

LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL AMBITO HIPOTECARIO Y EL
DEBER DE DEBIDA INFORMACION. THE PROTECTION OF CONSUMERS IN THE
MORTGAGE AND THE DUTY OF DATA INFORMATION

Rocío Perteguer Prieto

Doctoranda en Derecho Patrimonial Privado en la Universidad de Valladolid

Registradora de la Propiedad de Banyoles

Carrer de Sant Roc, 1, 17820 Banyoles, Girona

Teléfono 625778436

rperteguer@registradores.org

Resumen

El presente Estudio tiene por objeto el análisis de los mecanismos de protección de los consumidores en el ámbito hipotecario, analizando los diferentes momentos de la vida de la hipoteca: durante su formación en la llamada fase contractual y de información previa, al nacimiento de la misma a través de la labor de calificación del Registrador de la Propiedad en especial de las cláusulas hipotecarias y en el momento de su extinción, centrando el estudio en esta fase para el caso de incumplimiento por parte del deudor hipotecario. La situación provocada por las sentencias del Tribunal Supremo a raíz de la sentencia Aziz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la necesaria adaptación de nuestro sistema financiero a la directiva MiFID II (Markets in Financial Instruments Directive) y un nuevo Reglamento MiFIR aprobada por el Parlamento Europeo el pasado 16 de abril de 2014, revelan una situación de preocupación institucional, social y económico en el que el deber de debida información al consumidor se revela como un factor determinante y fundamental para la validez (esencial en muchos casos) del negocio jurídico de préstamo con garantía hipotecaria.

Se pretende realizar un diagnóstico de la fortaleza de nuestro sistema hipotecario, tras las modificaciones efectuadas en esta materia en los últimos años, así como detectar a través de un análisis DAFO sus posibles áreas de mejora, para poder prestar un servicio lo más eficiente a todos los sectores implicados, acreedores y deudores hipotecarios, retroalimentando la seguridad jurídica del sistema hipotecario español.

Abstract

This study aims at analyzing the mechanisms of consumer protection in the mortgage market, analyzing the different moments of the life of the mortgage: during its formation in the so-called contractual phase and prior information, to the birth of the mortgage through the qualification work of the Land Registrar, especially the mortgage clauses and at the time of its extinction, focusing the study in this phase for the case of default by the mortgage debtor. The situation caused by the judgments of the Supreme Court following the Aziz judgment of the Court of Justice of the European Union, as well as the necessary adaptation of our financial system to the MiFID II directive (Markets in Financial Instruments Directive) and a new approved MiFIR Regulation by the European Parliament on 16 April 2014, reveal a situation of institutional, social and economic concern in which the duty of adequate information to the consumer is revealed as a decisive and fundamental factor for the validity (essential in many cases) of legal mortgage loan deal.

We intend to make a diagnosis of the strength of our mortgage system, after the modifications made in this matter in recent years, as well as to detect through a SWOT analysis its possible areas for improvement, in order to provide a service that is most efficient to all The involved sectors, creditors and mortgage debtors, giving back to the legal security of the Spanish mortgage system.

Palabras clave: información, protección, consumidores, Registro, calificación, test, cláusulas abusivas, certificación, mejora.

Key words: Information, protection, consumers, Register, qualification, test, abusive clauses, certification, improvement.

SUMARIO

I.- INTRODUCCION.

II.- MEDIDAS DE PROTECCION EN LOS PRELIMINARES DEL CONTRATO:

II.1. FORMACIÓN DEL MISMO Y OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA.

II.1. A. *La expresión manuscrita y la ficha FIPER.*

II.1. B. *La Guía de acceso al préstamo hipotecario.*

II.1. C. *La publicidad bancaria.*

II.1. D. *Código de buenas prácticas.*

II.1. E. *Independencia de las Sociedades de Tasación.*

II.1. F. *Determinación en la escritura de Constitución de la hipoteca de si es vivienda habitual o no.*

II.1.G. *Limitación legal a los intereses de Demora.*

III.- MEDIDAS DE PROTECCION EN EL MOMENTO DE INSCRIPCION DE LA ESCRITURA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA HIPOTECA, ESPECIALMENTE EN RELACION A LAS CLAUSULAS HIPOTECARIAS.

III.1. CLÁUSULAS DE INTERÉS VARIABLE.

III.1. A. *Cláusula que prevé la variación del tipo de interés en función del tipo preferencia de otra entidad del mismo grupo.*

III.1.B. *Cláusula de sustitución unilateral del tipo de interés en caso de absorción de la entidad bancaria acreedora.*

III.1.C. *Cláusula en la que la identificación del tipo referencial a aplicar es imprecisa, por lo que la entidad financiera aplica el más elevado.*

III.1.D. *Cláusulas suelo.*

III.2. CLÁUSULA DE INTERESES REMUNERATORIOS Y MORATORIOS.

III.3. CLÁUSULA DE COMPENSACIÓN DE DEUDAS CON LOS DEPÓSITOS DEL DEUDOR EN LA MISMA ENTIDAD BANCARIA.

III.4. CLÁUSULA QUE VINCULA EL PRÉSTAMO CON LA CONTRATACIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN SEGURO DE DAÑOS O DE AMORTIZACIÓN.

III.5. CLÁUSULA QUE VINCULA EL PRÉSTAMO CON LA CONTRATACIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN SEGURO DE DAÑOS O DE AMORTIZACIÓN.

III.6. CLÁUSULA DE REDONDEO AL ALZA.

III.7. CLÁUSULA DE CÁLCULO DE INTERÉS ANUAL Y POSTERIOR DIVISIÓN EN MENSUALIDADES O EN DÍAS.

III.8. CLÁUSULA DE ANATOCISMO.

III.9. CLÁUSULA QUE RESTRINGEN AL HIPOTECADO SU FACULTAD DE USO DEL INMUEBLE PARA ACTIVIDADES LÍCITAS E INOCUAS O DE PROHIBICIÓN DE ENAJENACIÓN.

III.10. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

III.10.A. *Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones del deudor.*

III.10.B. *Cláusula de vencimiento anticipado a voluntad del deudor (amortización anticipada).*

III.11. CLÁUSULA DE DEVENGO DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS DE TODAS LAS CUOTAS PENDIENTES ANTE UN VENCIMIENTO ANTICIPADO.

III.12. CLÁUSULA DE VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS EN UNA AMORTIZACIÓN ANTICIPADA.

III.13. CLÁUSULA DE VINCULACIÓN DEL PORVENIR DEL CONTRATO A TODO SU CLAUSULADO.

III.14. CLÁUSULA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE LA DEUDA IMPAGADA ANTE FALTA DE ACUERDO.

III.15. CLÁUSULA DE GARANTÍA DE LAS COSTAS PROCESALES.

IV.- MEDIDAS DE PROTECCION DURANTE LA VIDA DE LA MISMA Y APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

IV.1. LA REVISIÓN DE LA HIPOTECA.

IV. 2. APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

V.- DIAGNOSTICO DE LA SITUACION Y PUNTOS DE MEJORA.

VI.- CONCLUSIONES.

VII.- INDICE.

VIII.- BIBLIOGRAFIA.

IX.- NOTAS.

I.- INTRODUCCION.

En las últimas décadas se observa como la hipoteca se ha posicionado en el tráfico económico ordinario prácticamente dentro de los contratos de adhesión, sobre todo en los que se refiere a las hipotecas que se establecen en garantía de préstamos concedidos a los consumidores. Así es frecuente que los Bancos y entidades de Crédito dispongan de una serie de productos de financiación rígidos en los que ha de encajar el cliente en cuestión según su situación, solvencia, historial y necesidades.

En este tipo de operaciones podríamos decir que ni siquiera existe una mínima entrada a la negociación, lo que puede haber son posibilidades de variabilidad del pago de los intereses, sujeto a vinculaciones del deudor con la entidad, esto es rebajas del tipo de interés inicialmente pactado por domiciliar nómina, contratar un seguro, tener tarjeta de crédito/débito con la entidad y hacer disposiciones con la misma por un mínimo, domiciliaciones de recibos...etc.

Es más podemos decir que de la observación de los acontecimientos socio-económicos de los últimos diez años, se podría afirmar que la mayor fase de negociación está ahora alcanzando su mayor auge en materia hipotecaria, como consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial en pro de los consumidores, se está produciendo en la actualidad durante la vida de la hipoteca o durante su propia ejecución y no al nacimiento de la misma, lo cual dentro del devenir de la vida de un negocio jurídico-económico puede producir y de hecho produce, inseguridad jurídica que se comienza a reflejar en una mayor subida de los tipos de interés pactados así como la preferencia de tipos fijos de interés sobre los variables con el detrimento y la reducción de las posibilidades de acceso al crédito que ello conlleva.

La protección de los consumidores y usuarios en materia hipotecaria es una necesidad que surge de la práctica económica de las economías avanzadas, el acceso al crédito hipotecario en forma masiva, (ejemplos de calculadoras de cuotas hipotecarias en internet) y el impacto de este producto en el devenir de la vida de las personas como mecanismo de crédito para acceder a la que habitualmente es la inversión de su vida (habitualmente la adquisición de su vivienda habitual), ha provocado ya desde los años 90 que en Europa y por supuesto en España se establezca una regulación en materia de protección de los consumidores y usuarios recogida es lo que son en esta materia las leyes estrella en nuestro país: nuestro Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo de 16 de Noviembre de 2007 y La Ley de 13 de Abril de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, destacando también que en esta materia la propia legislación hipotecaria establece medidas de protección para el deudor hipotecario, al igual que la legislación procesal al regular las ejecuciones. En este ámbito ha sido de gran importancia la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que introdujo modificaciones en la materia en la Ley hipotecaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. (Se puede observar como las medidas de modificación protectora en la materia se han “recrudescido” hace tiempo como consecuencia de la crisis económica como se verá).

Para poder analizar con una visión global la protección que nuestro Ordenamiento Jurídico brinda a los consumidores dentro de la legislación hipotecaria y centrándonos en la hipoteca como garantía accesoria de un crédito, vamos a estudiar los mecanismos de protección en los diferentes momentos de la vida de la hipoteca, a saber:

- En los preliminares del contrato: formación del mismo y otorgamiento de escritura.
- En el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Durante la vida de la misma (Revisiones pactadas y aplicación de jurisprudencia)

II.- MEDIDAS DE PROTECCION EN LOS PRELIMINARES DEL CONTRATO

Desde la óptica jurídica, la que podemos calificar como fase previa de contratación, podría tener tres momentos clave:

- a) el de la oferta, respecto al que hay que destacar la que tiene lugar a través de la publicidad;
- b) el de la información previa que ha de suministrarse de forma obligatoria al consumidor que se interesa por lo ofertado y
- c) el de la firma o documentación del contrato (“formalización”), al exigir que se otorgue escritura pública.

La oferta y la información previa pueden cumplir con las acepciones del Diccionario indicadas, pero no la formalización del contrato. En el caso concreto que nos ocupa, la contratación de préstamos hipotecarios, en los que interviene por ley un fedatario público, debe quedar claro que éste ni pone a la venta el producto, ni determina las condiciones de la venta, ni participa en el canal de distribución (GOMEZ LOZANO, M^a M, 2013,2). Por ello, la terminología utilizada en la Ley 1/2013 para referirse también a la actuación notarial, que tanta relevancia debe tener en la protección del consumidor, no resulta ajustada. Además del cumplimiento de los requisitos que hemos visto con anterioridad de manera general para los contratos que contengan cláusulas generales de contratación (lo cual es de difícil precisión en la materia, pues se supone que las cláusulas de una hipoteca son cláusulas individualmente negociadas) pero dichos requisitos, claridad, comprensión en la redacción, no reenvíos, constancia por escrito, aceptación expresa, tenerse por no puestas la cláusulas declaradas nulas o abusivas por sentencia inscrita...son necesarias. Por tanto, no debe olvidarse que la protección del deudor hipotecario en esta fase previa denominada por el legislador “fase de comercialización” no se limita sólo a lo que al respecto se indica en las normas específicas, sino que también queda protegido por lo que con carácter general se recoge en otras disposiciones que resultan aplicables, ya que éstas rigen la actuación de los operadores en el mercado. Así, de una parte, hay que tener en cuenta, como se ha indicado, las normas dirigidas a la protección de los intereses de los consumidores. En este sentido, conviene recordar que la LGDCU, contempla en el artículo 8 los derechos básicos de los consumidores y usuarios, de entre los que cabe destacar, a los efectos que aquí se tratan, el que figura reconocido en la letra b) de esta disposición, que consiste en “la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”. Y en el ámbito estrictamente civil, ha de tenerse en cuenta también la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, cuyo artículo 19 regula las denominadas “prácticas comerciales desleales con consumidores”. Estas prácticas se clasifican en “engañosas” y “agresivas”. De una parte, según el artículo 5 de la LCD (actos de engaño) “se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”, siendo para ello necesario que incida sobre alguno de los aspectos que se detallan en la misma disposición. Y de otra parte, el artículo 8.1 LCD (prácticas agresivas) considera desleal “todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del

destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico”.

Así pues, existen importantes cautelas expresas en esta fase a saber:

II.1. FORMACIÓN DEL MISMO Y OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA.

II.1.A. *La expresión manuscrita y la ficha FIPER*

Dicha expresión viene regulada en el art. 6 de la Ley 1/2013, bajo el título “*Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios*”.¹

En primer lugar, es necesario delimitar a qué contratos se aplica la norma, desde diferentes ópticas, tanto subjetiva como objetiva.

En relación con el aspecto subjetivo, la norma se aplica a los contratos que se suscriban con un prestatario persona física (es decir, quedan excluidas las personas jurídicas, aunque éstas pudieran tener la condición de consumidoras, según la normativa general).

Y en lo que se refiere al ámbito objetivo, la norma se aplica a dos grupos de contratos:

1º) aquellos contratos en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir y

2º) a aquellos contratos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas. Cabría plantear si el listado de circunstancias debería ser objeto de ampliación al objeto de conseguir una más eficaz protección del consumidor. La respuesta en este marco podría quedar circunscrita al hecho de que los tribunales han estimado durante los últimos años en numerosas sentencias la nulidad de los contratos por la existencia de alguna de estas cláusulas al ser consideradas abusivas o por falta de información al consumidor.

Desde el punto de vista de la calificación Registral, prima facie se puede proceder a inscribir estas cláusulas cuando cumplan estos requisitos, pero cabe hacer una reflexión, ¿qué eficacia real tiene para terceros posibles adquirentes y subrogantes potenciales del crédito esta declaración manuscrita hecha por el primer deudor? ¿Qué alcance tiene en caso de asunción de deuda? Es un principio básico del Derecho Hipotecario la oponibilidad de lo inscrito y en el caso de la hipoteca el acceso de las cláusulas con trascendencia real, no la meramente financiera. ¿Esto nos puede llevar a afirmar que podríamos no inscribir este tipo de cláusulas?

En cuanto al significado de esta disposición, o lo que es lo mismo, a la cuestión de en qué consiste realmente este fortalecimiento anunciado en el título de la misma, se dispone que “se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España”. Estos términos han sido incluidos en la guía publicada en la web del Banco de España el 16 de julio de 2013.²

Esta firma manuscrita servirá, según la disposición, para que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Pero esta información sobre los riesgos no es nueva tampoco, puesto que la referencia a los mismos se encuentra ya de forma detallada en el Modelo de Ficha de Información Personalizada (FIPER) que figura en el Anexo II de la Orden 2899/2014. Cabe destacar, aunque no aparece en el contenido de la “expresión manuscrita”, que entre los riesgos y advertencias de la FIPER figura la referencia al “riesgo de insolvencia” al indicarse que “sus ingresos pueden

variar. Asegúrese de que si sus ingresos disminuyen aún seguirá pudiendo hacer frente a sus cuotas de reembolso (periodicidad)”.

II.1. B. *La Guía de acceso al préstamo hipotecario.*

La referencia a la Guía que aparece en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/2013 no es tampoco una novedad, porque la obligación de publicarla la tenía asumida el Banco de España (Orden 2899/2011 CAPÍTULO II (Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios), Sección 2ª (Información Precontractual) artículo 209 “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario”) 1. El Banco de España elaborará una «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario», con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación. 2. La guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá hallarse a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente. La justificación de su elaboración puede encontrarse en la Exposición de Motivos de la propia Orden 2899/2011, en la que se calificaba esta guía como una herramienta específica (guía informativa) adaptada a este producto que se va a difundir para profundizar en la “necesaria educación financiera de los clientes”. Por tanto, lo único que es una novedad en la Ley 1/2013 en relación a esta guía es el plazo para publicarla. Así, la DA 3ª de esta norma, bajo el título “Publicación por el Banco de España de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario”, dispone: “en el plazo de dos meses desde la aprobación de esta Ley, el Banco de España publicará la «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario» a la que se refiere el artículo 20 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”. En cumplimiento de esta DA, el Banco de España publicó la guía en su página web el 15 de julio de 2013.

Consta de doce apartados informativos ³ y nueve anejos, refiriéndose el último, como ya se ha indicado a la “expresión manuscrita”.

II.1.C. *La publicidad bancaria*

De otra parte, debe mencionarse que existen códigos éticos aplicables a la actividad de comercialización en el ámbito publicitario. Así, los bancos y las cajas son anunciantes “socios” de Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial). En este sentido, la Circular 6/2010 del Banco de España estimula la adhesión a organismos de autorregulación de la actividad publicitaria que velen por su cumplimiento.⁴ El Banco de España publica en sus páginas en Internet, la relación de «entidades» asociadas a sistemas de autorregulación publicitaria que cumplan los requisitos establecidos en dicha Circular. También informa sobre el sistema al que está asociada cada «entidad», junto con sus códigos de conducta.

Un ejemplo de la aplicación de los códigos de conducta en materia publicitaria a los deudores hipotecarios puede encontrarse en la Resolución de 4 de Febrero de 2010 de la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol. En este caso se trataba de una reclamación presentada por un consumidor a través de la OMIC de la Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta, contra una publicidad difundida a través de Internet realizada por la entidad BBK BANCO BILBAO BIZCAIA KUTXA. La Sección desestimó la reclamación por entender que la publicidad no vulneraba la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria (publicidad

engañoso), ni el artículo 3.1 del Código de Confianza Online (asunto BBK Banco Bilbao Bizkaia Kutxa, "Préstamo Hipotecario Joven") Todo esto lleva a plantear una cuestión importante, como es la de "la ética como vía de protección del deudor hipotecario" a través de esta vía de la autorregulación publicitaria.

En la web del Banco de España, como exige la Circular 6/2010, se puede consultar el organismo de control al que cada entidad está asociado, así como su Código de Conducta.⁵

II.1.D. *Código de buenas prácticas.*

De forma adicional a la protección que se otorga al deudor hipotecario a través de disposiciones legales, debe mencionarse la que puede o podría adquirir a través de Códigos éticos, es decir, por medio de la autorregulación. En primer lugar, cabe plantearse si el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (RDL 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos), podría otorgar esta protección en la fase previa del contrato. Sin embargo, su contenido se ciñe al diseño de unas medidas previas a la ejecución hipotecaria dirigida a la reestructuración de deudas. Por tanto, su ámbito de aplicación se circunscribe a la fase de ejecución, pero hay que tener en cuenta que las entidades financieras han experimentado los principales golpes a sus pactos hipotecarios en la fase de ejecución y que, de esa experiencia, se produce un feed-back con la fase de contratación previa en la que hay que determinar los requisitos de la ejecución judicial y extrajudicial.

II.1.E. *Independencia de las Sociedades de Tasación.*

La Ley 1/2013 tras la crisis financiera causada por la explosión de la llamada "burbuja inmobiliaria" modificó la regulación de las sociedades de tasación, estableciendo en la actualidad una separación e independencia de las mismas con los bancos y la posibilidad de aportación de tasación por el cliente.⁶

Se produce una modificación necesaria, como consecuencia de las sobrevaloraciones que se hicieron de los inmuebles en el pasado, lo cual fue, entre otros, uno de los factores que nos precipitó a la crisis financiera que hemos sufrido. Así los consumidores a través de la financiación de su vivienda habitual, obtenían un crédito en ocasiones no sólo por la totalidad del importe real de la vivienda sino en muchas ocasiones superior.

De tal modo que las Entidades de Crédito podían conceder créditos con mejoras en la oferta de los tipos de interés aplicables, para aquellos casos en los que la parte financiada no excedía del 80% del valor de tasación, con lo cual al hacer una sobretasación del inmueble objeto de la garantía los prestatarios no sólo accedían al 100% del precio del inmueble sin dar el 20 % del precio real (lo que era coloquialmente conocido como "dar la entrada") sino que accedían a una financiación que en muchas ocasiones superaban hasta en un 35% el precio de venta del inmueble. Este fenómeno, entre otros, fue una de las grandes causas de dicha burbuja inmobiliaria que sufrió nuestra economía.

Tras lo expuesto, cabe realizar una reflexión. Se trata simplemente de valorar si las medidas adoptadas en la norma (Ley 1/2013) en lo que respecta a la denominada "fase de comercialización", resultan o no eficaces para la protección del consumidor, conforme a lo preceptuado en el artículo 51.1 de la Constitución Española.⁷ Partiendo de que ninguna de las dos medidas constituye una verdadera novedad, cabe concluir que ni la expresión manuscrita ni la guía de acceso permiten asegurar (aunque contribuyan teóricamente a ello) que el

consumidor conozca realmente todos los extremos del producto financiero que contrata (en este caso, el contrato de préstamo hipotecario) y sea consciente de su nivel de endeudamiento y de los riesgos que conlleva, en especial, el de la insolvencia.

II.1. F. *Determinación en la escritura de Constitución de la hipoteca de si es vivienda habitual o no.*

El valor para el procedimiento de ejecución hipotecaria y extrajudicial no puede ser inferior en estos casos al 75 % del valor de tasación y ha de fijarse el mismo para ambos procedimientos y en caso de que la subasta quedara desierta o se hiciera en segunda o posteriores la ley aumentó la posibilidad de adjudicación por el 50% de su valor de tasación al 70%.

Centrándonos en las consecuencias registrales de esta nueva norma, la mención o constancia en las escrituras de formalización de los préstamos o créditos hipotecarios del carácter de vivienda habitual de la finca gravada que recogen estos párrafos se encuadra, por su colocación sistemática, como una de las circunstancias que necesariamente deben contener ese tipo de escrituras públicas, junto con las demás menciones obligatorias que resultan del propio artículo 21 de la Ley Hipotecaria, así como del artículo 12 de la misma Ley y los demás artículos concordantes –153, 153 bis, 154, 157, etc. de la LH-, que regulan los distintos supuestos especiales de hipoteca. (VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. 2013, 1).

En consecuencia, no podrá inscribirse ninguna hipoteca afectante a personas físicas que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige este artículo, ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, ya que en ambos casos puede tener transcendencia dicha manifestación, pues este requisito no se asocia exclusivamente a que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual sino la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria, que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos recogida en el artículo 1 de la Ley 1/2013, en las limitaciones de la responsabilidad del deudor después de la adjudicación del artículo 579 de la LEC, o en la determinación de los valores de adjudicación del art. 671 de la LEC. Refuerza este criterio el párrafo segundo del artículo 2 del RDL 6/2012 de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, modificado por la Ley 1/2013, que extiende su ámbito de aplicación a los hipotecantes no deudores –habla de “avalistas hipotecarios”- respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

Ahora bien, a pesar de la dicción literal del artículo, a efectos registrales, esta manifestación debe ser doble, debiendo señalarse también que el préstamo o crédito tiene como destino o finalidad la adquisición de la vivienda habitual que se hipoteca, ya que, no obstante no exigirla el artículo de referencia, se ha de considerar también necesaria, porque la falta de la misma impediría la aplicación vía calificación de determinados artículos de la reforma por faltar los datos necesarios para ello –ej. el límite de los intereses moratorios (art. 114.3 de la LH), los requisitos informativos en caso de existir cláusulas suelo (art. 6 de la Ley 1/2013), etc.-. No obstante, en casos evidentes, como el de escrituras de compra e hipoteca otorgadas sucesivamente en que se indique que el piso, apartamento o chalet se dedicará a vivienda habitual, podrá prescindirse de esta segunda manifestación.

II.1. G. *Limitación legal a los intereses de Demora.*

En la actualidad los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con carácter extensivo se aplica tras la evolución jurisprudencial y de la doctrina de la DGRyN el mismo criterio establecido para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad ha de fijarse en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

Por ello se considera, (STS 265/2015, de 22 de abril) que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. (CASAS ROJO, J.C. 2017, 49)

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas en la materia.

EL Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario que se encuentra en tramitación, además establece un límite añadido para el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, del triple del interés legal del dinero vigente a los largo del período en el que aquel resulte exigible.

III.- MEDIDAS DE PROTECCION EN EL MOMENTO DE INSCRIPCION DE LA ESCRITURA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA HIPOTECA, ESPECIALMENTE EN RELACION A LAS CLAUSULAS HIPOTECARIAS.

Como ya hemos visto la hipoteca se perfecciona por su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es en este momento cuando el Registrador al realizar su labor calificatoria comprobará que se cumplen todas las disposiciones legales en la materia, pudiendo denegar la inscripción de determinadas cláusulas o de la totalidad del negocio jurídico en cuestión.

La importancia de la calificación del Registrador en esta materia es fundamental ya que desde el primer momento se comprueba la existencia de los requisitos legales necesarios para el efectivo nacimiento de la hipoteca al tráfico jurídico. Hay que tener en cuenta que la labor del Registrador es absolutamente integradora del Ordenamiento Jurídico, por lo que aplica en su calificación no sólo normas de Derecho Civil o Hipotecario, sino que en su labor aplica toda la normativa en materia de protección a los consumidores y usuarios, de cláusulas generales de la contratación, de cláusulas abusivas, de ámbito administrativo y financiero,

fiscal, antiblanqueo e incluso de carácter penal en el caso de que pueda encontrar indicios de comisión de delito poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Es muy importante esta precisión, ya que en otros ordenamientos jurídicos Europeos esta integración no se da en ningún nivel, ni en el preventivo, ni en el ejecutivo y en otros, se da en niveles separados no permitiéndose la integración de las normas, lo que ha llevado en ocasiones a los Tribunales Europeos a un concepto confuso en materia de protección de consumidores y en especial a la atención y protección que se da desde el punto de vista preventivo en el Ordenamiento Jurídico español.

El presente estudio de la calificación, tendrá por objeto exclusivamente las cláusulas hipotecarias, no siendo objeto de análisis la calificación de los elementos personales (capacidad de deudor y acreedor, identificación de las partes, titularidad real de las sociedades prestamistas, poderes de representación...), formales (título notarial, presentación al pago del impuesto, supuestos de prevención de blanqueo de capitales...) u otros reales (inscripción de la finca a nombre del hipotecante, no sujeción de la finca a prohibiciones de disposición que conlleven imposibilidad para hipotecar...etc).

Las cláusulas que analizaremos a continuación pueden afectar a distintos elementos del contrato de préstamo hipotecario. Podemos observar cláusulas que afectan a la obligación principal, a obligaciones accesorias, a los intereses y costas y al proceso ejecutivo.

Así mismo, no sería posible abarcar todo el conjunto de cláusulas que presentan dudas respecto a su abusividad utilizadas en nuestro tráfico jurídico por lo que será objeto de análisis aquellas que por la práctica registral y jurisprudencial consultadas se observan como más comúnmente utilizadas en los contratos de préstamo o crédito hipotecario.

III.1. CLÁUSULAS DE INTERÉS VARIABLE.

Dichas cláusulas consisten en establecer la variabilidad del tipo de interés aplicable al préstamo en función de ciertos parámetros objetivos. La cláusula de interés variable conllevó gran discusión doctrinal durante los años 80 que fue resuelta por la DGRN de 7 de Septiembre de 1988.⁸ Dicha RDGRN ha sido interpretada por ciertos autores de modo que a sensu contrario establece los requisitos para que la cláusula de interés variable sea válida, no constituya una cláusula abusiva. En la actualidad, dicha problemática ha sido bastante acotada, dado que la incorporación a la UE y la moneda única, con posterioridad, llevó consigo una regulación monetaria clara e independiente de las entidades de crédito, reduciendo los costes del dinero y proporcionando unos índices de referencia objetivos e independientes (ej. MIBOR, Euribor) y una normativa de mayor protección a los consumidores como son la Directiva (UE) nº 65/2014 (MIFID II) – Reglamento (UE) nº 600/2014 (MIFIR) y la Directiva 2008/48/CE de Créditos al Consumo (anterior Directiva 87/102/CEE). Veamos los diferentes supuestos de estas cláusulas:

III.1. A. *Cláusula que prevé la variación del tipo de interés en función del tipo preferencia de otra entidad del mismo grupo.*

Dicha cláusula se encuentra estrechamente vinculada con la cláusula de interés variable. Se puede observar como contradice la definición o justificación jurídica de los intereses que señalan la necesidad de que se realice en función de un índice objetivo. Dicha cláusula parece pensada para eludir la abusividad declarada por la RDGRN de 7 de setiembre de 1988 dado que la entidad crediticia no puede libremente y arbitrariamente modificar el tipo de interés. Sin necesidad de introducir la teoría del levantamiento de velo, unidad económica..., hay que destacar que dicha cláusula vulnera la necesidad de que el índice sea objetivo ya que se ha demostrado en la práctica real la posibilidad de manipulación de las mismas (al pertenecer a

un mismo grupo) e incluso llegó a observarse la realización de conductas desleales bancarias pactando subidas para los índices conjuntos. Contraviniendo así de forma directa el principio de que se corresponda con la efectiva onerosidad del contrato y se mantenga el equilibrio entre las partes. Dicha cláusula sería abusiva en virtud de la definición general de cláusula abusiva y por dejar al arbitrio de una de las partes el devenir del contrato (prevista como abusiva en el artículo 85 del TRLGDCU).

III.1.B. *Cláusula de sustitución unilateral del tipo de interés en caso de absorción de la entidad bancaria acreedora.*

Dicha cláusula encuentra como presupuesto la cesión del crédito o préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria. Debemos atender al articulado del Código Civil para la cesión del crédito o préstamo, mientras que para la cesión de la hipoteca será necesario acudir a la LH. Para la cesión de créditos o préstamos se requiere la concurrencia de las voluntades del cedente y el cesionario pero no se requiere del cedido (deudor del crédito o préstamo) declaración de voluntad alguna ni tan siquiera su comunicación, liberándose el deudor de la deuda que la pagare a quien era su acreedor (si no le han comunicado la cesión del crédito o préstamo)

Para la cesión de la hipoteca, aun la previsión del artículo 1528 del CC que establece su cesión con el crédito o préstamo, se requiere de formalización en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.⁹ En el anterior artículo 149 de la LH se exigía que se diera conocimiento al deudor de la cesión, hecho que conllevó la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre los efectos de la no comunicación al deudor.

La modificación del artículo 149 de la LH, permite la transmisión de la hipoteca sin necesidad de informar al deudor (como sucede con el crédito). En este punto, podemos observar como en la cesión de créditos o préstamo no hay novación alguna. El artículo 149 en el segundo y tercer párrafo lo establece con claridad. En este punto, es importante recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado que la cesión del crédito o préstamo no puede conllevar perjuicio alguno para el deudor. (STS 1 de octubre de 2001). La práctica de cambio del tipo de interés en la cesión del crédito o préstamo es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dado que podría conllevar un perjuicio para el consumidor. Si fuera una cláusula contractual se podría encuadrar en las disposiciones 3 y 4 del artículo 85 del TRLGDCU, dado que permitiría dejar al arbitrio del profesional el devenir del contrato y se puede utilizar aquí la misma la argumentación utilizada por la DGRN con base en la cláusula de intereses variable.

III.1.C. *Cláusula en la que la identificación del tipo referencial a aplicar es imprecisa, por lo que la entidad financiera aplica el más elevado.*

Dichas cláusulas consisten en determinar por contrato o tras una posterior modificación el tipo referencia imprecisamente. Dichos supuestos pueden ser consecuencia, por ejemplo, de la desaparición del índice de referencia o por la imprecisión de la entidad financiera en la concesión del crédito o del préstamo. En este caso la interpretación de dicha cláusula se debe realizar siempre a favor del consumidor por los principios contra stipulatorem y favor consumitoris. En los supuestos en los que se encuentra una cláusula de dichas características existe la práctica bancaria contraria a derecho de interpretar dicha cláusula en perjuicio del consumidor dado que identifican el tipo referencial más elevado. En dichos casos por los principios antes mencionados debería acogerse como tipo referencial el más beneficioso para el consumidor. Dicha práctica se mostraba especialmente en los contratos de préstamo o crédito hipotecario con cláusula de intereses multidivisas (referidas a

moneda/s extranjeras al cambio, que han sido declaradas abusivas. Ahora bien las hipotecas multidivisas, o las hipotecas con “swap” permuta financiera de tipos de interés o “cap” que protege contra la subida del tipo de interés por encima de un determinado límite máximo y durante un período concreto de tiempo (previo pago por el cliente de una cantidad alzada, impropriamente denominada “prima”, pues no nos hallamos ante un seguro) no son en sí mismas contrarias a derecho sino que tiene que estudiarse el contexto de su contratación como ha declarado la DGRyN. (Resolución 5-2-2014).

Dicha cláusula imprecisa y la práctica de aplicar el interés más elevado son contrarias a derecho. Si hubiera diversos tipos de referencia objetivos y en el contrato se previera la aplicación del más elevado no estaríamos en el supuesto ahora estudiado. Así para entenderla incorporada en el contrato deberíamos atender a la LCGC y en caso de duda sobre su abusividad a la definición general de cláusula abusiva y al deber de debida información integrando el contrato de cobertura del tipo de interés en el propio préstamo como regla general de interpretación.

III.1.D. *Cláusulas suelo.*

Las cláusulas suelo son introducidas en contratos de préstamos bancarios con tipos de intereses variables sometidos a baremos de entidades u organismos independientes como son el Banco de España (en su momento, actualmente el Banco Central Europeo), el Gobierno en los Presupuestos Generales del Estado, el cambio de divisas, el Euribor, ... Mediante dicha cláusula la entidad de crédito establece una limitación a la bajada del tipo de interés respecto a dicho baremo independiente. En 2010 el Senado rechazó una propuesta de modificación del TRLGDCU en la que se incorporaba entre las cláusulas de la lista negra (artículo 85 a 90) y se pretendía delimitar su abusividad. En la jurisprudencia se han ido sucediendo las sentencias¹⁰ en las que se declaraba su abusividad por la diferencia entre la cláusula suelo y la cláusula techo respecto al valor de referencia o al inicial. Dichas sentencias han sido aplaudidas y criticadas por igual. El problema de centrarse en la asimetría es que se omite el principio en el que se fundamenta la normativa comunitaria: la protección del consumidor. La STS 9 de mayo de 2013 ha entendido que dicha cláusula no es abusiva en sí, no causando un desequilibrio de las contraprestaciones dado que se debe atender al real reparto del riesgo. En dicha sentencia establece el sometimiento a las condiciones de los clausulados generales para que se pueda entender incorporada la cláusula suelo en el contrato: claridad, transparencia y que el consumidor se encuentre suficientemente informado para aceptarla.

Por parte del TS se establecen cinco circunstancias que podrían conducir la nulidad de las cláusulas suelo:

- a. Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b. Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d. No hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad – caso de existir- o advertencia de que le al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e. Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del cliente.

La DGRN ha señalado con carácter general¹¹ que conforme a la doctrina sentada por el STS 8 de septiembre de 2014, la cláusula suelo debe de encuadrarse dentro de la contratación bajo condiciones generales, por lo que es un auténtico modo de contratar claramente diferenciado

del contrato negociado regulado por el Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última no tanto en el consentimiento contractual del adherente como en la obligación que tiene el predisponente de respetar el equilibrio prestacional y de garantizar que el adherente comprenda realmente el alcance del contrato que está suscribiendo. Por ello, es fundamental en este campo el control de transparencia de la contratación, configurando como un control de legalidad dirigido a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta sea comprensible de una manera real, no meramente formal, de manera que el consumidor conozca y entienda las consecuencias jurídicas y económicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo. Por tanto, el control de transparencia lo que pretende no es solo que la cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que el contrato exponga de una manera transparente el funcionamiento de la cláusula así como su conexión con las restantes cláusulas, de forma que el consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tendrá el contrato. (VILLAPLANA GARCÍA, C., 2017, 1118)

Este control previo y doble de incorporación y transparencia no puede ser interpretado de forma restrictiva, sino que respecto de él debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor, en coherencia con la finalidad legal de favorecer la información, la comprensibilidad y la protección de los usuarios de los servicios financieros. La función registral se enmarca dentro de este principio de control previo y ha de reforzar la protección del consumidor en esta etapa, de ahí que la propia sentencia del TS citada establezca que sin perjuicio de la importante función que los notarios realizan sobre el control previo del negocio, la comprensibilidad real del contrato debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la sola lectura no es suficiente, sin una añadida actuación específica al respecto, para acreditar el cumplimiento de este especial deber de transparencia. De ahí, en el campo específico de la cláusula suelo, la exigencia e importancia de que el documento manuscrito, junto con otros (oferta vinculante, tasación...), se unirá a la escritura sin que el Notario intervenga en él. Y así, estos documentos se incardinan en el ámbito propio del control de transparencia de la contratación seriada, independientemente del consentimiento contractual del adherente plasmado en la escritura. Y todo el proceso, concluye la Dirección General, debe ser calificado por el registrador.

III.2. CLÁUSULA DE INTERESES REMUNERATORIOS Y MORATORIOS.

Los intereses remuneratorios han sido examinados por nuestro Tribunal Supremo, quien era reticente a aplicar la Ley de Usura a los intereses remuneratorios cuando se establecía con base en un tipo referencial objetivo e independiente; así mismo, la conformidad con el TRLGDCU se realiza con base en los criterios establecidos para las cláusulas de intereses variables. Por otro lado, cuando se estableciere un tipo de interés fijo, el Tribunal Supremo consideraba el análisis tan solo por la LU, dado que restaba excluido de la valoración de la abusividad las cláusulas de definición del objeto principal del contrato, previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

En la actualidad, al analizar los intereses moratorios, podemos afirmar que se trata de una cláusula cuya abusividad sí que es revisada por nuestros tribunales. Los intereses moratorios o de demora “punitivos” han sido considerados por la jurisprudencia con unas características especiales, siendo autónomos del contrato de préstamo y de sus intereses remuneratorios. (STS 25 de marzo de 2009). Hemos podido ver, como pese a declararlos como una cláusula penal, El TJUE ha prohibido que se entre a moderar la cláusula penal si se

consideran como cláusulas abusivas (tras declarar su carácter abusivo) (STJUE de 30 de mayo de 2013).

La problemática que se puede plantear respecto a la integración del contrato que contiene cláusulas abusivas por previsión legal, es decir, sustituir la cláusula abusiva por una cláusula legal en lugar de dejar el contrato incompleto (sin cláusula alguna); ha sido superada por nuestro Legislador con la Ley 1/2013 mediante la modificación del art.114 de la LH.¹² En esta Ley además de establecer nuestro Legislador que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal, que será inferior en caso de que el deudor fuera una persona sin recursos o especialmente vulnerable; norma que será de aplicación a los préstamos y créditos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 no devengados o devengados pero no satisfechos.

III.3. CLÁUSULA DE COMPENSACIÓN DE DEUDAS CON LOS DEPÓSITOS DEL DEUDOR EN LA MISMA ENTIDAD BANCARIA.

Dicha cláusula consiste en compensar las deudas derivadas del crédito o préstamo hipotecario con los depósitos (positivos) que mantenga el deudor hipotecario en la misma entidad bancaria (acreedora hipotecaria). Podemos observar respecto a esta cláusula un cambio de opinión por nuestro Tribunal Supremo. En las primeras resoluciones que examinaron esta cláusula el Tribunal Supremo entró en el fondo de dichas cláusulas y declaró su abusividad, a la par con la doctrina que las considera sorprendente, especialmente en «contratos de cuenta corriente mancomunados donde deben actuar conjuntamente para la retirada de fondos» todos los titulares. Por el contrario, el Tribunal Supremo varió de criterio y entendió que será válida dicha cláusula cuando estuviere redactada de forma transparente, clara, concreta y sencilla. (STS 16 de diciembre de 2009). Dicha cláusula debería ser declarada nula por concurrir en las disposiciones del artículo 88.1 del TRLGDCU que establece la nulidad de las cláusulas abusivas por imponer al consumidor una garantía desproporcional al riesgo asumido.

III.4. CLÁUSULA QUE VINCULA EL PRÉSTAMO CON LA CONTRATACIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN SEGURO DE DAÑOS O DE AMORTIZACIÓN.

Estas cláusulas las establecen las entidades bancarias como requisito necesario para la concesión del crédito y suelen ir acompañadas de la correspondiente cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota del seguro (las cláusulas de vencimiento anticipado se comentan más adelante). La contratación de un seguro multirisgo del hogar no resulta de por sí una cláusula abusiva dado que beneficia por igual al consumidor (deudor) quien será el que perciba la indemnización y a la entidad bancaria titular de la hipoteca dado que se producirá una subrogación real de la indemnización por el inmueble hipotecado por los artículos 1877 del CC, 110.2 de la LH y entendido así por la jurisprudencia (STS 30 de julio de 1999). Por el contrario, sería abusiva la cláusula en la que se estableciere la cesión de todos los derechos del propietario del bien inmueble sobre la indemnización a la entidad de crédito dado que el artículo 110.2 de la LH establece expresamente la subrogación real de la indemnización por la garantía no suponiendo modificación alguna en la situación del acreedor.

Por su parte, la contratación de un seguro de amortización para el caso de impago del deudor debido a su muerte o invalidez (son las más comunes, aunque actualmente se podría plantear dicho seguro por el riesgo de paro, reducción de ingresos o retribuciones o jubilación anticipada del deudor) se afirmaba que debería considerarse abusiva dado que se establece la

imposición de unos servicios que el consumidor no ha solicitado en virtud del artículo 89.4 del TRLGDCU, esta afirmación es excesiva, en la actualidad solo serán abusivas cuando se obligue a contratar un servicio concreto ofrecido por la propia entidad, una del grupo o con otra entidad determinada por la entidad financiera.

III.6. CLÁUSULA DE REDONDEO AL ALZA.

El redondeo es una práctica necesaria dado que no se pueden ir arrastrando decimales infinitamente. De modo que de por sí la cláusula o práctica bancaria de redondeo no tendría relevancia fáctica ni jurídica. Podemos observar dicha aceptación en la disposición adicional 12ª de la Ley 44/2006.¹³ El problema se plantea cuando se establece la cláusula o se realiza la práctica bancaria de redondear siempre al alza en perjuicio de los consumidores o demás clientes de la entidad, se llegó a incorporar en la cláusula la porción de redondeo al alza (un cuarto de punto, medio punto, un cuartillo...). Existen numerosas sentencias de la jurisprudencia menor que declaran la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas por abusivas, pero hasta 2010 no llegaron las primeras sentencias del Tribunal Supremo declarando su abusividad en demandas de asociaciones de consumidores.¹⁴ Se encuentra incorporada en el listado gris de cláusulas abusivas que recoge el Legislador comunitario en el anexo de la Directiva 93/13/CEE y prohibida por el Legislador nacional en el artículo 87.5, en su lista negra del TRLGDCU.

III.7. CLÁUSULA DE CÁLCULO DE INTERÉS ANUAL Y POSTERIOR DIVISIÓN EN MENSUALIDADES O EN DÍAS.

En este punto podemos observar dos tipos de cláusulas diferentes pero que devienen de una misma base: las entidades financieras calculan y cobran intereses sobre capital ya amortizado. Podemos observar el sistema de cálculo que ha recibido el nombre de sistema Francés o de cuotas constantes. Mediante esta cláusula la entidad bancaria realizaba el cómputo de los intereses anualmente y lo dividía entre los meses o los días del año, de modo que el contratante pagaría intereses por el capital que ya habría amortizado, o amortizaría durante el año. El Tribunal Supremo declaró que concurría un cobro de lo indebido dada la amortización de capital trimestralmente, que no se reflejaba en una reducción del capital base de cálculo de los intereses. Además, se observó que la división en días se solía realizar por un número inferior al real del año natural (de 365 días o de 366 días si es bisiesto), en 360 días/año o en 365 días/año (siendo el año natural bisiesto). Esta divergencia suponía que el deudor acababa pagando más de lo que le correspondería.¹⁵ Nuestro Tribunal Supremo declaró su prohibición (STS 4 de octubre de 1994), pero la permitió con posterioridad, (STS 20 de diciembre de 2006) aun ser contraria al artículo 60 del Código de Comercio. Estas cláusulas no se encuentran recogidas como abusivas en el TRLGDCU ni han sido declaradas como tales por nuestros tribunales.

III.8. CLÁUSULA DE ANATOCISMO.

El pacto o cláusula de anatocismo o de capitalización de intereses supone el devengo de intereses de los intereses ya vencidos y no pagados. El Code Napoleon los prevé, pero como no capitalizados hasta al menos un año entero después de vencidos. En nuestra legislación civil se establece el no devengo de intereses por los intereses vencidos hasta no ser reclamados judicialmente (artículo 1109 del CC), mientras que en la legislación mercantil (en el artículo 317 del Código de Comercio) se establece la no capitalización de los intereses. Por pacto la jurisprudencia ha permitido el anatocismo incluso en materia mercantil.

Consideramos que en este caso debería respetarse la LCGC. Por su parte, la doctrina de la DGRN ha mantenido la calificación negativa de la inscripción de la cláusula de anatocismo, no permitiendo su acceso al registro.¹⁶

III.9. CLÁUSULA QUE RESTRINGEN AL HIPOTECADO SU FACULTAD DE USO DEL INMUEBLE PARA ACTIVIDADES LÍCITAS E INOCUAS O DE PROHIBICIÓN DE ENAJENACIÓN.

En virtud de esta cláusula la entidad bancaria limita las facultades del consumidor con el objetivo de mantener el valor de la garantía. Dicha cláusula se ha de considerar contraria al artículo 88.1 del TRLGDCU, como también ha hecho la jurisprudencia menor. (SJM, num. 9, Madrid de 8 de setiembre de 2011). La materialización de los efectos de dicha cláusula podría ser, si está inscrita en el Registro de la Propiedad la eventual impugnación del tráfico jurídico del inmueble o el vencimiento anticipado del préstamo. Por otro lado, si nos centramos en que ambas cláusulas limitan el poder de disposición del bien por el deudor hipotecante observaremos como «va directamente contra lo que es la causa de la hipoteca -causa únicamente de garantía y no de otorgamiento del dominio, que permanece en manos del hipotecante-» por lo que se reputaría su nulidad sin necesidad de recurrir a la normativa de protección de consumidores.

III.10. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

La LEC contempla la posibilidad de que por pacto se atribuya al acreedor la facultad de exigir el pago de la totalidad de la deuda por la falta de pago de alguno de los plazos, cuestión que fue discutida por el Tribunal Supremo antes de la LEC del 2000 dado que las cantidades que se reclaman no están vencidas en instarse la ejecución y la ley tan solo prevé la pérdida del beneficio del plazo para cuando el deudor resulte insolvente y la deuda no esté suficientemente garantizada (artículo 1129 CC), (STS 27 de marzo de 1999). Con la aprobación de la LEC de 2000, en especial con su artículo 693, el Legislador modificó dicha postura y obligó a entender los artículos 1125, 1127 y 1129 del CC como dispositivos.¹⁷ Las cláusulas de vencimiento anticipado plantean dos problemas fundamentales: si dicha cláusula no está inscrita pero consta en la escritura o en el contrato será efectiva y si las cláusulas de vencimiento anticipado pueden incorporar diferente causa de la de impago de algún plazo. En cuanto a la primera, resulta evidente la necesidad de que conste inscrita para la eficacia de dicha cláusula frente a terceros, más frente al deudor podrían surgir dudas respecto a su vinculación por su incorporación en el contrato. La DGRN en numerosas ocasiones¹⁸ estableció la necesidad de su inscripción para dotar a la cláusula de eficacia ejecutiva conforme al procedimiento de ejecución hipotecaria en base a los artículos 9 y 130 de la LH.

Respecto a la eventual incorporación de diferente causa de la de impago de alguna cuota debemos atender a la doctrina de la DGRN en cuanto permite su inscripción en el Registro de la Propiedad (si no consta inscrito no puede iniciar ejecución hipotecaria). En este punto debemos recordar que la calificación del examen de abusividad del clausulado también será conforme a las cláusulas abusivas de los artículos 85 a 90 que no requieren valoración de hechos. Veamos los dos tipos según sea por voluntad o no del deudor.

III.10.A. *Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones del deudor*

El Tribunal Supremo ha entendido que solo cabe ante el incumplimiento de una obligación de especial relevancia, de otro modo resultaría desproporcional; así estableció la necesidad de examinar cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación cuyo incumplimiento determina el vencimiento anticipado del préstamo o crédito. Podemos

observar dos opiniones contrapuestas de nuestro Tribunal Supremo. La primera declaraba la nulidad de dichas cláusulas por abusivas, cuando cause un desequilibrio injusto en los derechos y obligaciones de las partes, por cuanto quede en manos de la entidad prestamista la unilateral determinación de lo que constituye incumplimiento a efectos de resolución del contrato, (STS 27 de marzo de 1999) por contradecir el artículo 1124 del CC; por su parte, la segunda y mayoritaria este siglo, entendía su licitud cuando la cláusula de vencimiento anticipado se apoye en una causa justa y objetiva – verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo –, siempre que esta aparezca expresamente en el contrato, goce de la necesaria concreción, sea conforme con la naturaleza del contrato y tenga entidad suficiente como para fundamentar tan graves consecuencias. (SSTS 4 de junio de 2008, 2 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009 y 17 de febrero de 2011). Opinión acogida por la DGRN que ha declarado la validez y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de manera casuística.¹⁹ Veamos los diferentes tipos de incumplimiento por parte del deudor:

Por incumplimiento genérico. En este punto y los siguientes, podemos traer a colación lo expresado por el TJUE expuesto en el subapartado anterior. Esta cláusula ha sido declarada no inscribible por abusiva por la DGRN. Además, es contraria al principio de especialidad registral. En este supuesto parece realmente obvio que se deja al arbitrio de una de las partes entender la determinación de cuando hay un incumplimiento del contrato, suponiendo dejar al arbitrio de la entidad financiera la valoración de la gravedad del incumplimiento que el TJUE exige para la validez de dicha cláusula y que reserva a la actividad jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado. En esta cláusula se hace especialmente evidente su colisión con el artículo 1124 del CC que establece que son los Tribunales los que pueden declarar la resolución del contrato si considerasen de suficiente entidad el incumplimiento.

Por impago de una de las cuotas (tener presente el 129 LH). Podemos observar como la LH y la LEC prevé específicamente la incorporación de una cláusula con dicho contenido, de modo que en un principio se supuso que nuestro Legislador la consideraba conforme a la buena fe y que no causaba un desequilibrio importante, no siendo una cláusula abusiva. Por el contrario, el TJUE en la sentencia del caso Aziz ha entendido que el juez nacional ha de interpretar su abusividad comprobando que el incumplimiento es esencial y grave en relación a la duración y cuantía del préstamo y que el consumidor puede remediarlo.²⁰ Como consecuencia de ello en la Ley 1/2013 se prevé la posibilidad de incorporar una cláusula de vencimiento anticipado ante el incumplimiento mínimo del pago de tres cuotas. (Artículo 7.13 de la Ley 1/2013 de modificación del artículo 693 de la LEC). En dicho punto la Ley mantiene una notable diferencia respecto a los intereses de demora dado que no incorpora norma transitoria al respecto de modo que las cláusulas en las que se prevea el vencimiento anticipado por el incumplimiento de una sola de las cuotas tendrá la consideración de abusiva y, aun si no hubiera sido declarada abusiva en su día, no podrá comportar el inicio de un proceso ejecutivo dado que será inferior al mínimo exigido por la actual norma y las modificaciones realizadas en la LEC serán de aplicación a los procesos iniciados tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

Por impago de una prima del seguro. Esta cláusula tuvo acceso al Registro de la Propiedad por la inicial doctrina de la DGRyN a finales de los años noventa, de modo que permitía la cláusula de vencimiento anticipado si no se aseguraba la finca durante todo el periodo de tiempo de duración de la hipoteca sobre la base de la importancia que tiene el

seguro en la conservación de la garantía. Opinión acogida en primer momento por el Tribunal Supremo pero declarada abusiva con posterioridad (STS 16-12-2009). Conforme a la STJUE caso Aziz se debería valorar la gravedad del incumplimiento. En este caso no parece que sea el incumplimiento de una obligación esencial del contrato y si así lo entendiera el Tribunal debería darse opción al consumidor para que lo remediase, contratando otro seguro para los mismos riesgos. (Incluso se podría argumentar que ésta es una cláusula abusiva en virtud del artículo 88.1 por desproporción de la garantía impuesta respecto al riesgo asumido hasta no incurrir en los supuestos del artículo 1129 del CC.) Sin embargo, no es ésta la postura seguida por la DGRyN que la admite considerando que se trata de un gasto que goza de preferencia legal sobre el acreedor hipotecario, cuyo impago además determina un detrimento legal del bien.

Por impago de contribuciones. Se rechaza por la DGRyN por no especificarse cuáles hayan de ser éstas y ni siquiera concretarse a aquéllas cuyo pago quede garantizado con un derecho de preferencia respecto del mismo acreedor hipotecario.

Por denegación de la inscripción de la escritura pública de inscripción de la hipoteca. Dicha cláusula ha sido considerada abusiva por el Tribunal Supremo (STS 16 de diciembre de 2009), por considerar que, es de la entidad bancaria la carga de comprobar el Registro antes de suscribir el préstamo. Es de resaltar, que en dicha cláusula se hace especialmente evidente la vulneración de la regla general prevista en los artículos 1125 y 1127 del CC; produciéndose el vencimiento anticipado cuando el deudor no otorgue al acreedor las garantías a las que estuviese comprometido (1129.2º del CC), si la denegación de la inscripción fuere insubsanable y por causa imputable al deudor o subsanable y no la subsanare concurríamos en el artículo 1129.2º perdiendo el deudor el beneficio del plazo.

Por muerte del deudor. Dicha cláusula de vencimiento anticipado por muerte del deudor resulta habitual en las hipotecas inversas o en garantía de cuenta corriente dado que la muerte supondrá el cierre de la cuenta corriente pero resulta raramente establecida en los contratos de créditos o préstamos garantizados con hipoteca. El vencimiento que se deriva de dicha cláusula no deviene un vencimiento anticipado sino que deberíamos entender como persona seguro que llegará, momento en el que se devengara la amortización. (RDGRN 4 de noviembre de 2010). En caso de establecerse en los contratos de préstamo o crédito hipotecario hay que considerar que la cláusula de vencimiento anticipado en este caso, no podría tener entrada en el Registro de la Propiedad dado que supondría la afectación a un tercero de un periodo incierto de vencimiento de la obligación. Podría entenderse que se trata de una cláusula sorprendente las cuales no son per se nulas, por lo que su abusividad se debe examinar respecto a la definición principal del artículo 82 del TRLGDCU y la lista negra de los artículos 85 a 90 del mismo cuerpo legal. Así la validez de dicha cláusula supondría observar, como parte de la doctrina entiende, su validez, que la garantía del acreedor es el incentivo real para el deudor en pagar «si la finca sigue constituyendo su vivienda habitual, y no la de un inquilino al que no le importa el asunto» ni la finca en si. Discrepancia que ya había adquirido cierta relevancia en la discusión de la validez de la cláusula de vencimiento anticipado por arriendo de la finca y que el Tribunal Supremo no acogió, sentenciando conforme a la ineficacia del principio de purga en aquel caso.

Por embargo de bienes del deudor o su insolvencia. Dicha cláusula supondría excepcionar el artículo 1127 del CC y contravenir el 1129 del CC dado que con la hipoteca la deuda estaría garantizada con la mayor garantía que establece nuestro ordenamiento jurídico (a excepción de la responsabilidad universal del artículo 1911 del CC). La declaración de abusiva resulta, para evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario,

efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional -predisponente- para ejercitar la facultad resolutoria contractual.

En virtud de dicha cláusula restaría al arbitrio del profesional la facultad de resolución del contrato, subsumible como cláusula abusiva en los artículos 85 y 87 del TRLGDCU.

Por arrendar la finca o cualquier otra forma de disposición del uso de la finca. Esta cláusula había sido considerada válida en caso de que el arriendo fuera para uso de vivienda dado que la Ley de Arrendamientos Urbanos del 94 en su artículo 13 establecía la protección del arrendatario que no podía ser removido de su vivienda (si no incumple el contrato) por un periodo de 5 años; no operando el principio de purga de todas las relaciones jurídicas derivadas con posterioridad a la inscripción de la hipoteca. La DGRN, contrariamente a su anterior doctrina, declaró la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en caso de ineficacia del principio de purga.²¹ Con la Ley 4/2013 se modificó el artículo 13 de la LAU permitiendo actuar el principio de purga en todo caso, pero aquel arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca será respetado, como sucede con los derechos reales sobre la finca inscritos con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. Esta modificación conlleva la abusividad de dichas cláusulas de vencimiento anticipado dado que no supondría perjuicio alguno al acreedor hipotecario. También ha sido declarada válida la cláusula que establece el vencimiento anticipado en caso de producirse arriendos gravosos o dañosos. Entendiéndose por tales los que supone una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa (STS 16 de diciembre de 2009). Salvo estos dos eventuales contratos de arrendamiento que podrían perjudicar al acreedor hipotecario, otra cláusula que limite el poder de disposición sobre la finca del deudor por el acreedor ha sido declarada como cláusula abusiva por el TS y la DGRyN. Por otro lado, la constitución de un usufructo, un derecho de habitación, un arrendamiento distinto al de vivienda, no son oponibles al acreedor hipotecario cuya hipoteca fue inscrita con anterioridad a la constitución o inscripción (si el acreedor es de buena fe) de dichos derechos. La cláusulas que establecieran un vencimiento anticipado por la constitución de alguno de estos derechos son contrarias al artículo 86.7 por establecer la renuncia o limitación a los derechos del consumidor y al 88.1 por imponer al consumidor una garantía desproporcionada, así como por limitar la posesión del bien que en la hipoteca se mantiene en manos del deudor (hipotecado).

III.10.B. *Cláusula de vencimiento anticipado a voluntad del deudor (amortización anticipada).*

Es imprescindible apuntar que se produce una amortización anticipada cuando el deudor antes de llegado el plazo paga la deuda, mientras que el vencimiento anticipado es la reclamación por el acreedor de toda la deuda antes de la llegada del plazo. Respecto de la cláusula contraria a la estudiada en el apartado anterior, (CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R. y CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, D., 2016, 37) defienden la denegación de la inscripción de la cláusula de amortización anticipada a voluntad del deudor por ser una cláusula personal, pero con reparos dado que podría conllevar efectos para terceros. En principio parece una cuestión inter partes; si el deudor paga anticipadamente y dicho pago lo acepta el acreedor, procede la cancelación anticipada de la hipoteca. Sin embargo, a favor de la inscribibilidad se alega que puede permitir la oponibilidad de dicho pacto contra el adquirente o cesionario del crédito y también proporciona información al tercer adquirente de la finca a los efectos del pago de la deuda por tercero. Mediante la argumentación de la denegación de la inscripción de dicha cláusula podemos justificar la falta de reciprocidad de las cláusulas de vencimiento anticipado previstas en la mayoría de contratos de créditos o préstamos hipotecarios.

III.11. CLÁUSULA DE DEVENGO DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS DE TODAS LAS CUOTAS PENDIENTES ANTE UN VENCIMIENTO ANTICIPADO.

En virtud de dicha cláusula, la entidad financiera podía reclamar al deudor los intereses remuneratorios que corresponderían a las cuotas pendientes de pago en caso de vencimiento anticipado por cualquier causa. Ha sido considerada abusiva dado que supondría que se devengarán intereses de cuotas no vencidas. (STS 2 de noviembre de 2000). La jurisprudencia menor ha entendido que esta es una cláusula penal que puede ser objeto de moderación por los tribunales conforme al artículo 1154 del CC. Las entidades Financieras reaccionaron ante la nulidad de dichas cláusulas estableciendo comisiones por amortización anticipada.

III.12. CLÁUSULA DE VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS EN UNA AMORTIZACIÓN ANTICIPADA.

Dicha cláusula carece de eficacia dada la nulidad de la cláusula anterior, si estamos ante una amortización total de la deuda. En virtud de dicha cláusula, en caso de producirse la amortización anticipada se devengarían los intereses por el periodo que restaba para la llegada del plazo; suponiendo una cláusula penal al ejercicio de la facultad que se le atribuye al deudor en virtud del artículo 1211 del CC. En consecuencia, correría la misma suerte que la cláusula anteriormente analizada. Mayor problema podría conllevar dicha cláusula prevista para el caso de una amortización anticipada parcial. En este caso, podría considerarse que se estaría realizando una modificación unilateral del contrato que podría conllevar dejar al arbitrio de una de las partes el devenir del contrato, dado que el prestador (entidad bancaria) podría de facto poner fin al contrato, mediante una subida del tipo. En este caso sería de aplicación o reproducción la argumentación dada para la validez o abusividad de las cláusulas de interés variable.

III.13. CLÁUSULA DE VINCULACIÓN DEL PORVENIR DEL CONTRATO A TODO SU CLAUSULADO.

Dicha cláusula ha sido entendida por nuestro Tribunal Supremo como abusiva por ser contraria al artículo 83 del TRLGDCU que establece la nulidad parcial del contrato por la concurrencia de cláusulas abusivas, a diferencia de la invalidez o nulidad del contrato generalmente contemplada en caso de contradecir una norma imperativa (artículo 1300 del CC). En este punto podríamos traer a colación la argumentación realizada por el TJUE en contra de la integración del contrato cuando una cláusula de éste fuera declarada nula.

III.14. CLÁUSULA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE LA DEUDA IMPAGADA ANTE FALTA DE ACUERDO.

Mediante el pacto o cláusula de liquidez la entidad financiera se atribuye la facultad de determinar la cuantía de la deuda por la cual se inicia el procedimiento ejecutivo; dicho trámite es procesal y se encuentra específicamente permitido (pudiéndolo realizar un notario) por la LEC en sus artículos 573 y 574, por remisión del artículo 685.2 del mismo cuerpo legal. El TJUE en la sentencia del caso Aziz establece el necesario examen de si dificulta la defensa del consumidor; en dicho caso el juzgado de lo mercantil así lo considero por lo que la declaró abusiva. Se entendió entonces que la reclamación que verse sobre la cuantía de la deuda deberá ventilarse en el correspondiente proceso declarativo (artículo 698 de la LEC), por lo que la cláusula no será contraria a la buena fe mientras el procedimiento de ejecución

hipotecaria se mantenga en estos términos, siendo el propio procedimiento de ejecución hipotecario el que declaró el TJUE contrario al ordenamiento comunitario.

III.15. CLÁUSULA DE GARANTÍA DE LAS COSTAS PROCESALES.

Dicha cláusula consiste en introducir en la cuantía garantizada por la hipoteca las costas del proceso ejecutivo, hasta una determinada cantidad. El Tribunal Supremo (STS 16 de diciembre de 2009) ha entendido que será abusiva cuando establezca a cargo del deudor las eventuales costas del proceso que se siguiera derivado del incumplimiento por el prestatario y del ejercicio de la garantía hipotecaria, por ir en contra del artículo 394 de la LEC. En estos momentos se encuentra incorporado en el artículo 86.7 del TRLGDCU. Por el contrario, es válida la cláusula que establece que el bien hipotecado garantiza las costas procesales para el eventual caso de que el hipotecado fuera condenado a su pago (existiendo un límite máximo a dicha garantía) y que nunca puede ser englobado con los intereses ordinarios ni de demora.

IV.- MEDIDAS DE PROTECCION DURANTE LA VIDA DE LA MISMA Y APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

IV.1. LA REVISIÓN DE LA HIPOTECA.

Aproximadamente, el 90 % de las hipotecas españolas está sujeto a los tipos de interés variables y requiere la revisión para adaptarse a sus condiciones de pago de cuotas a plazos. Las de tipo fijo (mayoritarias, por el contrario, en Europa) no son consideradas competitivas y la banca no tiene predilección por ellas. En estos últimos casos, no serían necesarias las revisiones de las hipotecas.

¿En qué consiste la revisión de la hipoteca? La revisión de la hipoteca supone un mecanismo de adaptación a las condiciones contractuales de este producto financiero. Su contrato exige estas revisiones y, por lo tanto, no se trata de un trámite cuya celebración se pueda pactar entre bancos y clientes. La revisión de la hipoteca, en resumidas cuentas, se ha de producir periódicamente, debido a que las cuotas que se han de pagar están sujetas, por contrato, a modificaciones. Es decir, su cuantía depende de un tipo de interés variable.

¿Cuándo tienen que ser revisadas las hipotecas? Es una información que constará en el contrato de la hipoteca, por lo que, en cada caso, habrá que acudir a su contenido para asegurarse. En España, las hipotecas pueden ser revisadas cada seis meses o un año. Por otra parte, para saber exactamente cuándo se van a producir las próximas revisiones, hay que tener en cuenta la fecha en la que se firmó el préstamo y contar el semestre o año a partir de ella.

¿Qué datos se tienen en cuenta en la revisión de la hipoteca? Hay que valorar, en el cálculo asociado a la revisión de la hipoteca, los siguientes indicadores: Capital que resta por pagar, tras haber sido cobrado el recibo relativo a la última revisión. La media mensual del tipo de interés variable (sobre todo, el Euribor) se aplicará sobre la cantidad del anterior guión (más el diferencial pertinente). Y los años de hipoteca que quedan de plazo. Por último, hay que remarcar que el banco no requiere la participación del cliente para recalcular la revisión de la hipoteca.

IV.2. APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

Las recientes sentencias del TJUE, así como las crecientes cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros Tribunales, han llevado a la consecuencia jurídica de que se estén reclamando en vida de hipotecas pendientes de amortizar las reclamaciones derivadas de dichas resoluciones judiciales.

El comienzo de la devolución de las cláusulas suelo, así como la sentencia del TJUE de 16 de Diciembre de 2016 en que se establecía la devolución con carácter retroactivo de los importes indebidamente cobrados por cláusulas abusivas en materia de contratación de préstamos hipotecarios, puede hacer pensar que nos hallamos ante un especial mecanismo de protección a la parte más débil en la contratación hipotecaria, en línea con la máxima in dubio pro consumidor. Ahora bien, la reciente Jurisprudencia Europea en esta materia ha perjudicado también a los usuarios, puesto que en la actualidad se han endurecido las condiciones para el acceso al crédito hipotecario con la desaceleración económica que ello supone para la economía de un país. Han aumentado los productos financieros referidos a un tipo fijo, que habitualmente son más caras en el conjunto del negocio que las negociadas a un interés variable. Se examina con mucho más detalle el perfil del deudor y se minimizan los riesgos por parte de las entidades bancarias, puesto que el privilegio de la ejecución hipotecaria para el acreedor ha visto endurecidas las condiciones en los casos de vivienda habitual, incluso la paralización de las mismas, adjudicaciones con alquileres sociales forzosos para el adjudicatario, renegociaciones de deuda en casos de personas con riesgo de exclusión social...todas estas circunstancias llevan aparejadas además el establecimiento de vinculaciones de productos de forma obligatoria al contratar el préstamo garantizado con hipoteca, tarjetas de crédito/débito, planes de pensiones, seguros de vida, libretas de ahorro, seguros de hogar...etc. Todo ello teniendo en cuenta que los mecanismos que hoy nos pueden parecer que defienden al consumidor pueden tener el doble filo de estar preconstituyendo una prueba en su contra para procesos futuros.

Por otro lado, hay que destacar que el mismo día en que se dictó la referida sentencia por el TJUE, la Defensora del Pueblo publicó en la página web del Defensor del Pueblo y emitió un comunicado en los medios de comunicación en que solicitaba que se articulara un procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras por las cláusulas suelo que impidiera el colapso de los Juzgados y Tribunales de Justicia. Así mismo, el Banco de España realizó un primer cálculo estimatorio de las devoluciones de aproximadamente cuatro mil millones de euros a cargo de todo el sistema financiero español, recomendando comenzar a provisionar las partidas necesarias.

Ante esta situación el Gobierno de la nación decidió articular un sistema de devolución obligatorio para los bancos en cuanto a la atención y a los plazos, basado en una mera reclamación por escrito presentada en el banco por el usuario afectado por cláusulas abusivas, quedando abierta la vía judicial en caso de desacuerdo de las partes, a través del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, a través del cual establece una serie de medidas que pretendían agilizar las devoluciones, simplificar los trámites e impedir el colapso judicial, objetivos los cuales no han sido cumplidos como posteriormente veremos.

V.- DIAGNOSTICO DE LA SITUACION Y PUNTOS DE MEJORA.

Innovar es resolver un problema real, que existe, aunque a veces la gente no sabe que lo tiene. En ocasiones sólo se entiende un problema a medida que empieza a resolverse o sólo existe la sospecha de que hay un problema a resolver. (PÉREZ-BREVA, 2017, 23)

La técnica de análisis DAFO ayuda a plantearnos las acciones que deberíamos poner en marcha para aprovechar las oportunidades detectadas y eliminar o preparar al Ordenamiento

Jurídico Hipotecario para detectar amenazas, teniendo conciencia de nuestras debilidades y fortalezas.

Fijada la situación inicial, hemos de articular los objetivos. Dichos objetivos en nuestro caso han de redundar siempre en una mejor y más eficiente prestación del servicio a los usuarios fortaleciendo la seguridad jurídico-preventiva.

A través del modelo de matriz DAFO analizamos como sus siglas indican Debilidades-Fortalezas y Amenaza-Oportunidad.

La Jurisprudencia del TJUE señaló que nuestra Legislación hipotecaria era contraria al principio de efectividad del Ordenamiento Jurídico Europeo, puesto que el consumidor no podía alegar la existencia de cláusulas abusivas en ningún momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y basó su argumento a mayores en la residualidad de la utilización de la anotación preventiva de demanda de nulidad de hipoteca, (si bien en este último aspecto hay que criticarle que nunca ha facilitado ni la fuente de información, ni el número de procedimientos tenidos en cuenta para declarar tal carácter residual), esto como hemos visto llevó consigo una serie de reformas en nuestra Legislación y es a partir de la situación actual de la que parte este análisis.

Como Debilidades internas y Amenazas externas paralelamente con sus Fortalezas y Oportunidades del sistema Hipotecario Español cabe señalar a lo largo de las fases del préstamo las siguientes:

- En la negociación, hay que tener en cuenta que el hipotecante lo que quiere y por lo que se mueve es por su deseo de acceder al crédito y contar con una financiación para un proyecto concreto. Esto provoca que acceda a prescindir de trámites que puede considerar “innecesarios” o “dilatatorios”, una vez aprobada por el banco la concesión de financiación quiere el dinero cuanto antes. Así en la actualidad, se exige en el otorgamiento de escrituras de préstamo hipotecario hacer constar por el Notario expresamente el derecho que asiste al consumidor de tener a su disposición durante tres días hábiles anteriores al otorgamiento el borrador de escritura conforme a la oferta vinculante con la FIPER en la Notaría, para su examen y para tener meditada la decisión de endeudamiento. Pues bien, esta medida, está siendo anulada de facto en la práctica notarial española ya que encontramos escrituras en las que se manifiesta que “el deudor renuncia en este acto al derecho que le asiste de poder examinar durante tres días en la notaria la escritura de préstamo hipotecario...”. En este mismo sentido dentro del deber de debida información, la declaración manuscrita que se explica con anterioridad es un sistema de traslación de responsabilidad al consumidor un tanto absurdo y desde mi punto de vista absolutamente incompatible con el sistema de derecho real que constituye la hipoteca. Una característica esencial del derecho real es su transmisibilidad, en los casos objeto de declaración manuscrita, cláusulas suelo, limitación a la variabilidad de los tipos de interés o moneda extranjera como tipo referido, no cabría la inscripción de estas cláusulas ni aún con la declaración manuscrita puesto que de darse el caso de subrogación o transmisión de la deuda, ¿qué efectos jurídico reales se pueden atribuir a una declaración manuscrita y realizada por una persona (con toda la subjetividad en la apreciación y conocimiento) que ello conlleva? Declaración que no se hace constar en la inscripción, ¿cómo va a ser ejecutable ni trasladable una cláusula basada en un conocimiento personal, subjetivo y de comprensión matemático-financiera de un sujeto en cuestión? Lo que nos lleva a una reflexión sobre la educación del consumidor hipotecario, se trata simplemente de valorar si las medidas adoptadas en esta nueva norma (Ley 1/2013) en lo que respecta a la denominada “fase de comercialización”, resultan o no eficaces para la protección del consumidor, conforme a lo preceptuado en el artículo 51.1 de la Constitución Española. A este respecto, se puede reflexionar sobre diversas cuestiones, como la relativa a desde cuándo resulta necesaria esta educación financiera, en el sentido de no esperar a un endeudamiento del nivel cuantitativo que es habitual en el ámbito hipotecario para adquirirla.

Debe recordarse que el consumidor puede llegar a padecer una situación de sobreendeudamiento con la simple firma de créditos al consumo (que no exigen garantía hipotecaria), entre los que cabe destacar los que tienen por objeto la financiación de la enseñanza universitaria, ámbito en el que ya empiezan a surgir importantes situaciones de impago que pueden lastrar el futuro financiero de estos consumidores. Sobre la interesante perspectiva educativa, cabe preguntarnos: ¿Llegará la educación financiera a las clases de colegios e institutos? Y en relación con la consecuente información sobre la conducta financiera, ¿Qué nos parecería que todos los bancos pudieran conocer nuestro currículum financiero?

La segunda debilidad en esta etapa es la necesidad de información veraz y exacta sobre el estado de titularidad y cargas de la finca en el mismo instante en que se firme la hipoteca. La posibilidad de pedir una nota simple informativa del Registro antes del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario no excluye la posibilidad de que accedan cargas en el lapsus de tiempo que medie hasta su presentación. Esta debilidad del sistema hipotecario, esencial para la seguridad en el tráfico económico, es solventada mediante la posibilidad de la petición de información continuada, así y desde una postura de fortaleza el Registro suministra a los Notarios que las soliciten notas de información continuada relativas a una finca en cuestión. Pero desde la óptica de la variable de Oportunidades se revela la necesidad de desarrollar e implementar de una forma definitiva la posibilidad por parte de los Notarios de solicitar una especial información en tiempo real al Registro de la Propiedad, el llamado “acceso a los libros del Registro”, posibilidad ya prevista y ordenada por el art. 221 de la LH y que ha de ser puesta en práctica, realizándose siempre y en todo caso por el Registrador un tratamiento de la información que custodia y certifica, para ponerla a disposición del Notario peticionario en un repositorio informático especial previsto a tal efecto. De tal modo que al tiempo del otorgamiento y no sólo en el de la preparación del documento, se pudiera consultar en tiempo real el estado de cargas de la finca objeto del negocio, así como la existencia de documentos presentados en el Registro relativos a la misma, pudiendo ser así presentado telemáticamente ganando la prioridad a continuación de su otorgamiento para evitar distorsiones en los elementos de la contratación.

Otra debilidad de nuestro sistema se encuentra en la no obligatoriedad de certificar del libro de Incapacitados a la hora de emitir una certificación de dominio y cargas, incluso de sus asientos no vigentes. Esta idea que puede parecer absurda tiene su explicación lógica, por ejemplo y entre otros, en la propia Ley de Sociedades de Capital que viene estableciendo de forma imperativa la prohibición de tomar dinero a préstamo en determinados casos, (si existe un convenio con facultades intervenidas ex art. 137, en caso de sentencia de calificación culpable existe prohibición de administrar bienes ajenos y si es administrador de una sociedad no puede pedir préstamos para ella ex art. 172.2, así como en caso de exoneración del pasivo insatisfecho –“segunda oportunidad deudor persona física”- vid. 178 bis). De tal manera que constando ya el concurso cancelado en el Libro de Incapacitados en el caso de personas físicas, puede darse la situación de que una persona incumpla dicha prohibición sin control ni publicidad ninguna de esta situación, teniendo aquí una carga de tipo personal que desde el Registro se podría comprobar perfectamente si al emitir una certificación de cargas no sólo se certificara de las cargas reales de la finca sino también del propio libro de incapacitados de forma obligatoria, ya que de su examen podemos encontrar auténticas cargas personales como limitaciones de disposición o gravamen por parte del titular Registral.

Y continuando en este mismo nivel de análisis de Oportunidad, sería también deseable rescatar la incorporación al Registro de la Propiedad del libro de incapacitados Central, de forma similar al de concursados central en el Registro Mercantil.

En la actualidad cuando se declara a una persona incapaz, se debe ordenar la inscripción de la resolución en el Registro Civil y en el de Propiedad si el incapaz tuviera bienes a su nombre.

Esta toma de razón no se practica de oficio, así el art.755 LEC²² configura esta toma de razón a petición de parte. Lo habitual es que cuando se realiza algún acto dispositivo en nombre del presunto incapaz se comprueben los requisitos documentales que se acompañan al título debidamente protocolizados. Afecta gravemente en situaciones de privación de patria potestad, bienes adquiridos a título gratuito por un menor en que se excluye expresamente de la administración a quienes en situaciones normales la ostentarían...etc.

Así una vez calificado el documento la inscripción se practica en el Libro de Incapitados del Registro en cuestión. El Libro de Alteraciones en las Facultades de Administración y Disposición, introducido por RD 4 IX 1998, se suprimió por STS 31 de Enero 2001 por extralimitación reglamentaria, recobrando vigencia el Libro de incapitados.

- En la fase de la constitución de la hipoteca, mediante su presentación en el Registro de la propiedad, la mayor debilidad en nuestra función calificatoria la encontramos en el artículo 12 de la Ley hipotecaria. A través de su última reforma dicho artículo permitió que accedieran al folio registral las cláusulas de contenido financiero mediante su mera "transcripción", pudiendo solamente calificar aquellas cláusulas de eficacia jurídico-real y no las consideradas meramente "obligacionales", llegando a imponerse este criterio por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado. Criterio que actualmente es radicalmente opuesto, puesto que la sociedad y la práctica jurídico-económica ha demostrado como la labor de calificación del documento de los Registradores al impedir el acceso al folio registral de cláusulas de vencimiento anticipado o intereses de demora abusivos, intereses usurarios...etc, da como resultado que en aplicación del art.130 de la LH, no se puedan reclamar en el proceso de ejecución hipotecaria más que los extremos del título notarial recogidos en la inscripción por el Registrador al practicar el asiento.

Otra debilidad en la constitución de la hipoteca es que en la práctica habitual la escritura es presentada por el Banco (al que se le devuelve tras su inscripción y despacho correspondiente) y al ser la primera copia el título ejecutivo, esto es lo que inicialmente se presenta para la ejecución solicitándose a continuación la certificación del Registro de la Propiedad correspondiente para determinar qué elementos y cláusulas pueden ser objeto de ejecución (los recogidos en la inscripción). Al devolverse este título a la Entidad financiera el particular no tiene conocimiento durante la vida de la hipoteca de qué cláusulas y cuáles no han accedido al Registro, así como el posible carácter abusivo o usurario de algunas de ellas. Lo habitual es que los deudores paguen, este es el medio habitual de extinción de la obligación contraída con el préstamo hipotecario y el fin de la hipoteca suele practicarse a través de su cancelación por pago de la obligación garantizada. Pues bien, así las cosas, parece que el deudor que paga es menos protegido por nuestro ordenamiento que el incumplidor, al que en fase de reclamación ejecutiva el banco no puede cobrar las cláusulas que no hayan accedido al Registro de la Propiedad, mientras que el que cumple suele pagar todo lo que contrata. La Fortaleza que tiene el sistema hipotecario con la calificación del Registrador que permite no inscribir determinadas cláusulas del préstamo hipotecario pero accediendo los elementos esenciales de la Hipoteca ponen de relieve a nivel de Oportunidad, la ventaja para los usuarios y para la seguridad del tráfico la posibilidad de que la nota de despacho del documento una vez inscrito el negocio jurídico de préstamo hipotecario adoptara obligatoriamente la forma de certificación y esta fuera notificada de forma obligatoria no sólo al presentante (que suele ser el Banco como hemos señalado), sino también al prestatario para que pueda tener un efectivo conocimiento de cuáles han sido las cláusulas objeto de denegación y los motivos jurídicos de dicha exclusión del ámbito registral.

- En esta etapa, también ayudaría a la labor bancaria, notarial y registral, que se realizara una correcta regulación y un impulso como institución del Registro General de Cláusulas de Contratación. La debilidad en esta materia viene principalmente determinada por la falta de

inscripción de las cláusulas declaradas nulas por abusivas por los Jueces y Tribunales, lo que conlleva su escasa consulta y trascendencia, convirtiéndose en un Registro sanador de facto de cláusulas que puedan inscribir los predisponentes en el mismo exonerándoles de responsabilidad, perdiendo la vertiente sancionadora por la utilización de cláusulas inscritas declaradas como abusivas o nulas. Además dicho Registro debería de configurarse de una forma más amplia y eficaz, en cuanto a la búsqueda de las cláusulas inscritas, la búsqueda predeterminada tal y como lo está en la actualidad (a través de la web de registadores.org mediante el apartado de registro electrónico) basada en la búsqueda del predisponente o del oferente para los particulares, se ha revelado como un mecanismo poco ágil e ineficiente: Sería deseable la posibilidad de una búsqueda listada de cláusulas nulas junto con sus fundamentos jurídicos de nulidad, así como un listado de resoluciones judiciales en la materia y de la DGRyN. Así el Consejo General del Notariado en una bienintencionada iniciativa, pero excediendo de sus funciones y sin reglamentación alguna, ha creado de facto un organismo a través de una web llamado OCCA (órgano de control de cláusulas abusivas) revelándose como un índice de las mismas, junto con múltiples enlaces a organismos defensores de consumidores e información sobre resoluciones y jurisprudencia en la materia. Dicho índice no puede, ni debe sustituir al RCGC. A mi modo de ver, la reforma de dicho Registro pasa por la posibilidad de certificar de las cláusulas inscritas en el mismo por parte de los Registradores a la hora de practicar la calificación del documento informando además a los usuarios en la nota de despacho de que el coste de dicha certificación del RCGC corresponde a la Entidad que haya pretendido utilizarla, provocando así una autocontención en su utilización por parte de las Entidades Financieras.

En esta misma fase, en relación a la manifestación de la circunstancia de tratarse de vivienda habitual o no, como debilidad detectada el artículo 21-3 de la LH²³, incurre en una grave incorrección técnica ya que la presunción del carácter habitual de la finca gravada a efectos de ejecución hipotecaria deriva, en realidad, no de la constancia de dicho carácter en la escritura de constitución de hipoteca, sino en la correspondiente inscripción registral, y ello por aplicación del artículo 130 de la LH, según el cual la ejecución directa sólo podrá basarse sobre aquellos extremos del título que se hayan recogido en la inscripción, y por la eficacia que la certificación registral de dominio y cargas a que se refiere el artículo 688 de la LEC tiene en el ámbito de la ejecución. (VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. 2013,1). Además, debe tenerse en cuenta que el carácter o no de vivienda habitual puede ser modificado en una escritura posterior de novación o confeccionada expresamente para ello por las mismas partes, o indicado expresamente por un tercer adquirente en la escritura de compra de la finca al subrogarse pasivamente en la hipoteca, o señalado por el propio deudor y un nuevo acreedor (que no dispone de la escritura de constitución y que no debe aportarla en caso de ejecución conforme el artículo 6 de la Ley 2/1994) en la escritura de subrogación activa en el préstamo hipotecario, etc. Es decir, sólo la constancia registral del indicado carácter habitual reflejado, a su vez, en la correspondiente certificación de dominio y cargas puede tener desde la lógica jurídica ese efecto presuntivo, ya que siempre constituirá prueba en contrario, a los efectos de la ejecución, de lo que se indique en la escritura de formalización de la hipoteca.

- Una vez inscrita la hipoteca en el Registro, también es susceptible de modificaciones a través de mecanismos como la novación, la subrogación, posposiciones de rango...etc. Estos mecanismos se encuadran dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, pero en la actualidad también se ha acudido al mecanismo de la novación para realizar modificaciones en las hipotecas que contenían cláusulas abusivas para adaptarlas a las novedades establecidas jurisprudencialmente en la materia. Una de las grandes debilidades en esta materia, es la gran cantidad de renegociación hipotecaria que se está produciendo al margen del Registro de la Propiedad con la inseguridad jurídica que ello conlleva. Aunque la

novación es una modificación jurídico-hipotecaria, los bancos están negociando en documento privado con sus clientes la supresión de cláusulas abusivas de sus préstamos hipotecarios junto con la devolución de las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de las mismas. Es una gran debilidad del sistema que se está creando por una muy mala práctica bancaria, bajo la excusa de abaratar costes a corto plazo, pero que puede llegar a generar graves situaciones de inseguridad jurídica en el futuro. Un nivel de Oportunidad se pudo desarrollar en el ámbito del RD-ley1/2017. Se podría haber articulado un sistema de devolución de las cantidades mediante un acto de conciliación permitido por el art. 103 bis de la LH ante el Registrador, no tienen porqué comparecer de forma simultánea las partes, sino que el consumidor puede solicitar del Registrador que examine su caso, hipoteca inscrita y título, si se dan las circunstancias necesarias para la devolución y tras el cálculo de las cantidades correspondientes, otorgándose el acta de conciliación y practicándose una inscripción de novación unilateral pendiente de aceptación por el acreedor hipotecario en la que se suprimieran las cláusulas abusivas y se minorara del principal las cantidades objeto de devolución. Dicha inscripción se notificaría al acreedor para su examen y si procede, su declaración de aceptación, convirtiéndose así en inscripción definitiva, quedando novada la inscripción en el Registro y detraídas las cantidades indebidamente cobradas sin tener que provisionar las entidades financieras cantidades astronómicas. De no resultar la aprobación por parte del banco quedaría siempre expedita la vía judicial. Pero no se optó por esta vía, sino por dejar el cálculo, el objeto y el fondo de la reclamación en manos de los bancos directamente sin la intervención de ningún mediador externo que en función de parte conciliadora pudiera evaluar la posibilidad de éxito de la reclamación para realmente evitar los costes judiciales. Así en el mes de Julio de 2017 se hacía constar por la Asociación de consumidores y usuarios de bancos el fracaso del sistema de reclamación, puesto que los bancos habían denegado un 80% de las reclamaciones presentadas por los particulares, obligándolos a asistir a la vía judicial. No parece lógico que la devolución de importantes cantidades declaradas indebidamente cobradas por el TJUE se articule por un mecanismo de autocomposición en el que la parte que decide la devolución es el banco que se haya en una situación habitual de superior poder de negociación. Tiene más sentido acudir a un sistema heterocompositivo con un tercero experto en la materia que, examinando cada caso particular proceda a la conciliación de la controversia como el propuesto.

- En la fase final de la hipoteca, a través de su cancelación bien por pago o por adjudicación en procedimiento judicial o notarial, la calificación del Registrador reviste una importancia fundamental en esta última materia ejecutiva. Los procedimientos de venta extrajudicial ante Notario, así como los judiciales de ejecución hipotecaria, comienzan con la expedición de la certificación registral de la hipoteca inscrita para poder determinar qué es lo que puede o no, ser objeto de reclamación. Tras la sentencia Aziz, nuestro ordenamiento hipotecario fue modificado en este aspecto para que tanto el Notario en el supuesto de venta extrajudicial del bien hipotecado, como el Juez (a petición de parte) en el procedimiento de ejecución hipotecaria puedan plantear la posibilidad de existencia de cláusulas abusivas en la hipoteca inscrita. El notario puede informar al consumidor para que acuda a la vía judicial para la declaración de abusividad y consecuente nulidad de las mismas paralizando el procedimiento conforme establece el art. 129.2.f) de la LH.²⁴ Esta aparente fortaleza del sistema es consecuencia de la debilidad del art. 12 de la LH que comentamos con anterioridad, si la calificación hubiera sido siempre completa por el Registrador este tipo de cláusulas no habrían accedido al Registro y no se hubiera planteado el carácter de la contrariedad de nuestro Ordenamiento jurídico hipotecario al principio de efectividad del Ordenamiento Jurídico Europeo. Solución que no sólo evita pagos improcedentes a los consumidores cumplidores, sino que, además ahorra y suprime trabas, costes procesales añadidos y dilaciones innecesarias en los procedimientos de realización de la garantía hipotecaria.

Llegados a este punto cabe preguntarse si en este orden de cosas no habría de ser más lógico que el título ejecutivo fuera directamente la certificación hipotecaria que recoge ya los extremos del documento notarial en la inscripción y que siendo realmente la certificación la que determina el ámbito material de la reclamación, no se comprende que en el ámbito formal se circunscriba al contrato notarial del préstamo.

Tendríamos así un recorrido perfecto, ab initio en la calificación se excluyen las cláusulas abusivas o usurarias, se certifica del despacho e inscripción del documento justificando jurídicamente la no inscripción de cada una de las cláusulas denegadas y certificando a costa del banco de las inscritas en el RCGC (habitualmente se solicita la inscripción parcial en caso de calificación negativa de alguna cláusula que no afecte a la esencia del negocio jurídico en cuestión) y dicha calificación que habría de comunicarse obligatoriamente no sólo al presentante sino también al deudor sea o no hipotecante, y al hipotecante siempre, sería el título ejecutivo que en caso de incumplimiento va dar forma, fondo y contenido a la realización del derecho de hipoteca y en caso de pago por cumplimiento también.

Se podría argumentar que los títulos no deberían llegar con cláusulas abusivas ya que el Notario ha de velar por la no utilización de las mismas en los contratos, pero el ámbito y entorno de la función de la legalidad y fe notarial son completamente distintos de la función jurídico preventiva registral. Si el Notario extrae de las hipotecas cláusulas que puedan ser dudosas en cuanto a su abusividad, obliga a que se cumpla el derecho que asiste al deudor a que durante tres días se encuentre el documento notarial redactado conforme a la oferta vinculante y con la FIPER incluida, aplica normas relativas a la usura en cláusulas no referidas en la propia Ley (como realiza la función Registral)... todo esto conllevaría que el banco, que es quién en la práctica determina de facto el trabajo con un Notario en cuestión, puesto que el particular aunque puede, suele ir al que le dice el Banco, decidiera cambiar a otro Notario. En el Registro el principio de territorialidad de la demarcación de los Distritos Hipotecarios imposibilita estas posturas y maniobras. El Registrador califica de una forma independiente, sin presión externa de otros operadores y presidido por el principio de legalidad y responsabilidad personal. Sumando a estos factores el hecho de que la intervención Notarial es un preliminar de la formación del negocio jurídico estudiado, puesto que la inscripción de la hipoteca es constitutiva y el inicio de la misma al tráfico y a la vida económica comienza con la inscripción, hemos de concluir que si hacemos más robusta y amplia la calificación del Registrador en este ámbito y dotamos de cierta ejecutividad a la certificación registral será una verdadera oportunidad de fortaleza para el sistema y no una debilidad que siempre puede llevar aparejada la amenaza, como hemos sufrido de pagos indebidos por las cláusulas abusivas y onerosas que accedieron en épocas pasadas y gastos, costes, perjuicios económicos, trabas y retrasos innecesarios que se sufren en la actualidad.

VI.- CONCLUSIONES

I.- El principio de que en el Ordenamiento Jurídico Español la existencia de las cláusulas abusivas debe ser apreciada por todos los operadores jurídicos que tengan una intervención directa en la formación, nacimiento y ejecución de los contratos con consumidores, tiene una impronta y fuerza potencial en el ámbito de la calificación jurídico-preventiva que aporta el Registro de la Propiedad mayor que en otros operadores jurídicos.

II.- Las numerosas sentencias dictadas en materia de abusividad en materia de préstamos hipotecarios a producido también una distorsión en el mercado dificultando el acceso al crédito por parte de los consumidores. El tráfico económico ha de tener unas reglas claras y

estructuradas y tendentes a perdurar en el tiempo para la seguridad en la contratación y la confianza en la inversión, factores clave en el desarrollo y crecimiento económico de un país. No genera confianza el que en un lapso temporal de dos años la cláusula de vencimiento anticipado sea válida primero por impago de una cuota, después por tres cuotas o impago equivalente a tres mensualidades y ahora se trata de un porcentaje de la totalidad del crédito, un impago del 2% o 4% del crédito (y aunque se equipare a bloques de cuotas/mese como hace el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario puede ser válido con una inflación como la actual de 2 puntos ¿y si dentro de quince años es de ocho o de quince? ¿valdrá igual como suficiente impago?

III.- Entre las cláusulas incorporadas en los contratos de préstamos hipotecarios hemos podido observar que es habitual la inclusión de cláusulas abusivas.

Entre las cláusulas analizadas podemos afirmar que el Legislador ha incorporado en la llamada lista negra las cláusulas de fijación de los intereses o modificación de ellos unilateralmente por la entidad financiera, de redondeo al alza.

También nuestros tribunales han considerado abusivas las cláusulas de intereses moratorios de más de tres veces (o dos veces y media) el interés remuneratorio o el interés legal, la cláusula suelo, la de vencimiento anticipado por impagos o incumplimientos no sustanciales (de una cuota, de la prima del seguro, la denegación de la inscripción de la hipoteca o por muerte o insolvencia del deudor), el devengo de los intereses remuneratorios por las cuotas pendientes en caso de vencimiento anticipado de la deuda, la cláusula de variación del tipo de interés en una amortización anticipada, la cláusula de vinculación del porvenir el contrato a todo su clausulado (aunque también debería ser declarada nula por las disposiciones generales del derecho), la cláusula de liquidación unilateral de la deuda impagada ante falta de acuerdo (si generare indefensión), la cláusula de garantía de todas las costas procesales.

IV.- Por el contrario, los tribunales han considerado no abusivas y sometidas al régimen de incorporación prevista en la LCGC la cláusula de compensación de deudas con depósitos en la misma entidad. Restaría un tercer grupo que serían las cláusulas nulas por el régimen general como son la cláusula de cómputo de los intereses anuales y luego dividirlo por mensualidades, las cláusulas que limitan el uso o disposición del inmueble hipotecado, la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento genérico por el deudor. Y por otro lado, se han eliminado ya en estos últimos años las dudas en algunas sobre su abusividad como son la vinculación del préstamo a la contratación de un seguro de daños de la propia entidad o aseguradora asociada o por amortización anticipada, la cláusula de cómputo distinto entre los días del año para la cuantificación de los intereses y para su devengo, la cláusula de anatocismo y los intereses usurarios en relación a la mora.

IV.- La reforma de la Ley Hipotecaria debe de suprimir la limitación y constricción a la calificación del Registrador que supone el art. 12 de la misma, para favorecer la protección de oficio, sin necesidad de petición de parte, bajo el principio de legalidad y con plena independencia de los consumidores y usuarios por parte del Registrador, dando así cumplimiento al mandato imperativo del art. 51 de la CE.

V.- En materia hipotecaria se debe fomentar en los presentes y futuros conflictos socio-económicos del país, la labor no sólo de calificación sino también de mediación de los Registradores de la Propiedad, profesionales del derecho en la materia, cualificados para la labor y custodios e intérpretes eficaces de los datos relativos a toda clase de hipotecas inmobiliarias, mobiliarias y productos de financiación. Articulándose sistemas abiertos que

permitan al Registrador certificar directamente del acta de conciliación para servir dicha certificación como título válido para la inscripción/novación.

VI.- Para proteger al deudor cumplidor debería de ser obligatorio que la nota de despacho fuera una certificación registral la cual se notificara no solamente al presentante, sino también al deudor. La certificación expedida para los procedimientos de realización de la garantía hipotecaria tanto notariales como judiciales, debería ser el título ejecutivo, ya que sólo se puede reclamar los extremos del contrato recogidos en el folio registral.

VII.- Es absolutamente necesario realizar una reforma del RCGC, estableciendo la obligatoriedad de certificar del mismo al calificar las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios por parte de los Registradores y repercutiendo su coste a la Entidad bancaria que las utilice, para provocar así una contención y restricción en su utilización, ya que serán conectoras de que les supondrá un coste fijo ab initio y no accederá al Registro.

VIII.- El procedimiento de ejecución hipotecaria en los casos de vivienda habitual si bien ha de articularse de forma protectora y cuidadosa por el objeto especialísimo como es la vivienda, no debe de ser más complicado y obstructivo para el acreedor que el procedimiento de ejecución ordinaria por impago de deudas, pues nos arriesgamos a vaciar de valor la garantía hipotecaria como mecanismo cercano de acceso al crédito y financiación, en la que es la principal inversión de la vida del ciudadano medio como es su vivienda. Debe de corregirse en este sentido el art. 21.3 de la LH en cuanto a su redacción en esta materia, debiendo ser la obligatoriedad de la constancia de dicha circunstancia el asiento registral.

IX.- Se debe de incluir en las vías curriculares de los centros educativos de Primaria, Secundaria y Bachiller, una educación no sólo del consumidor en general sino del bancario y financiero en particular a través de áreas curriculares cercanas en la materia. También se debería incluir dentro de las buenas prácticas bancarias y de los códigos éticos suscritos por las Entidades financieras la realización al consumidor de test o pruebas de conocimientos y comprensión real de los productos y de la información que se les ofrecen, en consonancia con la normativa europea.

X.- La relación y casuística concreta de cláusulas abusivas y usurarias en los préstamos hipotecarios está formada en su gran mayoría por el rigor en la labor de calificación independiente de los Registradores. La importancia que tienen las Resoluciones de la DGRyN y las sentencias judiciales en materia de calificación, en cuanto que se inicia la posibilidad de recurso por parte del Banco o del interesado, articula la labor creadora de la determinación exhaustiva y relacionada de dichas cláusulas evitando así su utilización posterior en los contratos.

VII.- INDICE

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE 5 de febrero de 1962 asunto nº 26/62, caso *Van Gend en Loos*.

STJCE 15 de julio de 1964, asunto nº 6/64, caso *Costa / E.N.E.L.*

STJCE 6 de octubre de 1970, asunto nº 9/70, caso *Grad*.

STJCE 17 de diciembre de 1970 asunto nº 33/70, caso *Spa SACE*.

STJCE 14 de diciembre de 1971 asunto nº 43/71, caso *Politti*.

STJCE 4 de diciembre de 1974, asunto nº 41/74, caso *Van Duyn*.
STJCE 8 de abril de 1976 asunto nº 43/75, caso *DefrenneII*.
STJCE 8 de abril de 1976, asunto nº 48/75, caso *Royer*.
STJCE 29 de noviembre de 1978, asunto nº 21/78, caso *Delkvist*.
STJCE 5 de abril de 1979, asunto nº 148/78, caso *Ratti*
STJCE 27 de marzo de 1980, asuntos nº 66/79, 127/79 y 128/79, caso *Salumi*.
STJCE 19 de enero de 1982, asunto 8/81, caso *Becker*.
STJCE 10 de abril de 1984, asunto nº 14/83, caso *Von Colson y kamann*.
STJCE 26 de febrero de 1986, asunto nº 152/84, caso *Marshall I*.
STJCE 4 de diciembre de 1986, asunto nº 71/85, caso “*Países Bajos*”.
STJCE 5 de octubre de 1988, asunto nº 210/87, caso *Padovani*.
STJCE 22 de junio de 1989, asunto 103/88, caso *Fratelli Costanzo*.
STJCE 12 de julio de 1990, asunto nº 188/89, caso *Foster*.
STJCE 13 de noviembre de 1990, asunto nº 106/89, caso *Marleasing*.
STJCE 19 de noviembre de 1991, asuntos nº 6/90 y 9/90, caso *Francovich*.
STJUE 16 de julio de 1992, asunto nº 187/91, caso *Belovo*.
STJUE 31 de marzo de 1992, asunto nº 200/90, caso *Denkavit*.
STJUE 31 de marzo de 1992, asunto nº 200/90, caso *Denkavit*.
STJUE 16 de diciembre de 1993, asunto nº 334/92, caso *Wagner Miret*.
STJUE 14 de julio de 1994, asunto nº 91/92, caso *Faccini Dori*.
STJUE 6 de julio de 1995, asunto nº 62/93, caso *BP Soupergaz*.
STJUE 14 de setiembre de 1995, asunto nº 485/93, caso *Simitzi*.
STJUE 5 de marzo de 1996, asunto nº 46/93 y 48/93, caso *Brasserie du pêcheur*.
STJUE 7 de marzo de 1996, asunto nº 192/94, caso *el Corte inglés*.
STJUE 26 de marzo de 1996, asunto nº 392/93, caso *British Telecommunications*.
STJUE 26 de setiembre de 1996, asunto nº 168/95, caso *Arcaro*.
STJUE 8 de octubre de 1996, asuntos nº 178/94, 179/94, 188/94, 189/94 y 190/94, caso *Dillenkofer*.
STJUE 4 de diciembre de 1997, asunto nº 97/96, caso *Daihatsu Deutschland*.
STJUE 30 de noviembre de 2000, asunto nº 195/98, caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.
STJUE 18 de abril de 2002, asunto nº 290/00, caso *Duchon*.
STJUE 11 de julio de 2002, asunto nº 224/98, caso *D’Hoop*.
STJUE 30 de setiembre de 2003, asunto nº 224/01, caso *Köbler*.
STJUE 9 de diciembre de 2003, asunto nº 129/00, caso *Comisión/Italia*.
STJUE 13 de junio de 2006 asunto nº 173/03, caso *Traghetti del Mediterraneo*.
STJUE 26 de octubre de 2006, asunto nº 168/05, caso *Mostaza Calvo*.
STJUE 6 de octubre de 2009, nº 40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*.
STJUE 3 de junio de 2010, asunto nº 484/08, caso *Ausbanc*.
STJUE 7 de octubre de 2010 asunto nº 162/09, caso *Lassal*.
STJUE 9 de noviembre de 2010, nº 127/08, caso *VB Pénzügyi Lízing*.
STJUE 15 de marzo de 2012, asunto nº 453/10, caso *Pereničová y Perenič*.
STJUE 26 de abril de 2012, asunto nº 472/10, caso *Invitel*.
STJUE 14 de junio de 2012, asunto nº 618/10, caso *Calderón* (también conocido por caso *Banco Español de Crédito*).
STJUE 21 de febrero de 2013, asunto nº 472/11, caso *Banif Plus Bank*.
STJUE 14 de marzo de 2013, asunto nº 415/11, caso *Aziz*
STJUE de 30 de mayo de 2013, caso nº 488/11, asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.
STJUE de 16 de enero de 2014, asunto nº 226/12, asunto *Constructora Principado SA y José Ignacio Menéndez Álvarez*.

STJUE 21 de enero de 2015, asuntos acumulados 482/13, 484/13, 485/13, 487/13, *Unicaja Banco SA y Caixabank SA*.
STJUE 24 de abril de 2015, asunto 96/14, *Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances SA*.
STJUE 29 de octubre de 2015, asunto 8/14, *BBVA SA y Pedro Peñalva López, Clara López Durán y Diego Fernández Gavarro*.
STJUE 3 de diciembre de 2015, asunto 312/14, *Banif Plus Bank zrt y Marton Lantos*.
AUTO TJUE 19 de noviembre de 2015, asunto 74/15, *Dumitru y Lleana Tarcau y Banca Comerciala Intesa Sanpaolo Romania SA y otros*.
AUTO TJUE 17 de marzo de 2016, asunto 613/15, *Ibercaja Banco SAU y José Cortés González*.
STJUE 14 de abril de 2016, asuntos acumulados 381/14 y 385/14, *Jorge Sales Sinués y Caixabank SA y Jossouf Drame Ba y Catalunya Caixa SA*.
STJUE 18 de febrero de 2016, asunto 49/14, *Finanmadrid E.F.C., SA y Jesús Vicente Albán Zambrano, María Josefa García Zapata, Jorge Luis Albán Zambrano, Miriam Elisabeth Caicedo Merino*.
STJUE 21 de diciembre 2016, asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15, *Francisco Gutierrez Naranjo y Caja Sur SA, BBVA SA, Banco Popular Español SA y Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu*.
STJUE de 26 de enero de 2017

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Decisión del TEDH de 7 de setiembre de 1999 en el asunto Irene Dotta contra Italia.

Tribunal Supremo

STS 12 de junio de 1918.
STS 8 de abril de 1994.
STS 4 de octubre de 1994.
STS 8 de noviembre de 1994.
STS 30 de diciembre de 1997.
STS 7 de mayo de 1998.
STS 27 de marzo de 1999.
STS 30 de julio de 1999.
STS 7 de febrero de 2000.
STS 2 de noviembre de 2000.
STS 1 de octubre de 2001.
STS 10 de octubre de 2001.
STS 12 de febrero de 2002.
STS 19 de febrero de 2002.
STS 24 de octubre de 2003.
STS 20 de diciembre de 2006.
STS 25 de enero de 2007.
STS 4 de junio de 2008.
STS 2 de diciembre de 2008.
STS 12 de diciembre de 2008.
STS 25 de marzo de 2009.
STS 4 de junio de 2009.
STS 16 de diciembre de 2009.
STS 23 de setiembre de 2010.

STS 4 de noviembre de 2010.
STS 29 de diciembre de 2010.
STS 17 de febrero de 2011.
STS 18 de junio de 2012.
STS 22 de febrero de 2013.
STS 1 de marzo de 2013.
STS 9 de mayo de 2013.
STS de 20 de enero de 2014.
STS 3 de noviembre de 2014.
STS 8 de septiembre de 2014.
STS de 22 de octubre de 2014.
STS 3 de diciembre de 2014.
STS 24 de noviembre de 2014.
STS 11 de febrero de 2015.
STS 25 de marzo de 2015.
STS 22 de abril de 2015.
STS 29 de abril de 2015.
STS 7 de septiembre de 2015.
STS de 11 noviembre 2015.
STS de 25 noviembre 2015.
STS de 23 de diciembre de 2015.

Audiencias Provinciales

SAP Asturias, sección 4ª, 27 de diciembre de 2001.
SAP Asturias, sección 5ª, 27 de junio de 2002.
SAP Valencia, sección 8ª, 28 de diciembre de 2007.
SAP Tarragona 19 de diciembre de 2008.
SAP Tarragona 1 de abril de 2011.
AAP Castellón 12 de julio de 2012.
AAP Castellón 24 de julio de 2012.
SAP de Palma de Mallorca de 12 de mayo de 2014.
SAP de Jaén de 21 de mayo de 2014.
SAP Alicante de 12 de junio de 2014.
SAP Alicante de 4 de junio de 2014.
SAP de Zamora de 4 de junio de 2014.
SAP Córdoba 20 de junio de 2014.
AAP de Córdoba de 21 de abril de 2014.
SAP Córdoba 17 de julio de 2014.
SAP Zaragoza 7 de julio de 2014.
SAP Jaén 27 de junio de 2014.
SAP Alicante 11 de septiembre de 2014.
SAP Cáceres 2 de septiembre de 2015.
SAP de Pontevedra de 14 de noviembre de 2016.

Juzgados de lo Mercantil

SJM, nº2, Málaga de 23 de mayo de 2003.
SJM, nº2, Sevilla 30 de setiembre de 2010.
SJM, nº1 de León 11 de marzo de 2011.

SJM, nº9, Madrid de 8 de setiembre de 2011.
SJM Barcelona de 2 de mayo de 2013.

Juzgados de Primera Instancia

SJPI Barcelona nº44 de 17 de diciembre de 2012.
SJPI, nº4, Ourense de 13 de mayo de 2013.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN 27 de enero de 1986, BOE de 7 de marzo de 1986.
RDGRN 20 de mayo de 1987, BOE de 25 de junio de 1987.
RDGRN 26 de octubre de 1987, BOE de 21 de noviembre de 1987.
RDGRN 7 de setiembre de 1988, BOE de 22 de setiembre de 1988.
RRDGRN 20 y 21 de enero de 1998, BOE de 17 de febrero de 1998.
RRDGRN 19 de abril de 2006, BOE del 30 de mayo de 2006.
RDGRN 2 de octubre de 2006, BOE del 9 de noviembre de 2006.
RRDGRN 21 de diciembre de 2007, BOE de 15 de enero de 2008.
RDGRN 28 de febrero de 2008, BOE del 18 de marzo de 2008.
RRDGRN 16, 19 y 20 de mayo de 2008, BOE de 9 de junio de 2008 y de 7 de junio de 2008.
RDGRN 24 de julio de 2008, BOE de 7 de agosto de 2008.
RDGRN 1 de octubre de 2010, BOE de 8 de noviembre de 2010.
RDGRN 4 de noviembre de 2010, BOE de 30 de diciembre de 2010.
RDGRN 21 de diciembre de 2010, BOE de 14 de febrero de 2011.
RDGRN 11 de enero de 2011, BOE de 14 de febrero de 2011.
RDGRN 8 de junio de 2011, BOE de 1 de julio de 2011.
RDGRN 16 de agosto de 2011, BOE de 14 de octubre de 2011.
RDGRN 18 de noviembre de 2013, BOE 19 de diciembre de 2013
RDGRN 5 de febrero de 2014, BOE 27 de febrero de 2014
RDGRN 3 de octubre de 2014, BOE 31 de octubre de 2014
RDGRN de 9 de octubre de 2014, BOE 6 de noviembre de 2014.
RDGRN 19 de octubre de 2016, BOE 11 de noviembre de 2016.
RDGRN 25 de setiembre de 2015, BOE 14 de octubre de 2015.
RDGRN 21 de octubre de 2015, BOE 23 de noviembre de 2015.
RDGRN 10 de noviembre de 2015, BOE 3 de diciembre de 2015.
RDGRN 17 de noviembre de 2015, BOE 9 de diciembre de 2015
RDGRN 4 de enero de 2016, BOE 4 de febrero de 2016.
RDGRN 9 de marzo de 2016,
RDGRN 23 de julio de 2014, BOE 10 de setiembre de 2014.
RDGRN 4 de febrero de 2015, BOE 2 de marzo de 2015
RDGRN 13 de julio de 2015, BOE 22- de setiembre de 2015.
RDGRN 28 de julio de 2015, BOE 30 de setiembre de 2015.
RDGRN 11 de julio de 2016, BOE 12 de agosto de 2016.
RDGRN 22 de julio de 2016, BOE 19 de setiembre de 2016.
RDGRN 2 de setiembre de 2016, BOE 27 de setiembre de 2016.
RDGRN 13 de setiembre de 2016, BOE 5 de octubre de 2016.
RDGRN 10 de octubre de 2016, BOE 1 de noviembre de 2016.
RDGRN 24 de noviembre de 2016, BOE 15 de diciembre de 2016.
RDGRN 26 de julio de 2017, BOE 14 de agosto de 2017.
RDGRN 9 de Marzo de 2016, BOE 6 de abril de 2016.

RDGRN de 14 de julio de 2017, BOE 4 de agosto de 2017.

RDGRN de 19 mayo de 2017, BOE 9 de junio de 2017.

Disposiciones normativas

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

Directiva (UE) nº 65/2014 (MIFID II) – Reglamento (UE) nº 600/2014 (MIFIR).

Directiva 2008/48/CE de Créditos al Consumo.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

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

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario 2017.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

VII.- BIBLIOGRAFIA

BALLUGERA GOMEZ, CARLOS. (2010). Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16-12-2009. Diario La ley nº 7507, de 11-11-2010.

BALLUGERA GOMEZ, CARLOS. (2016). Cambios legales en la protección de las personas consumidoras durante la crisis. Revista del Colegio Nacional de Registradores de España. 77, 20-23.

CALVO GONZALEZ-VALLINAS, R y CALVO GONZALEZ VALLINAS, D. (2016). *La ejecución hipotecaria, problemática registral y procesal*. Barcelona. Bosch.

CASAS ROJO, J.C. (2016). Préstamo hipotecario. Interés de demora. Cláusula abusiva. Revista del Colegio Nacional de Registradores de España. Julio-Septiembre 2016, 48-49.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES Y BANCO DE ESPAÑA – EUROSISTEMA (2013). Plan de Educación Financiera 2013-2017. *Publicación conjunta 2013*. [En línea], disponible en https://www.bde.es/f/webpcb/RCL/canales/home/menu-vertical/educacion-financiera/Plan_de_Educacion_Financiera_2013_2017.pdf

GOMEZ LOZANO, Mª M (2013). La protección del consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios. *Jornadas sobre “La protección del deudor hipotecario.Examen de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”*, Almería 23 y 24 de mayo de 2013 Universidad de Almería. [En línea], disponible en

<http://repositorio.ual.es:8080/bitstream/handle/10835/2448/PONENCIA-LA%20PROTECCI%C3%93N%20DEL%20CONSUMIDOR%20EN%20LA%20COMERC>

[IALIZACI%C3%93N%20DE%20PR%C3%89STAMOS%20HIPOTECARIOS.pdf?sequence=1&isAllowed=](#)

PÉREZ-BREVA, L. (2017). *A Doer's Manifesto for Starting from a Hunch, Prototyping Problems, Scaling Up, and Learning to Be Productively Wrong*. Massachusetts: MIT Press.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2013). La constancia del carácter de habitual o no de la vivienda que se hipoteca. Comentario del informe que sobre la Ley 1/2013 elaboró la Comisión Técnica de Hipotecas del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. *Artículos doctrinales de Registradores de Madrid*. [En línea], disponible en <http://www.registradoresdemadrid.org/novedades/publicaciones/LA-CONSTANCIA-DEL-CARACTER-DE-HABITUAL-O-NO-DE-LA-VIVIENDA-QUE-SE-HIPOTECA-Par-Angel-Valero-Fernandez-Reyes.aspx>

VILLAPLANA GARCÍA, C. (2017). *Fichero registral inmobiliario. Jurisprudencia y doctrina*. Valencia: Tirant lo Blanch.

VIII.- NOTAS

(1) El art. 6 de la Ley 1/2013, bajo el título “Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios” contiene las siguientes reglas protectoras:
“1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;
- b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;
- c) que se concedan en una o varias divisas.”

(2) Contenido de la declaración manuscrita según la guía publicada en la web del Banco de España el 16 de julio de 2013: “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario: (i) establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés; (ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál], y (iii) está concedido en la/s siguiente/s divisa/s [indicar cuál/es]. Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que: a) el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]; b) las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y c) mi préstamo no se expresa en euros y, por lo tanto, el importe en euros que necesitaré para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro].”

(3) En estos doce apartados de la Guía de acceso se tratan, de forma divulgativa, los siguientes puntos clave de la contratación hipotecaria: los préstamos y los créditos hipotecarios; las garantías del prestamista en el préstamo hipotecario; el importe del préstamo; el plazo; el tipo de interés; cómo se paga el préstamo; las comisiones y otros gastos; la tramitación; qué debe tenerse en cuenta al contratar; las relaciones posteriores a la formalización del préstamo; qué ocurre en caso de impago del préstamo y cuáles son los sistemas extrajudiciales de disolución de discrepancias entre las entidades y sus clientes.

(4) La Circular 6/2010 del Banco de España dispone: “Sin perjuicio de la obligación de contar con una política de comunicación comercial que tenga en cuenta lo establecido en el apartado anterior, se presumirá que cuentan con procedimientos y controles internos adecuados para cumplir con lo exigido en el primer párrafo del artículo 4.3 de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, aquellas entidades de crédito que, para el conjunto de su actividad publicitaria, estén asociadas a sistemas de autorregulación publicitaria en España que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 37.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuenten con medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y cuyos códigos de conducta acojan el cumplimiento de los principios generales recogidos en el anejo.”

(5) http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Entidades_asocia/

⁽⁶⁾ La propia Ley 1/2013 establece: “Las sociedades de tasación y los servicios de tasación de las entidades de crédito estarán sometidas a los requisitos de homologación previa, independencia y secreto que se establezcan reglamentariamente. Las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación. El incumplimiento de esta obligación se entenderá en todo caso como infracción grave o muy grave de la entidad de crédito en los términos de los artículos 5.d) o 4.e), respectivamente, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, respectivamente.”

⁽⁷⁾ Art. 51.1 CE dispone que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

⁽⁸⁾ La RDGRN de 7 de Septiembre de 1988, estableció su ilicitud cuando deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato puesto que pasado un año, el prestatario está vinculado (si no varían los intereses) y el contrato queda al arbitrio del Banco que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, en perjuicio del deudor y del tercero poseedor del inmueble.

⁽⁹⁾ En Autos AP Castellón 12 de julio de 2012 y de 24 de julio de 2012, la jurisprudencia menor ha denegado la ejecución hipotecaria por cesión del crédito sin transmisión de la hipoteca en escritura pública e inscripción en el Registro.

⁽¹⁰⁾ Las primeras en declarar su abusividad fueron la SJM nº 2 de Sevilla 30 de setiembre de 2010 y la SJM, nº 1 de León 11 de marzo de 2011.

⁽¹¹⁾ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y de Notariado de 10 de Noviembre de 2016, 15 de Julio de 2016, 10 de Diciembre de 2015, 27 de Noviembre de 2015 y 8 de Octubre de 2015 entre otras.

⁽¹²⁾ Artículo 3.2 de la Ley 1/2013 que añade el párrafo tercero al artículo 114 de la LH: “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

⁽¹³⁾ Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, Disposición adicional 12ª: «En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto.»

⁽¹⁴⁾ SSTs 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010.

⁽¹⁵⁾ Incrementa en un 1,389% los intereses o en un 1,667% los intereses si el año natural es bisiesto.

⁽¹⁶⁾ RRDGRN 20 de mayo de 1987, 20 y 21 de enero de 1998 y 16, 19 y 20 de mayo de 2008. Consideramos importante destacar la disyuntiva entre el TS y la DGRN que se ve acentuada dado que el Tribunal Supremo ha mantenido que los intereses de demora prescriben a los 15 años conforme al artículo 1964 del CC, a diferencia de los intereses remuneratorios que los hacen a los 5 años conforme al artículo 1966 del CC y la DGRN no admite que la hipoteca asegure en perjuicio de terceros intereses por plazo superior a 5 años, exigiendo que se garanticen los intereses moratorios de forma separada y con una cifra de responsabilidad máxima.

⁽¹⁷⁾ SSTs 7 de febrero de 2000, así como STS 16 de diciembre de 2009 que establece la validez (no abusividad) de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota. Debemos tomar en consideración que «negarle carácter real a las cláusulas de vencimiento anticipado supondría que el acreedor solo podría ejecutar por impago en el caso de que hubiere vencido el plazo de pago originariamente pactado de 20 o 30 años».

⁽¹⁸⁾ RRDGRN 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011, 8 de junio de 2011 y 16 de agosto de 2011.

⁽¹⁹⁾ RRDGRN 1 de octubre de 2010 y 8 de junio de 2011 (hipoteca inversa) con citas a la jurisprudencia del TS en especial las sentencias 4 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2009.

⁽²⁰⁾ STJUE 14 de marzo de 2013, asunto nº 415/11, caso Aziz «si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

⁽²¹⁾ RDGRN 1 de octubre de 2010 y 8 de junio de 2011 con citas a la jurisprudencia del TS en especial las sentencias 4 de junio de 2008 (2599/2008) y 16 de diciembre de 2009 (8466/2009).

⁽²²⁾ Art.755 LEC dispone con carácter general: “Cuando proceda las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos sobre capacidad se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan.”

⁽²³⁾ Art. 21.3 LH establece: “En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.

⁽²⁴⁾ Art. 129.2 de la LH: “f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos. En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.”