde cuando el Gobierno decide aprobar el Real Decreto Ley 6/2012 de “Medidas urgentes de protección de deudores sin recursos”.

Esta nueva medida<sup>24</sup> por segunda vez recurriendo a la vía urgente, era francamente peligrosa ya que se debería poner en la misma balanza los intereses económicos actuales del país y los intereses de todas las familias en condiciones muy precarias.

---

<sup>24</sup> La reestructuración de la deuda hipotecaria en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos . Por D. Vicente Magro Servet, Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante. Doctor en Derecho,

La finalidad de dar un respiro a estas familias será el objetivo primordial, siendo los planes de amortización flexibles y la vía de las daciones en pago las piezas clave en el puzles que el gobierno intentaba construir con esta medida.

Los beneficiarios de esta medida serán aquellas personas que estén en situación profesional o patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones o aquellas que estén en elementales necesidades de subsistencia.

Es decir este trato preferente no será para todos los ciudadanos, si no que solo serán considerados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o un préstamo cuando concurran estas circunstancias:

1. Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de renta derivadas del trabajo o de actividades económicas, incluyendo en el seno de la unidad familiar a los hijos del deudor, con independencia de su edad, siempre y cuando residan en la vivienda familiar.
2. Que la cuota que se ha de pagar supere el 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, dado que se pueden existir ingresos que provengan de otras fuentes.
3. Que la unidad familiar carezca de otros bienes o derechos patrimoniales con los que hacer frente a la deuda.
4. Que el préstamo garantizado con la hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor, para cuya adquisición fue concedido.
5. Que el préstamo carezca de cualquier otra garantía, real o personal , y en caso de estas ultimas , que todos los garantes se encuentren en la situación planteada en los apartados 2 y 3.
6. En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la familia, estos deberán estar incluidos en los tres primeros apartados.

Serán estos deudores tal y como dice el artículo 3 los beneficiados de esta norma, incurriendo en responsabilidad aquel deudor que deliberadamente modifique su umbral con tal de beneficiarse de las medidas tal y como aparece en el artículo 7 .

Lo mas importante lo encontramos en el artículo 5 que nos remite a las medidas aplicables para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual pero con la sujeción al código de Buenas Practicas incluido en el

Anexo y que las entidades de crédito podrán adherirse de forma voluntaria. El valor de adquisición que se financiara habrá de ser inferior a estos márgenes:

- Ciudades de más de un millón de habitantes: 200.000 euros.
- De más de 500.000 o en áreas metropolitanas de más de un millón: 180.000 euros.
- De más de 100.000 habitantes: 150.000 euros.
- Resto: 120.000 euros.

En el Anexo, el Código de Buenas Practicas se distribuye en tres fases que serán las medidas previas (Reestructuración de la deuda), las medidas complementarias (quitas) y las medidas sustitutivas (dación en pago ) que comentaré en el cuarto epígrafe del trabajo, en el que me centro en las medidas sustitutivas que se ofrecen a los deudores.

### **Ley 1/2013 de protección a los deudores hipotecarios**

La ultima gran medida que debemos analizar será esta ley publicada el 15 de mayo de 2013 que versará sobre las medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Las novedades que incorpora esta norma se pueden dividir en 4 grandes apartados que desglosaré de forma clara y concisa.

En primer lugar se propuso la suspensión de lanzamientos derivados de ejecución hipotecaria, aumentando seis meses más a los ya fijados en el Real decreto 27/12 (derogado tácitamente por la norma que estamos comentando).

En el mismo contexto se amplía el limite máximo de los ingresos totales de la unidad familiar a cuatro veces el Índice Publico de Renta de Efectos Múltiples (anteriormente fijado en tres veces este limite).

Las referencias a la mejora del mercado hipotecario las encontramos en la clara *valoración que se debe de hacer en la escritura de préstamo* en relación a si la vivienda hipotecada se realiza sobre vivienda habitual o no. Respecto de los *intereses moratorios*

que tanto están dando que hablar y que los jueces están intentando unificar<sup>25</sup>, nos dice en el tercer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria en el cual se fija el límite máximo de interés moratorio de los préstamos para adquisición de vivienda garantizados con hipoteca, el de 3 veces el interés legal del dinero. La *venta extra judicial* unifica criterios suspendiéndose en el caso de que alguna de las partes acredite que se ha planteado ante el órgano jurisdiccional competente la solicitud de nulidad de una determinada cláusula abusiva (artículo 648 LEC) .

En tercer lugar se hace alusión a la reforma del procedimiento ejecutivo, aunque también deberíamos incluir al procedimiento de ejecución ordinaria o ejecución dineraria simple debido a que también se mencionan.

Dentro de las distintas modificaciones, las primeras que menciona la ley son aquellas que modifican el ámbito de aplicación de las especialidades de la ejecución hipotecaria. Como primera medida el importe para la subasta no podrá ser inferior al 75% de la tasación previa (que deberá incluirse en el examen que debe hacer el fedatario público). El lugar del domicilio donde se ubique el establecimiento mercantil es otra de las medidas pero que sinceramente no aporta mucha mejora en este sentido.

La siguiente gran modificación será la relativa a el control cláusulas abusivas. La incompatibilidad existente entre la normativa interna y la Directiva 93/13/CEE del Consejo será el fruto de estas reformas. Enumerando las mas significativas podemos decir mencionar las causas de oposición a instancia de parte, el plazo transitorio y preclusivo concedido por la norma o la declaración del carácter abusivo. No haré mucho hincapié sobre estos contenidos debido a que mas tarde abordaré de forma mas detallada las cláusulas abusivas.

---

<sup>25</sup> Así, a título de ejemplo; - Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona (4/04/2013) Abusivos los que superen 2,5 veces el interés legal, salvo en aquellos casos en los que el interés remuneratorio pactado fuere superior al antes indicado, en cuyo caso el de demora no podrá superarlo en más de 2 puntos. Ello siempre que se trate de un consumidor. - Junta de Jueces de Denia (22/04/2013) Abusivos los superiores a 2,5 veces el interés legal, al tiempo de celebración del contrato, siempre que se trate de un consumidor. - Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Elche (19/04/2013) Abusivos los superiores a 3 veces el interés legal, a fecha del contrato, y siempre que se trate de vivienda habitual. - Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Santiago de Compostela (5/04/2013): Abusivos los que superen 3 veces el interés legal, a fecha del contrato, siempre que se trate de un consumidor. - Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Toledo (16/04/2013): Abusivos los superiores a 2,5 veces el interés legal, a fecha del contrato, siempre que se trate de un consumidor.

Como último punto esta norma modifica el RDL 6/2012 tendiendo a ampliar el umbral de exclusión que se fija en la citada ley.

Se elimina la exigencia de que todos los miembros de la familia carezcan de rentas por rendimientos del trabajo, esto quiere decir que no será necesario la carencia de trabajo para poder acogerse a la norma. En contrapartida, se incluye el hecho de que cuatro años antes a la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Otras modificaciones menores podrían ser la reducción del intereses moratorio aplicables frente al deudor que se situó en el umbral de exclusión al 2% o la concesión que se hace al deudor de presentar un plan de reestructuración, que de ser rechazado por la entidad , esta deberá argumentarlo y motivarlo de forma clara y sencilla al cliente.

Esta ley como era de esperar, pese a las mejoras que produjo, tuvo muchos detractores, siendo así objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Grupo Socialista. El argumento que el Grupo Socialista presentaba era que esta ley atentaba directamente contra derechos fundamentales como pueden ser el derecho a la vivienda, o la tutela judicial efectiva. La dación en pago que no fue apenas mencionada fue la causa de casi todas las críticas por parte de la oposición ya que decían que había sido vulnerado el derecho de participación ciudadana que tan latente debe estar en un gobierno democrático.

A modo de conclusión debemos referirnos a la reciente sentencia de 21 de diciembre de 2016 que ha forzado al Gobierno a publicar el Real Decreto –ley 1/2017 sobre las medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, facilitándoles un cauce extrajudicial de carácter voluntario para el consumidor con el fin de facilitar un acuerdo entre este y la entidad de crédito.

### **2.3. La actuación de las asociaciones de consumidores.**

Pese a que muchos organismo luchan por hacer desaparecer a estas asociaciones es innegable el duro trabajo que estas han realizado durante todos estos años.

Su objetivo siempre ha sido poner freno a aquellos abusos que se estaban produciendo, desde por las preferentes a las cláusulas suelo o los cobros por la formalización de las hipotecas.

En estos últimos años los consumidores han contado cada vez mas con el apoyo de estas asociaciones que están impulsando grandes proyectos de ayuda, enfocados en una mayor formación mediante los distintos canales y alternativas que se nos ofrecen por medio de las redes sociales.

El apoyo hacia las asociaciones ya venia recogido en el artículo 22 de nuestra Constitución Española, y en especial en el artículo 51.2 cuando se refiere a las organizaciones de consumidores y usuarios. No llega a realizarse una clara definición pero lo que si nos dice nuestra Carta Magna es que son los instrumentos través de los cuales los consumidores podrán participar en aquellas cuestiones que pudiesen afectarles. La Ley de Enjuiciamiento Civil de igual forma hace también referencia a las asociaciones de consumidores en su artículo 11.<sup>26</sup>

Sin embargo este desarrollo legislativo sobre las asociaciones de consumidores y usuarios no llegaría de forma plena hasta que se promulgó la ley 1/2007 que plasmaría las premisas que aparecían en la Ley Orgánica (artículo 1.3) sobre el régimen básico de las asociaciones de consumidores y la regulación específica a la que quedan sometidas as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supra-autonómico.

Se consideraran asociaciones de consumidores y usuarios aquellas que sin ánimo de lucro tengan como finalidad a defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información , formación y educación.

La independencia y transparencia de las asociaciones de consumidores y usuarios será fundamental teniendo estas prohibido :

- a. Incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- b. Percibir ayudas económicas o financieras de las o empresas o grupo de empresas que suministren bienes o servicios a los consumidores

---

<sup>26</sup> En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

- c. Realizar comunicaciones comerciales de bienes y servicios.
- d. Autorizar el uso de su denominación , imagen o cualquier otro signo representativo en la publicidad comercial realizada por los operadores del mercado, o no realizar las actuaciones oportunas para impedirlo.
- e. Dedicarse a actividades distintas de la defensa de los interés de los consumidores o usuarios.
- f. Incumplir las obligaciones de transparencia previstas en los artículos 29-30, ambos inclusive
- g. Actuar la organización o sus representantes legales con manifiesta temeridad, judicialmente apreciada
- h. Incumplir cualquier otra obligación impuesta a las asociaciones de consumidores y usuarios, legal o reglamentariamente.

Un pequeño traspies a todo este articulado ocurrió en 2014 cuando AUSBANC<sup>27</sup> fue expulsada del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores.

Este caso que ha sido portada de todos los periódicos en el ámbito estatal, incluso del internacional al estar implicada infanta Cristina es un claro ejemplo de cómo no deben actuar las Asociaciones de Consumidores.

A los presuntos responsables de este famosísimo suceso se les atribuyen delitos tanto de organización criminal como de extorsión continuada ,fraude a la Hacienda Publica o estafa entre otros. El método de actuación con el que actuaban era amenazando a distintas entidades financieras y mercantiles con hacer compañías de desprestigio contra ellas exigiéndoles como contraprestación una cantidad económica. Algunas de las entidades financieras que se vieron implicadas fueron Bankia, Liberbank, Unicaja o Caixanova.

Pero esta solo es una pequeña mancha en toda la labor realizada por las Asociaciones de Consumidores en nuestro país.

---

<sup>27</sup> Trama de extorsiones a cambio de retirar acusaciones y presionar a bancos. Se les imputan delitos de organización criminal, 27 relacionados con la extorsión, estafa, fraude a la Hacienda pública y blanqueo de capitales.

Durante todos estos años las diferentes asociaciones han logrado grandes avances en el ámbito bancario debido a todos los abusos en los que se han visto las personas que contrataban productos bancarios como lo son los préstamos.

Debemos mencionar la labor de grandes asociaciones que mediante macrodemandas han dado un paso muy importante contra la abusividad en los préstamos hipotecarios como son ADICAE, ASUFIN, PAH O FACUA.

Bajo el lema “Lucharemos juntos hasta que la Banca nos devuelva todo lo defraudado” se presenta ADICAE, la Asociación que marcó un “impasse” en este trabajo después de la sentencia del juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid que estimaba parcialmente la macrodemanda que pedía la nulidad de las cláusulas suelo, y condenaba a los bancos a devolver las cantidades “indebidamente abonadas” abonadas por los consumidores desde el 9 de Mayo de 2013.

El procedimiento iniciado en 2010 por ADICAE representaba a unos 15.000 afectados y estaba valorada por muchos abogados en unos 1.000 millones de euro de costes. Esta sentencia histórica beneficiaría a mas de dos millones de afectados por unas cláusulas que según los analistas supondrían unos 2.000 euros al año a las familias perjudicadas.

Otro gran movimiento social es el producido por la Plataforma de Afectados por las Hipotecas que tras nueve años de duro trabajo ha sido capaz de obtener miles de daciones en pago, parar mas de un millar de desahucios o realojar a mas de 2.000 personas en la obra social del movimiento. La actual presidenta de Barcelona, Ada Colau siempre ha aparecido como una de las personas referentes dentro de la plataforma y en alguna de sus entrevistas siempre ha apoyado la acción social de todo el pueblo diciendo que “si persistimos y nos organizamos, la ciudadanía tiene mucha mas capacidad de incidencia y de organización”.

Las cinco propuestas que marcan el organigrama de la plataforma son : 1.La dación en pago retroactiva, 2.El alquiler asequible, 3.Stop desahucios, 4.La vivienda social y 5. Los suministros garantizados.

## **2.4. La protección de los adherentes no consumidores.**

Toda esta protección que hemos hecho referencia siempre se aplica cuando el prestatario es un consumidor, pero la problemática surge cuando el afectado por las diferentes cláusulas hipotecarias es un no consumidor (empresario, profesional, autónomo, pymes..., en adelante, por claridad utilizaremos para referirnos a todos ellos y a los no consumidores en general el término «empresario»).

La LCGC se aplica tanto a consumidores como a no consumidores, poniendo en el ámbito subjetivo el concepto de adherente. En este sentido, en la exposición de motivos de la LCGC se dice que las condiciones generales de la contratación pueden darse tanto en las relaciones entre empresarios como de estos con los consumidores.

Siempre y cuando el adherente sea consumidor, se exige además que esas condiciones generales no sean abusivas pudiendo darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se haya adherido.

Es en este punto donde radica la problemática, debido a que los adherentes no consumidores no aparecen bajo esa protección legislativa<sup>28</sup>. La LCGC si que nos dice que si podrían apreciarse los abusos sobre las condiciones generales entre los empresarios pero que en estas situaciones habría que atender a las normas generales de la nulidad contractual. Estas normas sobre condiciones no negociadas que el legislador atribuye a consumidores y no consumidores tan solo se centran en el control de incorporación, siendo, tan solo considerada la abusividad a los contratos con consumidores.

Ante esta situación han sido multitud de empresarios los que han presentado demandas ante los juzgados al considerar que han sufrido situaciones de mucha similitud y abusividad por lo tanto.

La jurisprudencia menor al ser un tema que presenta gran dificultad calificación jurídica se ha mostrado muy dividida a la hora de dar una respuesta.

---

<sup>28</sup> SENTENCIA 110/2014 TJUE (SALA CUARTA) DE 3 SEPTIEMBRE 2015: Contrato de crédito celebrado por un abogado y garantizado mediante una hipoteca constituida sobre un inmueble perteneciente a su bufete. Demanda formulada por el abogado solicitando, por una parte, la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo y, por otra parte, la anulación de dicha cláusula y la devolución de la citada comisión

- Por una parte al no existir previsión legislativa expresa parte de la doctrina dice que no es posible el control de transparencia ni el control de contenido (abusividad).
- En el otro lado se sitúan aquellos que consideran que no existe ninguna laguna legal que deba cubrirse por la analogía y que por lo tanto si se debería aplicar el control de transparencia y de contenido a los empresarios.
- La aplicación de las reglas generales de la buena fe (arts.1258CC y 55 C.Com) y del error de vicio del consentimiento son otra de las soluciones dadas y que ya se vienen aplicando con el caso de los “Swaps”.<sup>29</sup>
- Para finalizar, existe la postura que vincula el control de transparencia con el control de incorporación ( y no con el control de contenido) de forma que sea susceptible de aplicación sea cual fuere la condición del adherente(consumidor o no).

Esta última postura fue la respaldada en la STS 367//2006 por el Magistrado Excmo. Sr. D. Orduña Moreno que formuló el voto particular concurrente con el fallo y que nos expone argumentos tan interesantes como estos:

“Las diferencias respecto del concepto de transparencia configurado como una vertiente del control de abusividad son, en esencia, dos: 1.º) Que el control de transparencia, de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, ex artículo 4.2.de la Directiva , sea algo distinto del control de incorporación del artículo 5.1. de la Directiva sobre cualesquiera otras cláusulas no negociadas. Y 2.º) Que el control de transparencia aboque a una declaración directa del carácter abusivo, sin examen del desequilibrio sustancial o perjuicio que ocasione dicha cláusula al adherente.

Como se constata, y esto es lo importante en el presente caso , dicho planteamiento doctrinal no discute o cuestiona las siguientes consideraciones de especial importancia práctica para el debate planteado: 1.º) Que el control de incorporación es “único” para todas las cláusulas , bien esenciales o bien accesorias. 2.º) Que en la actualidad , conforme a la jurisprudencia del TJUE(Sentencia de 30 de abril de 2014) y la de esta sala (sentencia de 18 de julio de 2012 y 8 de septiembre de 2014), el control de

---

<sup>29</sup> SENTENCIAS 846/1996, DE 22 DE OCTUBRE, Y 1141/2006, DE 15 DE NOVIEMBRE.

incorporación no puede aplicarse solo formalmente a los efectos de examinar el carácter predispuesto y su mera inelegibilidad gramatical, sino que comprende el control de fondo de la transparencia como comprensibilidad real del clausulado. El presupuesto de aplicación de este control de incorporación , al igual que el control de transparencia , no es otro que el carácter predispuesto de la reglamentación y la posición de inferioridad del adherente.

Las principales observaciones que deben tenerse en cuenta son las siguientes.

En primer lugar, como se ha precisado , no cabe confundir conceptualmente, sea cual la naturaleza con arreglo a la cual se configura el control establecido (abusividad/incorporacion), los conceptos de abusividad y transparencia. En este sentido el primer concepto responde al plano de la calificación de la cláusula y su correspondiente sanción como cláusula abusiva, ya derive esta del propio enjuiciamiento de la falta de transparencia, o ya resulte necesario, además, la prueba del desequilibrio patrimonial que produce dicha falta de transparencia. Por su parte, el concepto de transparencia, también sea cual sea la configuración del control correspondiente, responde necesariamente al objeto de dicho control y no a su calificación , es decir , al enjuiciamiento de lo comprensibilidad real del clausulado predispuesto, extremo que debe realizarse cualquiera que sea la configuración del control. Por lo que la abusividad es siempre la calificación de la cláusula predispuesta y la transparencia el instrumento o parámetro que permite llegar a dicha calificación.

En segundo lugar, la asimilación tampoco resulta correcta en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta sala, pues en este sentido, si bien es cierto que se ha tendido a justificar el control de transparencia en el plano del control de abusividad de la cláusula, no obstante, se ha hecho dejando claro que dicho control de transparencia representa una vertiente diferenciada en el control de abusividad y, por tanto, distinta del juicio de abusividad por falta de contenido o desequilibrio patrimonial. Supuesto que realmente queda excluido para los adherentes que no sean consumidores. Es mas, si se atienden a las citadas sentencias de 18

de junio de 2012 y 8 de septiembre de 2014 se observa que doctrinalmente no se descarta que el control de transparencia así entendido, es decir, como una vertiente del juicio general de abusividad, pueda configurarse como un control de incorporación que en última instancia la declaración de abusividad de la cláusula como efecto necesario para su expulsión del tráfico patrimonial.

A mi parecer, esta postura recoge de una forma muy clara la situación en la que se encuentran los empresarios respecto de los consumidores, y nos explica el trato diferenciado que existe entre ambos colectivos cuando en multitud de casos las situaciones son idénticas.

El legislador como *lege ferenda* debe aplicar ese control de transparencia a todos los adherentes, debido a que el perjudicado puede ser tanto un consumidor como un no consumidor. Ambas partes deben ser objeto de protección como parte débil del contrato de adhesión en el que se produzcan desequilibrios en las prestaciones y posterior frustración al prestar el consentimiento y proceder a la firma.

### **3.-LA CONDICIÓN DE ABUSIVIDAD.**

#### **3.1-Concepto de cláusulas abusivas.**

Este concepto viene siendo comentado por todos los medios desde el inicio de la crisis económica, sobre todo en aquellas cláusulas contractuales incluidas en escrituras de préstamo hipotecario con el fin de la adquisición de una vivienda.

La Directiva 13/93 en su artículo 3 nos define el concepto de cláusula abusiva de esta forma: “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”. ” Se considera que una cláusula no se ha negociado

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”.

Por otra parte según el art. 82.1 LGDCU se consideraran cláusulas abusivas “todas 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 de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”

Tanto la Ley como la Directiva lo que nos establecen no es mas que una lista de cláusulas abusivas que se van a considerar como cláusulas abusivas. Esta consideración de abusividad se da en la mayoría de los casos cuando el contrato depende tan solo de la voluntad del empresario en la mayoría de los acuerdos o dicho de otra manera, cuando no existe reciprocidad, imponiéndosele al consumidor una serie de obligaciones que por su parte el empresario no tiene que realizarlas.

En interpretación de la legislación y tal y como recogen sentencias como la de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de 2012, los requisitos para ser considera una cláusula abusiva son : en primer lugar se debe causar un perjuicio al consumidor en el que se produzca un gran desequilibrio de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato , y por otra parte ser contraria a las exigencias de la buena fe.

La doctrina europea en consonancia viene aplicando esta abusividad en el sentido de considerar que la protección que se da al consumidor es debida a la clara situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor, analizando si la situación jurídica es muy desfavorable y desproporcionada.

Por su parte el Tribunal Supremo en su labor analizando las cláusulas abusivas viene diciendo que los contratos de adhesión deberán de pasar unos especiales deberes de configuración contractual, que analizaran que se cumplan los requisitos del art. 10 de la Ley 26/1984, concreccion, claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio

### **3.2. Efectos de la declaración de abusividad.**

La nulidad de una cláusula abusiva en contratos concertados con consumidores de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE como puede ser la sentencia 470/2015, de septiembre de 2015 conlleva 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 que 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.

Los tribunales españoles han de seguir la jurisprudencia del TJUE el cual tiene el ejercicio de la soberanía en la declaración de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

Esta nulidad como bien dice el citado art. 8 LCGC no conllevará la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al art. 10 del mismo texto legal. Esto quiere decir que no determinará per se y de forma automática la nulidad de todo el contrato. La regla general sobre los efectos de la declaración de nulidad de un negocio jurídico ( art.1.303 CC.), es la restitución de prestaciones, lo que conllevará a restituir recíprocamente todo aquello que haya sido fruto de del contrato.

### **3.3. Cláusulas abusivas mas frecuentes.**

Ante toda la conflictividad sobre el tema de las cláusulas abusivas<sup>30</sup> se deben dar unos criterios generales que definan los supuestos en los que los consumidores estén expuestos ante estas situaciones de inferioridad frente a los acreedores hipotecarios.

No existe a día de hoy una doctrina unificada pero si podemos decir que poco a poco se están dando pasos muy importantes a la hora de unificar criterios con el único fin de dar soluciones jurídicas a los problemas que nos encontramos y que posteriormente se deberán argumentar jurídicamente ante los juzgados.

---

<sup>30</sup> Las cláusulas abusivas en la escritura de préstamo hipotecario como causa de oposición a la ejecución hipotecaria. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Algunas de estas cláusulas dependiendo de la forma en la que estén redactadas pueden dar la apariencia de lícitas, pero sin embargo las circunstancias de hecho que se dan provocan que esas cláusulas sea abusiva.

El objetivo por la tanto de esta clasificación no será otro que agrupar de una forma heterogénea los diferentes abusos a los que se pueden exponer los consumidores cuando contratan debido a los contratos complejos, confusos y farragosos que dificultan su entendimiento.

Adicae en unos de sus estudios<sup>31</sup> determinaba que los tipos de cláusulas abusivas se podían distinguir en seis tipos:

- I. Vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- II. Limiten los derechos del consumidor y usuario.
- III. Determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- IV. Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- V. Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- VI. Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Con todo esto a la hora de interponer una demanda para la supresión de la cláusulas consideradas abusivas debemos ver si nos encontramos con alguno de estos casos

### Cláusula suelo

Se trata seguramente de la cláusula abusiva más conocida debido a la pionera sentencia del caso Aziz que posteriormente comentaré. Este tipo de cláusulas son aquellas que establecen un tipo de interés mínimo en los préstamos cuyo interés es variable. Con esta medida el prestamista se asegura siempre recibir un mínimo aunque los tipos de interés bajen. La abusividad de estas cláusulas no reside en su contenido ya que son consideradas legales en cuanto al fondo si no respecto a la información y transparencia a la hora de incluirlas en los contratos.

---

<sup>31</sup> Catálogo de cláusulas abusivas en los contratos financieros y de servicios de interés general. Como detectarlas y denunciarlas. [http://blog.adicae.net/consumidores-2014/files/2015/02/CATALOGO\\_clausulas\\_abusivas\\_2014\\_web2.pdf](http://blog.adicae.net/consumidores-2014/files/2015/02/CATALOGO_clausulas_abusivas_2014_web2.pdf)

La importancia de esta cláusula empezó a tener gran trascendencia cuando la progresiva bajada del Euribor provocó que muchas hipotecas se quedasen fijas en el mínimo estipulado, provocando un exceso en la cantidad pagada por los consumidores que según los cálculos realizados por los expertos en la materia ha llegado a ser tres veces superior al Euribor.

### Interés de demora

Cuando contratamos un préstamo este incluye un interés remuneratorio que será el pactado para la devolución del dinero prestado y también incluye un interés moratorio que es el que se estipula en el caso de que existan impagos en la devolución del préstamo. Esta cláusula será declarada nula cuando los intereses moratorios excedan en dos puntos a los intereses remuneratorios como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016.

Un recargo superior a esos dos puntos porcentuales, supondría como bien dice el Supremo un alejamiento injustificado de la mayoría de índices o porcentajes de interés de demora que resultan de aplicación.

### Gastos hipotecarios

Este tipo de cláusulas se caracterizan por imponer al consumidor todos los gastos ocasionados en el contrato, tales como aranceles de notario, de Registro de la Propiedad o gastos de gestión.

En este sentido hay que citar la sentencia n.º 705/2015, en la que se declara la abusividad de las cláusulas que hacen recaer en el hipotecado, la totalidad de los gastos relativos a la constitución de la hipoteca en aplicación de la Ley General en Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La pretensión de los consumidores respecto de esta cláusula es la distribución equitativa de los gastos ya que haciéndolos recaer todos sobre el prestatario se produce una situación clara de abusividad.<sup>32</sup>

Sin embargo en la otra parte de la balanza se sitúan las entidades financieras y los bancos argumentan que el prestatario debe hacerse cargo de todos los gastos debido a que es el único beneficiado por el préstamo.

---

<sup>32</sup> Sentencia Civil N° 46/2015, AP - Pontevedra, Sec. 1, Rec. 656/2014, 06-02-2015.

La legislación sobre consumidores y usuarios incluye este tipo de cláusulas en su catálogo de cláusulas abusivas.

### Vencimiento anticipado

Los bancos a la hora de conceder préstamos en multitud de ocasiones han incluido una reserva en la cual si el deudor deja de pagar las cuotas del préstamo el banco puede dar por resuelta la operación y exigirle la devolución total de las cuotas que se adeuden del préstamo.

Una famosa sentencia del pasado año declaró nulas estas cláusulas aun en aquellos casos en los que no han sido aplicadas.<sup>33</sup>

Se considerarán por lo tanto ilícitas la inclusión de este tipo de cláusulas sobre vencimiento anticipado para proceder a la ejecución hipotecaria, como también tendrán esa misma consideración si han establecido un plazo muy corto de impago que se perjudicial para el consumidor.

### Índice de referencia de préstamos hipotecarios(IRPH)

Durante una época en nuestro país las entidades financieras y los bancos empezaron a utilizar un nuevo índice de referencia en los préstamos hipotecarios a interés variable como es el IRPH de Cajas y Entidades en lugar del EURIBOR que acabaría siendo más caro para el consumidor.

Este índice, junto con el IRPH Bancos, terminaría siendo eliminado por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 28 de octubre de 2011 y por la ley 13/2013, de 27 de septiembre.

Como ocurrió con las mencionadas cláusulas suelo, este tipo de cláusulas no son declaradas nulas por su inclusión si no por la insuficiente información aportada al consumidor el cual no conoce las consecuencias de su aplicación ni tampoco la comparativa con otros índices como pueden ser el EURIBOR o el MIBOR.

El Supremo pese a dar la razón en todas las sentencias a los consumidores no lo ha anulado, si no que como bien ha aclarado dice: “la mera referencia de una hipoteca a este índice no implica ni falta de transparencia ni abuso, creando así doctrina sobre este

---

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 26 de enero de 2017.

asunto. No obstante, los demandantes tendrían que probar ahora las malas prácticas sobre la comercialización de estas hipotecas.”

### **3.4. Caso Aziz y STC TJUE 14/03/2013**

El caso de Mohamed Aziz, un marroquí de 52 años residente en España fue el inicio de la creación en nuestro país de una conciencia de consumidor que tiene unos derechos y que deben ser respetados por los bancos y entidades financieras.

Este abuso que sufrió este ciudadano por parte de la Entidad Crediticia Catalunya Caixa ha provocado que a día de hoy se hayan creado numerosos movimientos sociales para defender estas situaciones ya que la dinámica judicial ha cambiado por completo, debido a que los jueces ya no se centran solo en aquello que dice el Supremo si no que son capaces de elevar a al TJUE cuestiones prejudiciales.<sup>34</sup>

El objetivo de esta cuestión prejudicial tenía por objetivo la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En este procedimiento el Sr. Aziz, como demandante principal ante la caja de ahorros, reclamaba el contrato de préstamo que había realizado para la financiación de una vivienda en propiedad y que tras el impago de un 0,328% del total del préstamo se vio inmerso en una ejecución hipotecaria.

Aunque parezca de película esta situación fue la que derivaría en el desahucio de este obrero marroquí que tuvo que abandonar su casa de Martorell y que haría abrir los ojos a los jueces españoles y en concreto a José María Fernández Seijo, titular del juzgado mercantil número 3 de Barcelona, que sería la persona que declararía “nulas por abusivas las cláusulas del préstamo”.

La sentencia considera “abusivas” tres cláusulas del préstamo hipotecario firmado por un importe de 138.000 euros. , El juez consideró abusivos los intereses moratorios que se habían fijado en el 18,75% al considerarlos desproporcionados y no haber sido

---

<sup>34</sup> CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT presentadas el 8 de noviembre de 2012.

calculados de la forma correcta. La cláusula de liquidez también considerada abusiva fijaba de manera unilateral por parte de la entidad el capital pendiente de amortización, esto provocaría que Aziz tuviese muy reducidos los medios de oposición. Y por último la cláusula de vencimiento anticipado que sería la que mas dio que hablar ya que fue considerada nula al existir unos retrasos puntales que no se correspondían con la medida tan drástica que adoptaron en vez de reclamar tan solo las cuotas impagadas, junto con los intereses.

Todo este panorama desembocaría en varios cambios legislativos, algunos de ellos ya mencionados anteriormente. Los consumidores empezarían a tener mayor protección a raíz de que se aprobara la ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. La Ley de Enjuiciamiento Civil se vería modificada también con el objetivo de endurecer los requisitos con los que la Banca puede iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, viéndose también afectada la Ley Hipotecaria que impugnaba el procedimiento de ejecuciones hipotecarias seguidas en nuestro país.<sup>35</sup>

#### **4.-SOLUCIONES, VIABILIDAD DE LAS DACIONES EN PAGO EN SUSTITUCIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.**

Desde hace un tiempo los bancos están dejando de ser esas sociedades tan respetadas y ante las cuales los consumidores se veían indefensos pese a los engaños que en muchos casos estaban viviendo es sus propias carnes.

Todo este clima de rebelión por parte de los consumidores ha desembocado en un aumento masivo de las reclamaciones y protestas ante el Banco de España. Durante el 2017 se recibieron 40.170 demandas, triplicando los datos de 2016 y siendo los gastos de formalización de préstamos hipotecarios el principal foco de todas quejas.

---

<sup>35</sup> E.SANZ. “De las cláusulas suelo a las multidivisa, así ha acorralado la justicia a los bancos. [https://www.elconfidencial.com/vivienda/2017-11-26/clausulas-abusivas-clausulas-suelo-sentencias\\_1481933/](https://www.elconfidencial.com/vivienda/2017-11-26/clausulas-abusivas-clausulas-suelo-sentencias_1481933/)

Ante esta situación, Justicia ha creado medio centenar de juzgados especializados con el fin absolver todas las denuncias en materia hipotecaria. Solución que ha sido duramente criticada por los Jueces Decanos de España debido a que consideran que no es una solución razonable ya que estos juzgados están colapsados, y creen que lo mas lógico y equitativo es la redistribución de toda la carga entre todos los juzgados del país.

Pese a este colapso y lentitud de los juzgados especializados hay que mencionar la postura tan a favor de estos hacia los consumidores debido a que el 98,3% de las 9.326 sentencias dictadas durante los primeros seis meses han fallado a favor de los consumidores.

Otra de las medidas fue la creación de un sistema de negociación extrajudicial entre bancos y clientes, que está dando muy buen resultado en algunas entidades mientras que otras están siendo muy reticentes a llegar a acuerdos con los clientes y devolver lo cobrado de mas.

Es en este sentido donde aparece en nuestro país la idea de introducir la dación en pago que tan buenos resultados está dando tanto para consumidores como para los bancos ya que es una forma muy rápida y ágil de reestructurar la deuda.

A la hora de explicar de que se trata la dación en pago debemos decir que es la entrega al acreedor hipotecario (banco) de la vivienda en vez de devolver el préstamo, quedando así totalmente extinguida la deuda.

Juega un papel fundamental la dación cuando tras un proceso judicial el banco saca a subasta la vivienda hipotecada. En el caso de que la subasta quede desierta, que suele ser en la mayoría de los casos, el banco tan solo necesita el 70% de su valor de tasación para adjudicársela y si ese importe no cubre el total de la deuda, el deudor deberá seguir debiendo dinero al banco, embargándosele en muchos casos la nómina.

En nuestro país pese a que no sea muy común, existe la dación en pago. La legislación hipotecaria prevé que en la escritura hipotecaria se pacte entre cliente y banco que la obligación garantizada se haga solo sobre los bienes hipotecados.

Sin embargo la dación en pago necesaria o forzosa fue introducida tras el Real Decreto –ley 6/2012 la cual esta enfocada a aquellos deudores sin recursos y que cumplieran una serie de requisitos muy limitados.

Después de esta breve introducción sobre que son las daciones en pago, debemos ir comentando las ventajas y desventajas que producen centrándonos en el modelo americano que tomaremos como ejemplo.<sup>36</sup>

## **VENTAJAS Y DESVENTAJAS**

Como principal ventaja y por la que surgen las daciones encontramos la de evitar la ejecución hipotecaria, ya que con la simple entrega del bien nos liberamos de la deuda. Se trata de un método de desahogo para muchas familia a las que se las daría la oportunidad de empezar de cero.

Tras la paralización de los desahucios la dación en pago también produciría una disminución de los precios de las viviendas ya que el aumento de los costes de las hipotecas produciría bajar la demanda de las mismas.

Otro pro sería que la especulación del sector inmobiliario se vería muy reducida al existir mayor transparencia.

Los bancos también encuentran ventajas ya que les permite cerrar un mayor numero de renegociaciones de las deudas y de las condiciones del contrato.

La Hacienda Pública como bien dice la profesora de la UCM , Jiménez Paris, también se ve francamente favorecida con la dación en pago debido a que percibe ingresos por medio del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Este impuesto aparece cuando se compra con hipoteca como es bien sabido, pero en nuestro caso también deberá abonarse cuando se entrega el inmueble en pago de esa hipoteca, y posteriormente cuando la entidad financiera pone de nuevo ese inmueble en el mercado.

Pero todo no van a ser puntos positivos ya que las daciones también pueden presentar bastantes repercusiones negativas.

Así los bancos incrementarían los tipos de interés y se endurecerían las condiciones crediticias de las hipotecas debido a los riesgos que supone la dación.

---

<sup>36</sup> En países como Francia o Estados Unidos se puede entregar la vivienda y saldar la deuda con el banco. En este caso, tanto el deudor como el banco pierden. El primero porque pierde lo amortizado hasta ese momento, además de los gastos inicialmente abonados para la concesión de la hipoteca; el segundo porque no amortiza la inversión que realizó en su momento, pero no ocurre así en el Derecho español.

En el caso de que dar un efecto retroactivo a la dación produciría una gran inseguridad e inseguridad en el sector.

Otro de los efectos que tendría bastante peligro sería el de endosar por parte de las personas solventes su casa al banco en el caso de que esta bajase de precio.

Por último habría que mencionar que esta medida tan solo podría tener efecto si la Unión Europea la valora de forma positiva y acorde a las necesidades de los clientes , debido a que los bancos están recibiendo capital de fondos europeos.

### **ALQUILER SOCIAL**

La dación<sup>37</sup> en pago se encuentra entre aquellas situaciones en las que el alquiler social esta permitido. Para poder solicitar este tipo del alquiler que tiene como finalidad permitir al cliente seguir viviendo durante tres años en la que fue su vivienda en propiedad, es condición sine qua non que la vivienda todavía no se haya dejado en manos del banco.

Este tipo de alquiler presenta unos precios bastante bajos en comparación con los demás debido a que son pensados para familias que han sido desahuciadas. El precio mensual variará entre los 150 y los 400 euros, estableciendo un límite correspondiente al 30% de los ingresos de la familia(no pueden estar percibiendo ingresos por encima de tres veces el IPREM).

Otro de los requisitos que se nos presenta a la hora de que el banco nos conceda este tipo de alquiler es no tener ninguna vivienda en propiedad. Esto quiere decir que cualquier persona que desee solicitarlo no puede ser titular ni total ni parcialmente de ninguna vivienda, y que por lo tanto la persona beneficiaria de un alquiler social, deberá destinar el inmueble a su vivienda habitual.

En el contrato con la entidad bancaria también se especifica que los gastos de contribución y de cualquier otra obra necesaria serán a cargo de la entidad, mientras que suministros como luz, teléfono, gas o luz de deberán recaer en el inquilino

---

<sup>37</sup> Zurita Martín, Isabel. Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2014

## 5.-CONCLUSIONES

Tras realizar este análisis sobre los problemas a los que deben hacer frente hoy en día los consumidores hipotecarios, debo sintetizar todos estos contenidos en estas conclusiones.

### PRIMERA

En primer lugar de todo este análisis hay que hacer referencia al número de quejas de clientes al Banco de España debido a las malas prácticas derivadas de los abusos bancarios. La mala reputación de la banca durante todos estos años ha acabado derivando en un cambio de mentalidad de estas ya que no existía ninguna voluntad por atajar este grave problema.

Todos estos problemas se han visto reflejados en el número de quejas recibidas durante el último año en nuestro país.<sup>38</sup>

Sin embargo los bancos han sabido reaccionar y durante el último trimestre la cifra de rectificaciones dando la razón a los consumidores ha aumentado al 64%, datos que demuestran la mejoría ya que veníamos de años en los que tan solo se rectificaban el 35% de las quejas.

La vía judicial esta ayudando también debido a que la saturación en la que se encuentran es prácticamente insostenible después de la creación de unos juzgados especializados que no dan abasto por el incesante goteo de casos que se presentan cada día (entorno a unos 915 casos diarios, de los que son resueltos 128).

### SEGUNDA

Una de las situaciones mas comunes durante la época de la crisis ha sido la poca dinamización del mercado del alquiler en nuestro país. España siempre se ha situado como uno de los países con mayor numero de viviendas en propiedad y que menos ha

---

<sup>38</sup> La cifra supone más que triplicar los 14.462 casos de 2016 y supera incluso la mayor cota conocida hasta la fecha, las 34.645 reclamaciones de 2013, cuando el **Tribunal Supremo** declaró nulas las cláusulas suelo opacas. Se da la circunstancia, además, de que el 81,4% de las quejas se centraron en un producto clave: la hipoteca.

fomentado la cultura del alquiler en la unión europea. Esto viene dado en muchos casos por la poca confianza que tienen los propietarios de alquilar sus viviendas debido a que no sienten la seguridad de que la vivienda va a ser conservada con la diligencia de un buen padre de familia.

Una mejora en la regularización del mercado del alquiler presentaría grandes ventajas, ya que no supone una carga de por vida al inquilino, se tienen los mismos derechos que el propietario y sería una gran medida para la emancipación de muchos jóvenes que no ven el momento de desligarse del hogar materno.

### TERCERA

La lucha entre el TJUE y el TS sigue en virtud de la resolución sobre el ejercicio del vencimiento anticipado en las ejecuciones hipotecarias. Las entidades bancarias exigen la resolución del préstamo hipotecario y de manera subsidiaria el pago de las cantidades indebidas mientras que la doctrina de la UE en defensa de los derechos de los consumidores presenta diferentes métodos de defensa.

Tanto la normativa interna como comunitaria respetan el principio de conservación de contratos, esto quiere decir que la acción de el vencimiento anticipado tiene como fin dar por finalizado el contrato, pero que sin embargo la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no vicia al resto del contrato que resultará vigente.

Todo esto se transmite a que hoy en día sigan existiendo dos posturas muy diferentes pese a la solución adoptada por el Tribunal Supremo.

Por una parte de la doctrina de las Audiencias Provinciales consideran que pese a la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado la ejecución hipotecaria no se debe sobreseer.

La doctrina mayoritaria y la que considero que debe ser la que finalmente acabé aplicándose, defiende el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria debido a tres razones muy claras que son: la actuación correctora no debe subsanar la nulidad al ser desproporcionadas las consecuencias, el incumplimiento no es considerado grave o suficientemente grave y por último que el impago no puede ser menor de tres cuotas.

### CUARTA

Como última conclusión he de decir que pese a que se han realizado numerosas reformas normativas tanto a nivel nacional como comunitario, debemos exigir una reforma que unifique criterios ya que nos encontramos con muchas normas que se han

aprobado de forma precipitada y que no clarifican los derechos de los afectados o potencialmente en riesgo de estarlo, que son millones de consumidores hipotecarios. Queda mucho por mejorar, pero el camino poco a poco parece que se va aclarando en beneficio del bienestar de común.

## **6.-BIBLIOGRAFÍA.**

- Calvo González-Vallinas, Rafal. Las cláusulas de la hipoteca. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España(2016)
- Artal i Vidal, Lluís. “Hipotecas y ecuaciones.ls matemáticas de la economía/Lluís Artal, Josep Sales. RBA Coleccionables (2010).
- Ignasi Fernández de Senespleda..;Prólogo del Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Cláusulas abusivas en la contratación bancaria: vencimiento anticipado , liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusulas suelo. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Bosch/2014.
- Fernández Carbajal, a,. Veinticinco años de política de vivienda en España (1976-2001): una visión panorámica, en Tribuna de Economía, nº 816, 2004.
- Etrán Abadía, r., De aquellos barros, estos lodos. La política de vivienda en la España franquista y postfranquista, en Acciones e Investigaciones Sociales, 2002
- Campos Echevarría, José Luis. La burbuja inmobiliaria española/presentación de Antonio Torrero. Marcial Pons, 2008.
- Sunderland. J. (2014), “Sueños Rotos: Impacto de la Crisis de la Vivienda en España en los Grupos Vulnerables”. Estados Unidos de América: Human Rights Watch. (Observatorio Derechos Humanos) P. 5 párrafo 3º 3 Sunderland. J. (2014): “Sueños Rotos: Impacto de la Crisis de la Vivienda en España en los

- Grupos Vulnerables”. Estados Unidos de América: Human Rights Watch. (Observatorio Derechos Humanos) P. 21, párrafo 4º.
- Becerril Bustamante. S. en Sueños Rotos, Impacto de la Crisis de la Vivienda en España en Grupos Vulnerables 2014 P.6
  - Alborch Bataller Carmen, La protección del consumidor en el artículo 51 de la Constitución : consideraciones generales y desarrollo legislativo /., en Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés : historia, política y derecho. -- Valencia : Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1984. -- Vol. 1 (p. 29-72).
  - Ángel Acedo Penco, Nociones de derecho de consumo, pág. 40.
  - Bercovitz Rodríguez-Cano Albert, La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil en Lecturas sobre la Constitución española / Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho ; coordinación, Tomás R. Fernández Rodríguez. -- Madrid : Universidad Nacional de Educación a Distancia, D.L. 1978. -- Vol. 2 (p. 9-37)
  - Busto Lago, José Manuel, El consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercad hipotecario y concurso/actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña 12-13 de noviembre de 2009.
  - Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
  - Real Decreto Ley 6/2012 del 9 de marzo, “De Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios”. Boletín Oficial del Estado. BOE-A-2012-3394

- Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 3/2014, 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.
- Real Decreto 1507/2000, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso y consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Ley 2/2009, 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.
- Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación.
- Real Decreto-Ley 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.
- Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de

uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/74/CE y 2013/36/UE y el Reglamento(UE) nº 1093/2010.

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

- Sentencia TJUE 110/2014 (SALA CUARTA) DE 3 SEPTIEMBRE 2015.
- Sentencia TJUE, asunto C26/13, de 30 de abril de 2014.
- Sentencia TJUE, asunto C415/11, de 14 de marzo de 2013.Caso Aziz.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3903/2014, de 18 de julio de 2012 y 8 de septiembre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo 470/2015, de septiembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 470/2015, de 7 septiembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2006, DE 15 DE NOVIEMBRE.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2401/2016, de 3 de junio de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4116/2017, de 23 de noviembre de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial, Civil Nº 46/2015,- Pontevedra, Sec. 1, Rec. 656/2014, 06-02-2015.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instrucción, procedimiento ordinario 55/2016 Valdemoro.