

**NULIDAD DE CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE
TRANSPARENCIA FUNDADA EN UNA INSUFICIENTE
INFORMACIÓN DEL CLIENTE BANCARIO. EN ESPECIAL,
SOBRE LA IDONEIDAD DE SU IMPUGNACIÓN MEDIANTE
EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN***

**CURRENT ISSUES CONCERNING MORTGAGE CREDIT:
IN PARTICULAR, CHALLENGE OF CLAUSES AIMED AT
LIMITING VARIABLE RATE OF INTEREST BY
ESTABLISHING A MINIMUM RATE (“FLOOR CLAUSES”)**

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

Profesor Titular de Derecho civil-Universidad de Málaga (España)

RESUMEN:

El estallido de las burbujas inmobiliaria y financiera, así como la subsiguiente crisis económica que desde hace ya años estamos padeciendo en España, han provocado que desde muy diversos foros se levanten voces contra las entidades bancarias y las prácticas que durante muchos años abanderaron. En este marco estudiamos aquí el alcance de la controvertida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que declara la nulidad de diversas cláusulas suelo al considerarlas abusivas por falta de transparencia, no por oscuridad de la redacción de la cláusula, sino por carecer el cliente bancario de una información suficiente para poder prestar su consentimiento en el momento de la celebración del contrato de hipoteca. Al respecto se plantea si, por tratarse de una cuestión de prueba en la que habría que estar a las circunstancias del caso concreto, la impugnación puede ser objeto de una acción de cesación cuando la falta de transparencia se fundamenta no en la falta de claridad en la redacción de la cláusula sino en los actos previos y coetáneos a la celebración del contrato y se hace depender de unos criterios inquisidores. Igualmente y para ofrecer una visión general de esta problemática se ofrece un análisis sobre la introducción en nuestro Derecho positivo de la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y las medidas adoptadas por la Ley 1/2013.

PALABRAS CLAVE:

* Recibido en fecha 31/01/2014. Aceptada su publicación en fecha 04/02/2014. De otro lado, el trabajo se inserta en el grupo de investigación DER2012/32742, Mercado hipotecario y vivienda, del cual es investigador principal, Dra. Ana Cañizares Laso.

Contrato de hipoteca, cláusula abusiva, cláusula abusiva por falta de transparencia, cláusulas generales, contrato de adhesión, responsabilidad de entidades financieras.

ABSTRACT:

The Spanish real estate and financial bubbles have resulted in an economic crisis of major proportions. This situation has generated widespread criticisms from various social sectors against certain financial behaviors promoted by the banking entities. In this paper we study the extent of the controversial decision of the Spanish Supreme Court of 9th May 2013, which declares the invalidity of various “floor clauses” contained in mortgage contracts. This decision considers that they are unfair terms because of a lack of transparency, which prevents consumers to consent with full knowledge.

Finally, we examine the changes introduced by the Spanish Law 1/2013 in light of lessons drawn from the judgment of the Court of Justice of the European Union of 14th May 2013 and the measures introduced.

KEY WORDS:

Spanish real estate and financial bubbles, mortgage contract, unfair term, lack of transparency, pre-formulated standard contract, responsibility of financial institutions.

SUMARIO:

NULIDAD DE CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA FUNDADA EN UNA INSUFICIENTE INFORMACIÓN DEL CLIENTE BANCARIO. ES ESPECIAL, SOBRE LA IDONEIDAD DE SU IMPUGNACIÓN MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN	23
CURRENT ISSUES CONCERNING MORTGAGE CREDIT: IN PARTICULAR, CHALLENGE OF CLAUSES AIMED AT LIMITING VARIABLE RATE OF INTEREST BY ESTABLISHING A MINIMUM RATE (“FLOOR CLAUSES”)	23
I. Planteamiento	25
II. La STS de 9 de mayo de 2013	27
1. La cuestión de la legitimación, el recurso extraordinario por infracción procesal.....	27
2. El recurso de casación. Carácter abusivo de la cláusula suelo por falta de transparencia	28
3. Crítica a la decisión del TS: Nulidad de las cláusulas impugnadas, pero con eficacia “ex nunc” y oportunidad de impugnar este tipo de falta de transparencia mediante una acción de cesación	32
A) Motivación para negar retroactividad a la nulidad declarada: Falta de transparencia por desinformación previa (y no por oscuridad intrínseca) y protección del orden público económico.....	36
B) Alcance de la falta de transparencia por desinformación sobre el significado y valor de la oferta en el mercado.....	38
C) Requisitos exigidos en este caso por el TS para acreditar la falta de transparencia: ¿Lista de exigencias que impide de hecho acreditar que el prestatario haya sido suficientemente informado?.....	39
D) ¿Es viable ejercitar la acción de cesación cuando la falta de transparencia se fundamenta en una insuficiente información previa del cliente bancario y no en una intrínseca oscuridad de la cláusula impugnada? ¿Es legítimo justificar la falta de transparencia en la no concurrencia de unos requisitos tan estrictos que de hecho no se observaron en ninguno de los miles de contratos	

afectados? ¿Es creíble que en todos esos supuestos el cliente bancario ignoraba la existencia y consecuencias de la cláusula suelo?.....	41
a) Significado y función de la acción de cesación	41
b) Ejercicio de la acción de cesación en este supuesto	44
E) Conclusión: La irretroactividad se impone por razón de protección del orden público económico y como paliativo ante la imposibilidad de defensa de las entidades a las que de hecho se priva de poder acreditar que el prestatario ha sido suficientemente informado. Además el ejercicio de la acción de cesación instada parece desproporcionado cuando la falta de transparencia se debe a unas circunstancias que pueden divergir de caso a caso, creando el peligro de que el juzgador asuma una función propia del legislador	47
4. El filtro notarial: ¿Intrascendente para la STS de 9 de mayo de 2013?	51
5. La cláusula suelo tras la STS de 9 de mayo de 2013	55

II. Introducción en nuestro Derecho positivo de la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y las medidas adoptadas por la Ley 1/2013

1. Exigencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 para garantizar la protección del deudor hipotecario.....	57
2. Medidas adoptadas para la protección del adquirente de vivienda hipotecada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo	58

I. PLANTEAMIENTO

Puede afirmarse que la cuestión de la eficacia de la cláusula suelo en los supuestos en los que pueda mediar falta de transparencia por no haberse informado suficientemente al cliente bancario del contenido del préstamo hipotecario concedido con antelación al momento de la celebración del contrato se presenta como uno de los temas más controvertidos con los que actualmente tenemos que enfrentarnos los juristas. La cláusula suelo consiste en una limitación a la variabilidad del tipo de interés consistente en un mínimo que no puede superarse a la baja durante la vigencia del crédito hipotecario independientemente de que en un determinado momento el precio del dinero venga determinado por un tipo de interés inferior . Durante la época de la explosión de la industria inmobiliaria las entidades financieras introdujeron con cierta frecuencia en los contratos de crédito hipotecario este tipo de cláusulas que normalmente venían acompañadas de las correlativas cláusulas techo. Debido a la coyuntura económica entonces vigente normalmente se les prestó poca atención.

La sentencia del TS de 9 de mayo de 2013¹ se ha pronunciado al resolver sobre una acción de cesación² planteada contra tres entidades financieras españolas por una asociación de consumidores³ en el sentido de admitir la acción de cesación y declarar la

¹ STS de 9 de mayo de 2013, sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo. (RJ 2013\3088). Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

² La acción de cesación está regulada en los artículos 53-56 TRLGDCU, el art. 56 señala su carácter imprescriptible, salvo para cuando sea de aplicación el art. 19.2 LCGC que establece un plazo de prescripción de cinco años en el supuesto de que la condición general se hubiera inscrito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

³ En primer lugar, es importante señalar que prácticamente el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable. (Informe del Banco de

nulidad de este tipo de cláusulas, no por entenderlas abusivas por falta de equilibrio entre las prestaciones de las partes sino por considerarlas abusivas por falta de transparencia.

El Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla en su sentencia de 30 de septiembre de 2010⁴ (la primera en este procedimiento) declaró la nulidad de la cláusula suelo impugnada por entenderla abusiva al mediar a su entender un desfase con la cláusula techo, que produciría un desequilibrio objetivo entre las prestaciones en perjuicio del consumidor.

La AP de Sevilla⁵ revocó dicho pronunciamiento considerando la cláusula suelo válida por entenderla como elemento que conformaría el precio, libre y voluntariamente aceptado por el consumidor, por lo que quedaría fuera del control de contenido de cláusulas abusivas previsto por el art. 82 TRLGDCU⁶ que nunca se extendería sobre el precio, sino sobre los derechos y obligaciones de las partes. Además la AP de Sevilla negó que mediara desproporcionalidad entre el suelo y el techo fijados para el tipo de interés⁷. Presentado recurso de casación, el TS admitió parcialmente dicho recurso.

España publicado en el BOCG, Senado, 457, 7 de mayo de 2010), partiendo de este escenario se afirma que es razonable considerar que los clientes que contrataron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor fortaleza del Euribor (período 2005-2008) no prestaran mucha atención al hecho de si en sus contratos se incluía este tipo de cláusulas, incorporada en la normativa bancaria desde la entrada en vigor de la OM 5 mayo de 1994. LÓPEZ JIMÉNEZ, José María. “Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013, relativa a la cláusula suelo en préstamos hipotecarios a tipo variable con consumidores”. *Sepin Mercantil*, mayo 2013. Muy recomendable la lectura de este artículo para lograr una rápida visión de conjunto tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial.

⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 de septiembre (AC 2010\1550). Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Navarro Robles.

⁵ SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 7 de octubre de 2011 (AC 2011\1569). Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Sanz Talayero.

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL\2007\2164), que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (BOE de 30 de noviembre de 2007, núm. 287, (p.49181), rect. BOE 13 de febrero 2008, núm. 38, (p.49181).

⁷ Según la AP de Sevilla resultaría aquí aplicable el art. 4.2 de la Directiva 13/1933 (LCEur 1993, 1701) que en referencia a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores señala: La apreciación del carácter abusivo no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Es decir, la determinación del precio se considera libremente estipulada entre las partes. PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco en “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret* 3/2013, p.6 señala que se trata de una interpretación parcial e incompleta de dicho artículo pues la exclusión del carácter abusivo de estas cláusulas no sería absoluta sino que estaría condicionada a una obligación de transparencia. Por ello, ha señalado el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 que el art. 4.2 Directiva 13/1933 a *sensu contrario* implicaría que las cláusulas determinantes para la fijación del precio pueden ser abusivas sino se sujetan a una redacción transparente, añadiendo el autor referido que en el Derecho español dicha obligación de transparencia no se ciñe a una mera redacción clara y comprensible.

II. LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013⁸

1. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN, EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Son múltiples las cuestiones que se discutieron y a las que tuvo que dar respuesta el Tribunal Supremo en este caso, empezando por la propia legitimación de la asociación que impugnaba las cláusulas y terminando por la solicitud de restitución de cantidades indebidamente abonadas.

Respecto a la legitimación de la entidad actora, asociación que inicialmente había sido excluida del Registro Estatal de Asociaciones y Consumidores, tenía en el momento de la presentación de la demanda cautelarmente suspendida la exclusión, si bien pocos meses después recaería sentencia de la Audiencia Nacional confirmando la exclusión inicialmente decidida por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, motivo por el cual la AP de Sevilla le negó legitimación para personarse en el procedimiento. Planteado recurso extraordinario por infracción procesal, el TS entendió que no procedía la retroactividad de la medida sancionadora acordada en contra de la asociación, admitiendo su legitimación “para este concreto procedimiento en protección de intereses colectivos”⁹.

En todo caso, una vez admitida la personación del Ministerio Fiscal en el trámite de la interposición del recurso de casación, pierde trascendencia la cuestión de la legitimación de la inicialmente parte actora¹⁰. Además la STJUE de 4 de julio de 2009¹¹

⁸ STS de 9 de mayo de 2013, sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo. (RJ 2013\3088). Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Gimeno-Bayón Cobos. No se han anunciado votos particulares en el texto de la sentencia.

⁹ Como señalan MONSALVE DEL CASTILLO, Rafael Y PORTILLO CABRERA, Estefanía, en “Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa del interés general”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº9, 2011, p.24 (23-32), la exclusión del Registro de asociaciones implica la pérdida del interés legítimo previsto en el art. 413.2 LEC, es decir, la finalización del proceso.

¹⁰ El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que éste intervendrá en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social (art. 3.7) y evidentemente se regirá por los principios de legalidad y oportunidad. Se trata de una publicación del proceso tal como ha señalado PICÓ I JUNOY, Joan en “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, *Proceso civil e ideología*, coord.. MONTERO AROCA, Juan y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Valencia, 2008, p.121 (pp.117-137)

¹¹ La STJUE de 4 de junio de 2009 señala que el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva... “Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial”, en el mismo sentido la STS de 1 de julio de 2010, (RJ 2010\6554), Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

faculta al òrgano judicial para verificar de oficio, aun cuando no haya sido denunciado por el consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales¹².

2. EL RECURSO DE CASACIÓN. CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA

Respecto al recurso de casación, por un lado, el Alto Tribunal rechaza que la inclusión de la cláusula haya sido negociada al calificar al consumidor bancario como de auténtico “cliente cautivo” trasladando la carga de la prueba de que la cláusula no ha sido predispuesta en una pluralidad de contratos a la entidad financiera y por otro considera la cláusula suelo como parte del objeto principal del contrato calificándola de condición general de contratación, que en todo caso debería haber sido conocida por el consumidor previamente a la prestación de su consentimiento.

De hecho, la sentencia se aparta de la posición tradicional que distingue entre un control de incorporación para comprobar si la cláusula predispuesta reúne los requisitos formales de incorporación al contrato y un control de contenido para evitar que pueda causar un desequilibrio entre las correlativas prestaciones a cargo de las partes¹³. Más

¹² Así por ejemplo, la AP de Madrid, reunida en Pleno estableció en el auto de 4 de marzo de 2013, siendo ponente el Ilmo. Sr. don Guillermo Ripoll Olazábal que, en la fase inicial del procedimiento monitorio, en el momento de decidir su admisión a trámite, el Juzgador puede examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio del consumidor, con las consecuencia de en su caso apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas. (La Ley 23470/2013). *Diario La Ley*, nº 8978, 8 de mayo de 2013, (1988/2013).

¹³ Desde esta posición se distingue un doble control: de incursión y de contenido. En principio respecto al control de contenido necesario para determinar si una cláusula es abusiva suele afirmarse exige de dos requisitos: Primero, que no se haya negociado de forma individual, que se predispuesta. Segundo, que sea contraria a la exigencia de la buena fe creando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato siempre en perjuicio del consumidor. Por todos, MARTÍN PÉREZ, José Antonio, “Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, Estudios sobre consumo. Directora María Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS, Valencia 2012, (pp.311-343), p. 313. Por su parte, BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, en “La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del TJUE, sala primera, de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89). *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2013, p.213-250 (pp.213-250), p. 231, articula dicho control de contenido en tres niveles: El primero como regla general, que exige que el contenido responda a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 80.1.c), el segundo especificando que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquella prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, y el tercero al considerar abusivas en todo caso las cláusulas contenidas *ad exemplum* en los artículos 85 a 90 TRLGDCU.

En ocasiones se ha referido la existencia de un triple control, así señala BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “La protección del deudor hipotecario a propósito...”, (pp.213-250), p.229, que el TRLGDCU al regular las cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores establece un régimen específico que se caracterizaría por tres tipos de control: Por un lado las reglas de incursión o incorporación, es decir las exigencias formales que se exigen para que medie transparencia (art.80.1.a); en segundo lugar, reglas relativas a la interpretación, art. 80.2; y finalmente

bien entiende que puesto que la falta de transparencia respecto al objeto principal –el precio- puede causar un claro perjuicio al consumidor procedería la nulidad entendiendo la cláusula impugnada abusiva precisamente por la falta de transparencia.

El TS comparte en este punto el planteamiento desarrollado por PERTIÑEZ VILCHEZ en su monografía *Las cláusulas abusiva por un defecto de transparencia*¹⁴, respecto a la cual se ha señalado que tras su publicación ha de renunciarse definitivamente a la dualidad asumida por el legislador de 1998 al distinguir entre control de inclusión y control de contenido, superando dicha concepción binaria entre blanco y negro¹⁵.

En todo caso la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010¹⁶ establece que los legisladores de los estados miembros pueden aumentar la protección de los consumidores elevando el nivel de protección establecido por el art. 4.2 de la Directiva 13/1993¹⁷. Es decir, aplicándolo al caso que nos ocupa, que el Derecho nacional puede establecer un control de contenido del carácter abusivo de las cláusulas referidas al objeto principal, el precio, y ello aunque éstas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Añade PERTIÑEZ VILCHEZ que el supuesto de hecho de la cláusula abusiva tanto en la legislación nacional como comunitaria es una cláusula general, con lo que se pretende dar cabida en dicho supuesto de hecho a una multiplicidad y compleja fenomenología de hipótesis o de enunciados normativos que se irán precisando a través de la práctica judicial; por ello considera que una norma de decisión en la que se puede concretar la cláusula general es la abusividad de las cláusulas por su falta de transparencia cuando causen perjuicio al consumidor consistente en sus legítimas expectativas o en una alteración de la onerosidad o del equilibrio económico del contrato.¹⁸ Especialmente cuando la falta de transparencia se convierte en la alteración de

reglas relativas al control de contenidos que determinan cuando una cláusula puede ser considerada abusiva.

¹⁴ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Navarra 2004; planteamiento que ya fue apuntado por MIQUEL GONZÁLEZ, José María en “Comentario a la Disposición Adicional Primera. Tres de la LCGC: art.10 bis 1 del TRLGDCU” en *Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la contratación* (Coordinado por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, DIEZ PICAZO y ALFARO AGUILA-REAL), Madrid, 2002, p.913-914, al señalar que la transparencia respecto a los elementos esenciales cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el conjunto del contrato supone para él y la prestación que va a obtener la otra parte, o, si se quiere la equivalencia de prestaciones; añadiendo que la transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia.

¹⁵ PASQUAU LIAÑO, Miguel, prólogo a *Las cláusulas abusivas...* pp.15-19.

¹⁶ Caso Comisión/España. Sentencia de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010\159). Ponente: E.Levits.

¹⁷ Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (LCEur\1993\1071). DOL 21 de abril de 1993, núm 95, pp.29-35

¹⁸ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Navarra 2004. Posición apuntada por la doctrina alemana que cita cuando señala que es ficticia la distinción entre violación formal del principio de transparencia y desequilibrio material, pues la falta de transparencia sobre las prestaciones principales del contrato conlleva siempre un perjuicio material para el

la paridad subjetiva de las prestaciones afectando a la correcta prestación del consentimiento contractual¹⁹.

Dicho control ha de ser respetuoso con la autonomía de voluntad por lo que en la práctica se sustanciará en la comprobación de si el consentimiento se ha podido prestar libre y válidamente. Es decir, si la cláusula relativa al objeto principal del contrato hubiera sido de hecho ocultada, el consumidor no podría haber sido consciente de la repercusión que la misma reportaría al coste final de la financiación obtenida y por tanto su consentimiento no hubiera sido libre al no haber tenido criterios suficientes para realizar una opción óptima y conforme a sus intereses. En otras palabras que las cláusulas contractuales relativas al precio o que lo conformen solo pueden ser consideradas abusivas por motivo de falta de transparencia y cuando produzcan un efectivo perjuicio al consumidor²⁰. Por el contrario, en las demás cláusulas contractuales, las referidas al contenido normativo del contrato, el carácter abusivo vendrá determinado por la falta de reciprocidad objetiva entre las prestaciones de las partes, y no por falta de transparencia. Para distinguir cuando puede considerarse que una cláusula viene referidas al precio en tanto elemento esencial del contrato, tras la STS de 9 de mayo de 2013 la doctrina apunta a un criterio extensivo: Toda cláusula que contribuyera a definir o calcular el precio, y no solo las que fijaran su extensión y todas las cláusulas relativas a la contraprestación deberían por tanto ser consideradas como partes integrantes del objeto principal del contrato²¹.

Por tanto, nuestro Alto Tribunal estima en esta sentencia que cuando una condición general viene referida al objeto principal del contrato, además de quedar sometida al control de incorporación queda sujeta a un doble filtro, que se sustancia en un control de transparencia adicional que garantice que el adherente conozca o pueda conocer la carga económica u onerosidad que realmente supone para él el contrato celebrado. Es decir, no

adherente consistente en la privación de la posibilidad de compararlas diferentes ofertas existentes en el mercado, de manera, que la violación del deber de transparencia es una hipótesis autónoma de abusividad (p.134), KÖNDGEN, J. “Grund und Grenzen des Transparenzgebot im AGB-Recht”, *NJW*, 1989, pp.943 y ss.

¹⁹ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas...* pp.136 y 151.

²⁰ Al tratarse de un control de contenido la declaración de nulidad pasa por la prueba del perjuicio del consumidor, si fuera un mero control de inclusión, no haría falta tal prueba, y la falta de los requisitos exigidos para que mediase transparencia daría lugar directamente a la nulidad, al tratarse de una cuestión formal. La conexión entre falta de transparencia y carácter abusivo puede encontrarse en el art. 82 TRLGDCU que tal como señala PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco “Falta de transparencia...” p. 24, es una cláusulas general y por tanto permite al juez considerar como abusivas las cláusulas que produzcan un perjuicio al consumidor por falta de transparencia. La falta de buena fe vendría determinada por haberse aprovechado la entidad financiera del desconocimiento típico de las condiciones generales por parte del consumidor, para incluir en ellas, sin previa advertencia, cláusulas que debieron ser conocidas antes de la celebración del contrato para que el prestatario pudiera haber decidido con pleno conocimiento de causa.

²¹ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia...” p. 21, siguiendo en este punto a CANARIS 2000, “Wandlungen des Schuldrechts. Tendenzen zu seiner “Materialisierung”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.200, p.330 (pp.273-320)

basta con una redacción clara ex art. 6.2 LCGC²², no basta con que la cláusula suelo no haya quedado enmascarada u ocultada entre el clausulado contractual sino que se exige un previo y elevado nivel de información²³.

Si el consumidor hubiera sido puntual y correctamente informado, el doble filtro se hubiera superado satisfactoriamente, de no haber sido así procedería la nulidad de la cláusula suelo impugnada. El problema es que la sentencia de 9 de mayo de 2013 ha establecido un nivel de exigencia tan elevado²⁴ que, en palabras de PERTIÑEZ VILCHEZ²⁵, supone que en la práctica sea muy complicado que las entidades financieras puedan probar en los procesos individuales de nulidad de la cláusula que entablen los consumidores afectados, que el consumidor concreto realizase el contrato de préstamo hipotecario con pleno conocimiento sobre la existencia de una cláusula suelo en el contrato, su influencia en el coste real del crédito, su incidencia en la ejecución del contrato y la previsible evolución del tipo de referencia durante la vigencia del préstamo. Autor que concluye afirmando que dicho criterio lleva a una cuasi universalización del carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario.

Termina la sentencia señalando que la nulidad declarada afecta solamente a la cláusula impugnada y no al resto del contrato si bien dicha nulidad se califica de irretroactiva por exigencia, entre otros motivos, del orden público económico. Esta última observación merece de un detenido y sosegado análisis.

²² Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación. (RCL\1998\960). BOE 14 de abril de 1998, núm. 89. P.12304

²³ Señala PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco “Falta de transparencia...” pp.18-19, que dicho deber de transparencia respecto al objeto principal encuentra justificación en los arts. 60 y 20 TRLGDCU de los que se deduce el deber general de informar antes de la celebración del contrato sobre el precio del producto o servicio y sobre las características esenciales de los bienes o servicios objeto del mismo. Igualmente lo ve justificable en el art. 7.1 Ley 3/1991, de competencia desleal (LCD), en tanto que la omisión u ocultación de información necesaria para que el destinatario pueda adoptar su decisión respecto a un comportamiento económico con suficiente conocimiento de causa podría considerarse desleal por infringir el art. 7 LCD y por tanto determinar el carácter abusivo de una cláusula delimitadora del precio, si bien siempre en el caso concreto conforme a las circunstancias concurrentes, y no con carácter general. Por su parte critica el autor la fundamentación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 que pretende fundamentar dicho deber en el propio art.80.1 TRLGDCU que en puridad vendría referido a toda cláusula y no solo a las que se refieran al objeto principal del contrato.

²⁴ Requiere entre otros requisitos para la validez de la cláusula suelo que se proporcionen “simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar”, “el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad”, información sobre “el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo; además de las circunstancias que refiere han de ser consideradas al decidir sobre la transparencia que han sido consideradas como parámetros indicativos y no relación exhaustiva de circunstancias por el Auto, aclaratorio de la sentencia comentada del TS, de 3 de junio de 2013 (RJ 2013\3617). Ponente: Excmo. Sr. Rafel Gimeno-Bayón Cobos.

²⁵ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia...” p.15

3. CRÍTICA A LA DECISIÓN DEL TS: NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS IMPUGNADAS, PERO CON EFICACIA “EX NUNC” Y OPORTUNIDAD DE IMPUGNAR ESTE TIPO DE FALTA DE TRANSPARENCIA MEDIANTE UNA ACCIÓN DE CESACIÓN

La STS de 9 de mayo de 2013 que ha optado por anular las cláusulas suelo por falta de transparencia, y paradójicamente ha necesitado de un auto aclaratorio para explicar el complicado sistema que establece, a nuestro entender ha creado un camino en el que será difícil avanzar, pues está jalonado de lagunas por las que la inseguridad se asoma, lo cual produce cierto vértigo; y estas lagunas empezarán desde el momento en que se plantee la entidad financiera a quien ha de considerar consumidor bancario (¿lo será una cooperativa, o una fundación?, volveremos sobre este punto más adelante), sigue cuando se pretende objetivar los requisitos de la falta de transparencia (ha hecho falta un auto aclaratorio) y no cesa cuando se trata la cuestión del reembolso de las cantidades indebidamente cobradas como de seguido veremos.

Respecto a la petición de restitución de cantidades abonadas durante la vigencia de los contratos impugnados por razón de aplicación de las cláusulas suelo declaradas nulas, el primer problema fue el olvido de la parte actora que no acumuló como accesoria a la acción de cesación la de resarcimiento lo cual *prima facie* parece que procesalmente hubiera sido posible desde la entrada en vigor de actual LEC, cuya Disp. Final 6ª modificó el art. 12.2 LCGC para permitir la acumulación de la acción de cesación con la acción de devolución de cantidades y daños y perjuicios causados por la aplicación de las condiciones cuyo cese se solicite. Por tanto, la acción de cesación tendría por finalidad que se deje de utilizar o recomendar el uso de cláusulas abusivas²⁶, si bien el art. 12.2 LCGC permitiría acumular la acción de resarcimiento con carácter accesorio así como la indemnización de los perjuicios por la aplicación de las condiciones declaradas nulas²⁷. Sin embargo, a la luz de los artículos 73, 250.12 y 438.3.2 LEC esta cuestión podría ser discutible²⁸.

²⁶ Señala ARIZA COLMENAREJO, María José, en *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 27 que a través de la acción de cesación se pretende la condena al demandado y la prohibición de una determinada conducta, es decir, por sí sola no tiene una función reparadora del daño a fin de resarcir el daño producido.

²⁷ Igualmente lo señala PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco en “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, *Diario La Ley*, nº8154, (5138/2013), p.3, cuando indica que el art. 222.3 LEC la sentencia no puede producir un efecto de cosa juzgada material sobre la no restitución de las cantidades cobradas indebidamente extensible a consumidores concretos por cuanto éstos no fueron parte en dicho procedimiento, pues no se ejercitó una acción colectiva de tutela de intereses colectivos o difusos ex art.11.1 y 2 LEC, sino simplemente una acción de cesación.

²⁸ Tras la reforma de 2002 las demandas en las que se interponga una acción de cesación se resolverán por los trámites del juicio verbal e igualmente ya no se producirá llamamiento a terceros. Al respecto GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, “La acción de cesación”, *Estudios de Derecho Judicial* nº 103, 2006, p.106 sugiere que el nuevo sistema pueda hacer muy complicada, cuando no imposible, la acumulación de pretensiones resarcitorias, especialmente cuando la cuantía reclamada supere el límite establecido para dicho tipo de proceso (6000 euros). Además de acumularse la acción de resarcimiento a la de cesación parece que el llamamiento debería ser obligado para permitir intervenir a los particulares que pueden quedar afectados por la sentencia. Todo ello, parece guiar hacia un proceso colectivo en el

La no acumulación de la acción de resarcimiento de por sí hubiera sido suficiente para tachar de incongruente la sentencia dictada que se pronuncia sobre algo que en principio parece que no se ha solicitado. Sin embargo, podría pretenderse que el Ministerio Fiscal (MF) solicitó que el TS se pronunciara al respecto y así lo hizo éste. El MF no fue parte demandante si bien al tiempo de presentarse el recurso de apelación solicitó la personación en el procedimiento e interesó que se le tuviese por parte interviniente en el mismo al entender afectado el interés social, dictando auto la Sala teniéndolo por personado y parte interviniente sin retroacción de actuaciones; todo ello en virtud de lo dispuesto por los artículos 11.4, 13 LEC, 12, 16.6 LCGC y 54.2 TRLGDCU. Pues bien el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación fundado en un único motivo por inaplicación del art. 82.4 TRLGDCU en relación con el art. 9.2 LCGC.

Según hemos señalado anteriormente la demandante Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios solo ejerció la acción de cesación prevista en los arts. 54 y 55 TRLGDCU no acumulando como accesoria la de restitución de las cantidades que hubieran resultado indebidamente cobradas como consecuencia de la nulidad de la cláusula impugnada. Es cierto que la devolución es consecuencia directa de la expulsión de la cláusula de las condiciones generales, que da lugar a un pronunciamiento con un efecto automático, que no es necesario debatir sobre su cuantía, pero todo ello no es óbice a que dicha devolución tenga que ser solicitada por la parte actora para que quede acumulada a la acción de cesación. Por su parte el MF tampoco ejerció la acción de resarcimiento, sino que se limitó a solicitar en su recurso que se precisara el elemento temporal de la sentencia, ya que “Si se otorga este efecto retroactivo total (...) quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que (...) habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas”, a lo que añadió que “no creemos sea ésta la voluntad de la LCGG por drástica en exceso”. Es decir el MF pese a recurrir la sentencia de apelación se pronunció en el sentido de que no procedía reconocer efectos retroactivos

que se condene a un empresario a dejar de hacer una conducta, proceso que no impediría el ejercicio de pretensiones resarcitorias individuales, y ello a fin de dotarlo de agilidad y rapidez. No obstante, ARIZA COLMENAREJO, María José, en *La acción de cesación...* p.155, observa que el art. 73 LEC impide la acumulación cuando las acciones deban sustanciarse en juicios de diferente tipo por razón de la materia, pero no dice nada respecto a la cuantía, razón por la que entiende que si sería posible la acumulación de la acción de cesación (principal) y la de resarcimiento (accesoria), y que ambas se sustanciarían por los trámites del juicio verbal al tratarse de una norma indisponible. Igualmente añade que el carácter accesorio de la acción de resarcimiento (o de enriquecimiento injusto en su caso) determina el proceso como de cesación, por lo que quedaría para la fase de ejecución la posibilidad de instar estas reclamaciones por parte de los consumidores que no pudieran defender sus intereses y derechos en el proceso principal. Planteamiento que podría discutirse pues parece que en el art. 250.12 LEC la acción de cesación viene prevista no por su cuantía sino por su materia. Habría que interpretar la coletilla final del art. 73.1.2º: “Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso... que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de distinto tipo” ¿Qué se entiende aquí por juicio de distinto tipo? ¿Incluiría el ordinario y el verbal? Quizá el encaje podría intentarse en el 438.3.2 LEC, pero la pregunta subsiguiente será si en tal caso puede considerarse que una acción de reembolso pueda identificarse con una acción de daños y perjuicios, pues dicho artículo guarda silencio sobre la acción de reembolso. Se observa por tanto una posible contradicción entre la LEC y la LCGC y ello provoca que sea muy difícil aportar un criterio claro o una solución definitiva en este punto.

a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas, todo ello sin solicitar la acumulación de la acción de resarcimiento²⁹.

A partir de aquí cabe plantearse si era necesaria tal solicitud cuando no se había ejercitado la acción de restitución y la acción de cesación por sí sola en principio no daría derecho a restitución y por tanto no produciría efectos retroactivos sobre los contratos ya realizados en el sentido de obligar a restituir las cantidades presuntamente “indebidamente pagadas”. De hecho la doctrina ha criticado duramente que finalmente el TS siguiera los postulados del Ministerio Fiscal pues la acción de cesación por sí sola no afectaría a la eficacia de las cláusulas contenidas en los contratos individuales³⁰.

Sin embargo, parece que ha sido otro el criterio seguido por el TS, quizá haya optado por una interpretación rigurosa del art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril (LCEur\1993\1071) que ordena a los Estados miembros establecer que “no vincularán al consumidor en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional...”. Artículo interpretado en la sentencia de 26 de abril de 2012 del TJUE 2012\98 (Caso Invitel) en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las Condiciones Generales están obligados, en virtud del art. 6.1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que según el Derecho nacional se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula”. Al no distinguir podría interpretarse que dicha “no vinculación fuese retroactiva, ello junto a la posibilidad de los tribunales nacionales de actuar de oficio en esta materia reconocida la doctrina del TJUE llevarían a la conclusión de que ejercitada la acción de cesación conllevaría el ejercicio de la de restitución. Nos parece una interpretación forzada que no comulga con el hecho de que la ley haya previsto la posibilidad de acumular una acción de restitución a tal efecto, pero es la única que se nos alcanza para intentar dar sentido tanto a la petición del MF como a la decisión del TS, si es que se le pueda encontrar sentido.

La decisión de nuestro Alto Tribunal no deja de ser pintoresca pues si bien declara la nulidad de dichas cláusulas impugnadas, sin embargo establece que el efecto de dicha nulidad no es *ex tunc*, sino *ex nunc*. Dicha posibilidad, la de decretar una nulidad *ex nunc*

²⁹ Quizá pesó en el Fiscal el hecho de que una de las tres entidades demandadas era pública mayoritariamente (NCG) y en que el Gobierno hubiera formalizado un programa de asistencia financiera con la Troika, desde esta perspectiva el Fiscal hubiera sido coherente al tratar esquivar la devolución de cantidades, si bien lo más adecuado hubiera sido que pasara de largo.

³⁰ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia...” , p.24, de hecho, de la lectura del art. 53 TRLGDCU difícilmente podría llegarse a una conclusión distinta. De la misma opinión BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “La protección del deudor hipotecario a propósito...” , (pp.213-250), p.232, cuando señala que la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o recomendación de utilización de cláusulas abusivas y prohibir la reiteración futura de tales conductas. Parece ser otra la opinión de MONTÓN GARCÍA, Lidón, *Acciones colectivas y acciones de cesación*, Madrid 2004, p.90, cuando refiere que la acción de cesación puede hacerse valer para eliminar de un contrato aquellas condiciones generales que se consideren nulas por incumplir lo dispuesto en la LCGC”, si bien añade que habrá de acumularse la acción de devolución de cantidades así como la de indemnización de perjuicios.

ha sido muy criticada por la doctrina que la ha recibido con “estupor y desconcierto”, por implicar la frase “de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia” una insólita interpretación del art. 1303 Cc³¹. Se afirma que el TS ha sacrificado la regla general de la retroactividad de las declaraciones de nulidad, en pro de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sacrificando por tanto el efecto principal de la nulidad en detrimento del consumidor y en pro de unas entidades financieras que no habrían obrado de manera deontológicamente correcta al intentar disimular el verdadero contenido y significado de la cláusula suelo pactada³².

Puede afirmarse que por medio de esta sentencia se crea un nuevo tipo de ineficacia en el ámbito contractual, la ineficacia absoluta *ex nunc*³³. Solución que si bien nos puede dejar perplejos, el Alto Tribunal justifica. El TS mantiene que de admitirse una *ineficacia ab initio* que implicase la devolución de los intereses indebidamente cobrados se atentaría al orden público económico. Es decir, que el sector financiero no podría soportar los costes de dicha medida, razón suficiente, a su entender, para negarla.

Esta argumentación no debe sorprendernos cuando el mismo TS ha negado la aplicación retroactiva de la Constitución de 1978 a todo hijo “ilegítimo” por el mero hecho de haberse abierto la herencia de su progenitor con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, al considerar que dicha medida produciría un quebranto insoportable a la seguridad jurídica y económica³⁴. En ocasiones bajo el escudo de la “seguridad jurídica” se relativiza la fuerza de la ley y del propio orden constitucional y es que la sombra del llamado “orden público económico” es mucho más larga de lo que debiera. De hecho este orden público económico que se nos presenta como una “razón de Estado” parece más bien que da lugar a un derecho particular a favor de ciertos lobbies, es decir a favor de los “poderosos” en la nueva estructura social.

³¹ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia...”, p.24.

En la misma línea ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario La Ley*, nº8127, 16 de julio de 2013, LA LEY 4800/2013, pp.7-8, cuando indica que el TS incurre en un defecto harto reprochable al prohibir el efecto retroactivo de la nulidad declarada. Añade que si bien en el caso de las STS de 13 de marzo de 2012 se optó por declarar la irretroactividad de la nulidad, el supuesto era totalmente distinto al versar sobre unas cláusulas que se supeditaban a la contratación de un servicio de arrendamiento de un instrumento accesorio no solicitado (un descodificador alquilado por una plataforma de televisión digital), que a fin de cuentas se había estado usando por los abonados, por lo que no se condenó a la empresa a devolver las cantidades pagadas por dicho arrendamiento. Un caso no asimilable al de las cláusulas suelo .

³² ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Cláusulas...” p.9

³³ Es cierto que la doctrina moderna (por todos PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Navarra, 2004 p.226) tiende a difuminar las fronteras entre la nulidad absoluta y relativa proponiendo un concepto flexible de nulidad, pero en todo caso ambas nulidades producen una eficacia “ex tunc”, al igual que en el caso de la rescisión por lesión.

³⁴ STS de 31 de julio de 2007 (RJ 2007\6258), Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros. (Voto particular formulado por el Excmo. Sr. don Xavier O’Callaghan Muñoz).

A) Motivación para negar retroactividad a la nulidad declarada: Falta de transparencia por desinformación previa (y no por oscuridad intrínseca) y protección del orden público económico

Si atendemos a la solución ofrecida por el TS para paliar esta falta de coherencia jurídica y la indefensión en la que queda el consumidor del producto bancario que una vez obtenida la razón se ve materialmente privado de ella, comprendemos que pueden subyacer otros motivos de no menos peso que la transgresión del orden público económico, lo cual queda muy claro si atendemos a las razones que se exponen en la sentencia comentada para negar la retroactividad:

En primer lugar, el TS afirma que las cláusulas suelo son lícitas negando la premisa mayor del demandante, añade que su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas. Es decir, y siguiendo el informe del Banco de España citado en la sentencia, que puntualiza que su utilización se debe al coste del dinero, que normalmente está constituido por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, así como los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son distintos al precio del dinero. Pues la finalidad de fijación de un tope mínimo responde, según el referido IBE a mantener un rendimiento mínimo de los activos (préstamos hipotecarios) que permita a las entidades financieras resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de dichas financiaciones. Además añade que no se trata de cláusulas inusuales o extravagantes, que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado (alcanzando un elevado peso de la cartera³⁵).

En segundo lugar afirma el TS que la condena al uso de estas cláusulas se debe exclusivamente por ser abusivas por falta de transparencia y no por razones de ilicitud intrínseca, dicha falta de transparencia no se debe a la oscuridad interna de las propias cláusulas sino a una falta de información (la referida en el apartado 225 de la sentencia), si bien bajo la premisa de que las entidades demandadas sí han cumplido con las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

Por otro lado, considera positivamente que las cláusulas suelo se calcularan de tal forma que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenida en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

Finalmente, termina argumentando que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, razón por la que el propio Ministerio Fiscal solicitó al recurrir en apelación que no se reconocieran efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas impugnadas.

Es decir, el propio TS hace una defensa enconada de las cláusulas suelo negando tajantemente su ilicitud, justificando con múltiples argumentos su conveniencia y limitando el problema en ciernes a una falta de transparencia no por oscuridad intrínseca

³⁵ De hecho el informe del Banco de España citado por la STS de 9 de mayo de 2013 señala que el 29% de la cartera encuestada tenía restricciones a la bajada de los tipos de interés si bien de esta parte de la cartera, el 82% también tenía limitaciones a la subida.

en la redacción de las cláusulas sino por falta de suficiente información para que el prestatario pudiera libremente prestar su consentimiento³⁶.

Es por ello que parece como si el TS una vez declarada la nulidad quisiera mitigar los efectos de ésta por reconocer que quizá la gravedad de la oscuridad no fuera del calibre inicialmente pensando. Ve mucho mejor que en procedimiento separado instado por cada cliente pueda probarse el alcance exacto de la falta de oscuridad en cada supuesto y por tanto en su caso recobrar las cantidades que se prueben indebidamente pagadas, en este último caso pudiéndose reconocer plenos efectos retroactivos a la nulidad instada (pues un solo procedimiento particular de por sí no puede suponer un riesgo para el llamado “orden público económico”).

Esta sería la razón subyacente que arropada por la alegada transgresión del orden público económico justificaría el carácter irretroactivo de la nulidad declarada. Sin embargo, esta solución crea más inseguridad jurídica de la que elimina y resulta contraria a los principios básicos de nuestro Derecho de obligaciones, pues no hay mayor seguridad jurídica que el cumplimiento de la legalidad, en este caso el art. 1303 Cc³⁷.

A nuestro modo de ver, podemos plantearnos cuatro opciones: o bien se concluye que las cláusulas suelo son de por sí abusivas por la situación de preponderancia en la que queda la entidad bancaria que las impone y por tanto se decide su supresión, lo cual sería competencia exclusiva del legislador; o bien han de admitirse con todas sus consecuencias y la falta de transparencia que no se debiera a la oscuridad de la redacción debería analizarse caso por caso y no mediante el ejercicio de acciones colectivas, salvo en supuestos extremos en los que fuera notoria e indiscutible esta falta de transparencia³⁸; o

³⁶ CORDERO, Encarna en “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013)”, *Diario La Ley*, nº8098, 5 de junio de 2013, LA LEY 2925/2013, (pp.1-4), señala que los argumentos esgrimidos por el TS para justificar la irretroactividad solo refuerzan la validez de las cláusulas suelo en abstracto (habitualidad, justificación económica, licitud) pero no sirven para justificar la corrección de la actuación de la entidad que faltó a los requisitos de transparencia legalmente exigidos, salvo que quisiera decirse –lo cual no cree- que no hay retroactividad porque durante muchos años ha sido muy frecuente que las entidades utilizaran cláusulas suelo no transparentes.

³⁷ Además como señala HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos, “La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, *Revista CESCO de Derecho comparado*, nº6, 2013, p.167, puede consultarse en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, en otros estados europeos la autoridad de Servicios Financieros ha optado por obligar a las entidades financieras a devolver a sus clientes los pagos indebidamente cobrados sin que ello haya supuesto un quebranto para el sistema financiero, por ejemplo en marzo de 2013 en el que la correspondiente Autoridad de Servicios Financieros del Reino Unido obligó a devolver a los consumidores 9.600 millones de libras.

³⁸ Es muy significativo el razonamiento que hace CORDERO, Encarna, (*ob.cit.* pp.1-4) al comentar los efectos de la declaración de nulidad de la sentencia. Refiere que el TS determina que dichos efectos no se pueden hacer extensivos indiscriminadamente por dos razones: primera, porque AUSBANC no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demandada y, segunda, por el casuismo propio de la nulidad debida a deficiencias de información. La pregunta será si ese casuismo que se exige debería haber impedido el ejercicio de una acción colectiva cuando de por sí habría que estar al caso concreto para determinar si ha mediado una deficiencia de información.

se entiende que el problema es que muy probablemente el cliente bancario cuando llega a la Notaria a prestar su consentimiento llega ya atado de pies y manos, y bajo dicha premisa el notario es un convidado de piedra que se limita a advertir sin ejercer influencia alguna en el resultado y por tanto el consentimiento del prestamista no tiene opción de formarse correctamente lo cual podría justificar el ejercicio de una acción de cesación por falta de transparencia junto a otra colectiva para la restitución de las cantidades indebidamente abonadas; o finalmente, incluso podría considerarse, supuesto el planteamiento anterior, que daba igual que el cliente estuviese informado o no pues de todas formas iba a aceptar al atender únicamente al corto plazo (la cantidad de las primeras mensualidades) y por tanto que podría haberse infringido el art. 1256 CC.

El TS por un lado considera al cliente como un “cautivo”, pero por otro opta por crear un remedio intermedio al declarar la nulidad irretroactiva de las cláusulas impugnadas. Parece como si el Alto Tribunal no terminara de comulgar con lo que predica. La razón podría ser o bien que entendiera que en la práctica el pretender que en todos los casos de inclusión de cláusula suelo por las entidades demandadas faltó una suficiente información podría resultar poco creíble y por tanto que mejor sería tratar la devolución caso por caso; o bien que hubiera optado por resolver sin atender a criterios jurídicos sino exclusivamente económicos escudándose en lo que llama “orden público económico”.

B) Alcance de la falta de transparencia por desinformación sobre el significado y valor de la oferta en el mercado

En materia de impugnación de cláusulas en contratos con consumidores la falta de transparencia puede deberse a dos motivos distintos, o bien a su defecto de redacción o bien a las circunstancias concurrentes que impidieron al contratante consumidor conocer el alcance de la cláusula en cuestión. PERTIÑEZ VILCHEZ lo explica al señalar que si bien el control de las cláusulas relativas al precio ha de ser un control de transparencia, tiene poca importancia que la cláusula concreta este redactada de forma clara y comprensible, pues la claridad y la comprensibilidad de una cláusula que incida sobre el precio no elimina el efecto sorpresivo que la misma pueda provocar al consumidor, puesto que dicha sorpresa no derivaría de una falta de claridad en la redacción de la cláusula, sino de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se habría representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario. Es decir, que una cláusula puede ser absolutamente clara y comprensible y sin embargo provocar un efecto distorsionador sobre el precio³⁹. De hecho el propio art. 80.1 b

A mayor abundamiento y aunque solo afecte tangencialmente, la STJUE de 14 de marzo de 2013 ha señalado que es fundamental para determinar la nulidad de la cláusula atender a si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonable que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”, lo cual es interpretado por el Auto de la sección segunda de la AP de Burgos de 10 de abril de 2013 (Ponente Ilmo Sr. don Juan Miguel Carreras Maraña) en el sentido de que hay que atender a las circunstancias del caso . Se trataba de un supuesto de admisibilidad de cláusula suelo.

³⁹ PERTIÑEZ VILCHES, Francisco, “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº9, 2012, enero, p.88. Igualmente añade que es razonable entender que si la cláusula suelo resultase suficientemente conocida por los prestatarios antes de la realización del contrato pudiera incidir de manera típica en la decisión de contratar, por la

TRLGDCU establece que aquellos contratos que contengan cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente han de cumplir con los requisitos de accesibilidad y legalidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

En palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, respecto a la transparencia de los elementos esenciales no se trata tanto de de la claridad y comprensibilidad de las palabras como del significado y el valor de la oferta en el mercado⁴⁰.

C) Requisitos exigidos en este caso por el TS para acreditar la falta de transparencia: ¿Lista de exigencias que impide de hecho acreditar que el prestatario haya sido suficientemente informado?

Según el TS la falta de transparencia de las cláusulas suelo impugnadas en este caso se debería a una falta efectiva de información de los clientes bancarios por concurrir los siguientes extremos:

Por un lado, falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, por haberse insertado de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, por no existir simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar, por no mediar información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Además y solo para el caso de la entidad demandada BBVA se consideran falta de transparencia por ubicarse entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas diluyendo la atención del consumidor.

De lo cual deducimos que:

Basta con que se dé una de estas circunstancias para que se pueda declarar nula la cláusulas, de hecho al menos la última (enmascaramiento de la cláusula) de ellas solo se dio en los contratos realizados con una de las tres entidades bancarias demandadas. A mayor abundamiento las entidades de crédito interesaron al TS que se pronunciara en el sentido de declarar que, para la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, era preciso

probabilidad del acaecimiento de la circunstancia que actúa la aplicación de la cláusula (el descenso del tipo de referencia por debajo del umbral mínimo establecido) y por la perceptibilidad de las consecuencias económicas de su aplicación (pp.89-90). También en “Falta de transparencia...” p.10

⁴⁰ MIQUEL GONZALEZ, José María, “Comentario al art. 82 TRLGDCU 1/2007” en Comentarios a las normas de protección de los consumidores, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, Madrid, 2011, pp.726-727. Señala que la transparencia puede referirse al nacimiento del contrato, esto es al tiempo de contratar, para que el cliente esté informado de las condiciones contractuales o a la vida ulterior del contrato, para que se cumplan las obligaciones, deberes y cargas, y se ejerzan los derechos y facultades. A su vez considera que la transparencia, al tiempo de contratar, no es importante respecto de las cláusulas contractuales que no regulan los elementos esenciales, porque generalmente estas cláusulas no son factores de decisión de los clientes. Considera que en ellas lo importante es sobre todo el equilibrio de derechos y obligaciones, al margen de que hayan sido conocidas o no, pues lo típico y habitual es que los consumidores no las lean. Concluye señalando que la transparencia respecto de ellas importa para que puedan entenderlas a la hora de cumplir el contrato y resolver las incidencias que ocurran.

que concurriesen todas las circunstancias antes indicadas. Lo cual dio lugar al auto de aclaración del Pleno del TS de 3 de junio de 2013 de la sentencia de 9 de mayo de 2013, en el que se entendió que no era preciso que concurrieran de forma simultánea todas las circunstancias y que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia e incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, constituye un resultado que no puede sustituirse por el cumplimiento de formalismos carentes de eficacia en tal sentido, como por ejemplo, la lectura del documento por el notario⁴¹.

Nos preguntamos si en realidad medió esta aparente falta de transparencia colectiva, matizada por esta aclaración tan rigurosa que determina que la falta de uno solo de los supuestos previstos determina la nulidad por abusiva de la cláusula impugnada, pues si bien compartimos la posición doctrinal referida que entiende que la transparencia consiste en la garantía de que el cliente pueda conocer el significado y el valor de la oferta en el mercado, creemos que ente caso la sentencia ha cruzado el límite de lo razonable al generalizar un presunto comportamiento abusivo⁴².

- Entendemos por un lado que en muchos casos los clientes bancarios sí debieron ser conscientes de las consecuencias de insertar dichas cláusulas en sus contratos aunque no vinieran éstos acompañados de los documentos y de las previas informaciones referidos.

- Por otro lado consideramos que en muchos otros casos aunque dichos documentos e informaciones añadidas se hubieran incluido, la decisión del cliente hubiera seguido siendo contratar incluyendo la cláusula suelo, pues en la fecha en las que se celebraron la mayoría de los contratos el presente escenario de crisis era totalmente inverosímil, por lo que aunque se hubiera realizado el simulacro por parte de la entidad financiera de poco hubiera servido al ser considerado como supuesto extravagante.

- En todo caso las exigencias que la sentencia exige para probar la transparencia siguen sin garantizar que en muchos casos el cliente llegue a tener un conocimiento pleno al prestar su consentimiento sencillamente porque debido a su conocimiento de las prácticas financieras no está preparado para asimilar dicha información.

⁴¹ Auto de aclaración del Pleno del TS de 3 de junio de 2013, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. (RJ 2013\3617) El Auto añade que la cláusula suelo podrá ser considerada nula aunque el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo por las bajadas de índice de referencia.

⁴² Es cierto que media falta de transparencia cuando la tarea de conocer las consecuencias de la regulación incluida en el contrato (y que afecta al precio) sobrepasa lo exigible a un ciudadano medio, pero ello no implica que sea legítimo presuponer que para que un ciudadano medio pueda conocer dichas exigencias la entidad bancaria haya de cumplir con una lista de requisitos cuya exigencia no era previsible a priori. Igualmente no es presumible entender que de las circunstancias en las que se incluyeron estas cláusulas en los contratos sea deducible que un ciudadano medio habría desconocido sus consecuencias, pues repetimos no queremos creer que medió una negligencia notarial y bancaria colectiva. El problema es que en cada caso las circunstancias fueron distintas y por ello, resulta tan difícil formular aquí cual sería el parámetro objetivo para la valoración de la transparencia. Téngase en cuenta que la doctrina considera que ésta ha de responder a un criterio objetivo, por todos PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *Las cláusulas...* pp.42-43

- Igualmente nos preguntamos qué pasaría si el EURIBOR llegara a ser cero o negativo, en tal caso, ¿el diferencial pactado no sería el equivalente a una cláusula suelo?

En realidad, si la razón para considerar la falta de transparencia fuera considerar al deudor como un cliente cautivo, habría que añadir que desde esta perspectiva la mayoría de los clientes bancarios lo serían, pues cuando llegan al despacho del notario van a aceptar el contrato esté redactado como esté redactado, en tanto que por un lado, las necesidades mandan y por otro poco importa el TAE, el interés, el diferencial, la cláusula suelo... cuando se sabe que difícilmente otro banco dará en conjunto mejores condiciones. En tal caso serían anulables muchísimos contratos por transgredir el mandato del art. 1256 CC, por faltar un consentimiento con conocimiento de causa y libre. Pero eso no ha de significar que el cliente bancario no haya sido informado previamente, o que ignore las consecuencias de las cláusulas incorporadas en el contrato, simplemente en muchos casos no les otorga mayor relevancia pues en nuestra sociedad se impone la visión a corto plazo. ¿Esto implicaría que mediaría una falta de transparencia colectiva que afectaría a todos los clientes bancarios en cuyos contratos se hubiera introducido una cláusula suelo? Podría defenderse y así lo hace el TS respecto a los supuestos impugnados, en tanto y cuanto que quedase comprometida la comprensibilidad del significado y el valor de la oferta en el mercado. En todo caso, desde este planteamiento el cliente seguiría estando principalmente cautivo, por muchas cautelas y advertencias previas que le hubiera realizado el banco; es más aunque hubiese sido correctamente informado también quedaría las más de las veces cautivo, pues de poco le serviría ser conscientes de las consecuencias de tal o cual cláusula cuando inexorablemente está abocado a prestar su consentimiento.

Quizá lo que ha hecho el TS haya sido simplemente optar por resolver la cuestión por la vía más aceptable que ha vislumbrado. El problema de fondo es estructural y por tanto de muy difícil solución dada la coyuntura socioeconómica existente. Desde luego, desde esta perspectiva se podrían entender las voces que abogan por prohibir las cláusulas suelo para evitar una mayor inseguridad jurídica⁴³

D) ¿Es viable ejercitar la acción de cesación cuando la falta de transparencia se fundamenta en una insuficiente información previa del cliente bancario y no en una intrínseca oscuridad de la cláusula impugnada? ¿Es legítimo justificar la falta de transparencia en la no concurrencia de unos requisitos tan estrictos que de hecho no se observaron en ninguno de los miles de contratos afectados? ¿Es creíble que en todos esos supuestos el cliente bancario ignoraba la existencia y consecuencias de la cláusula suelo?

a) Significado y función de la acción de cesación⁴⁴

⁴³ Prohibición que si bien no es legal, de hecho se está produciendo, pues prácticamente la mayoría de las entidades bancarias están retirando este tipo de cláusulas de sus contratos tipo, si bien al precio de compensar la partida que pierden con otras, como comisiones, tipo de interés en los nuevos contratos...)

⁴⁴ Sobre esta materia debe consultarse: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, Madrid, 2005; DE LUCCI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Madrid, 2005; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Tutela judicial de los consumidores y*

La Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación señala que la acción de cesación pretende obtener una sentencia de condena al demandado a fin de que elimine de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en el futuro, determinando y aclarando cuando sea necesario el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz (art.12.2). Su finalidad por tanto es obligar al demandado a no utilizar una concreta cláusula que deberá ser eliminada de los contratos o dejar de ser recomendada.

La acción de cesación puede ser considerada como una peculiaridad procesal en materia de consumo cuya pretensión no deja de ser un “dejar de hacer” o una prohibición⁴⁵ y que se encauza mediante un proceso específico en el ámbito de los procesos declarativos ordinarios (ha de acudir al juicio verbal, art. 250.1.12 LEC). La vigente configuración de este instrumento procesal viene determinada por las Directivas 1998/27/CE, de 19 de mayo y 2009/22/CE, de 23 de abril, destacando dentro de la regulación estatal la reforma del año 2002 que introdujo el art. 10 ter en la LEC. Es importante subrayar que tal como ha indicado ARIZA COLMENAREJO la Directiva de 2009 niega la identificación de los intereses colectivos con una acumulación de intereses individuales afectados por una infracción⁴⁶, pues no se trata de garantizar el ejercicio de acciones de condena por los directamente afectados, sino más bien de un mecanismo de prevención ante una conducta que sea ilegal, que puede que aún no haya sido lesiva. Es por ello que se proponga aplicar a la acción de cesación la idea de ilícito concurrencial entendido como un ilícito objetivo, institucional, de peligro y de mercado⁴⁷.

Respecto a lo que aquí nos importa debe observarse que la acción de cesación no requiere la producción de un daño efectivo sobre los consumidores, sino la existencia de un riesgo potencial de que dicho daño se llegue a producir por lo que la cesación podrá solicitarse desde el mismo momento en que la norma quede vulnerada con independencia

transacciones colectivas, Madrid, 2010; HERRERA CUEVAS, Edorta, La acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, Revista del Poder Judicial, nº76, 2004, pp.79-136; PARDO GATO, José Ricardo “La acción de cesación como medio de protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”, *Estudios sobre consumo*, nº69, 2004; SÁNCHEZ BARRIOS, María Inmaculada, “El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los consumidores y usuarios”, *Estudios sobre consumo*, dir. Por SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, Valencia, 2012, pp.517-548; VICENT CHULIÁ, Francisco, “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas bancarias”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº13, 2004, pp.49-84.

⁴⁵ En este sentido GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico” en Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso, dir. Ariza Colmenarejo, María Jesús y Galán Gonzalez, Candela, Madrid 2009, p.133

⁴⁶ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Cizur Menor, Navarra, 2012, p.20. Lo cual no es incompatible con el hecho de que cuando la ley incluye entre los legitimados para el ejercicio de la acción de cesación a los grupos de afectados, presume la existencia de un interés único que GONZÁLEZ CANO, María Isabel, califica en *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002, p.112 como una suma de intereses individuales determinados.

⁴⁷ Así lo entiende ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, en *La acción...* p.22, siguiendo las pautas indicadas por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, en *La competencia desleal*, 1988, Madrid, pp. 125 y ss.

de los derechos individuales que pudieran quedar afectados (si bien, se configura como una tutela anticipatoria más que una medida cautelar). Es por ello que se sugiera que la calificación de “colectivo” en tanto predicado de la acción de cesación no puede referir el mismo concepto que el recogido en el art. 11.2 LEC al referirse al “interés colectivo”, pues es intrascendente que los consumidores hayan o no sido determinados al no ostentar legitimación para iniciar la acción. Es decir, no se tutela el interés subjetivo del consumidor, más bien nos encontramos ante una vía de protección de intereses distintos a los particulares, pero que de forma indirecta les beneficia, pues en realidad se tutela un interés general, si bien limitado a un sector concreto de ciudadanos, lo cual igualmente implica que el principio dispositivo pueda quedar limitado en esta materia a favor del principio de la oficialidad, pues el tipo de interés protegido exige de un pronunciamiento judicial de fondo que no puede quedar al arbitrio de las partes⁴⁸.

En este punto nos es muy útil la distinción entre intereses supraindividuales e intereses individuales plurales. Señala GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES⁴⁹ que el interés supraindividual es una situación jurídica en la que una comunidad de sujetos se encuentra en idéntica posición respecto a un bien del que todos ellos disfrutan simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y que se ven afectados de forma unitaria por un determinado acto que a todos perjudica. Es un interés que es de todos y cada uno de ellos, en la misma medida y por el hecho de ser miembros de grupo genéricamente afectado. Sin embargo, indica que los intereses individuales plurales u homogéneos se caracterizan por ser derechos subjetivos privativos, particulares de cada uno de sus titulares y como consecuencia de ello, solo por ellos disponibles, tanto en el ámbito material como en el procesal⁵⁰.

Por otro lado, el TRLGDCU prevé que la acción de cesación sea imprescriptible debido a su carácter público en tanto vía para la protección del interés público⁵¹. En

⁴⁸ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, *La acción...* pp.23-26, autora que subraya la dificultad a la hora de distinguir cuando nos encontramos ante un proceso que verse sobre intereses colectivos o difusos (p.85), destacando que en el segundo supuesto la legitimación queda restringida a las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas. En todo caso señala que no cabe identificar la acción de cesación con algún modo de defensa de los intereses difusos por el mero hecho de que la repercusión de la pretensión pueda afectar a un número indeterminado de consumidores. Más aún, afirma que la separación entre interés general e intereses pluriindividuales hacen de la cesación una especialidad dentro del genérico interés colectivo o difuso, que en ocasiones se encuentra más próximo a los intereses colectivos que a los difusos (pp.92-93), como de hecho así lo ha señalado el TS en sentencia de 29 de diciembre de 2010, (RJ 2011\148), Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

⁴⁹ GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*. Elcano, Navarra, 1999, pp. 110-113.

⁵⁰ Autor que ofrece como ejemplo de esta última categoría aquel en el que los titulares hubieren adquirido un bien que no respondiera a las cualidades anunciadas o contrastadas, o quienes han adquirido o contratado un bien como consecuencia de la calidad o cualidad que se supone en virtud e la marca aparente, o el derecho a la reparación o resarcimiento de los daños sufridos en la propiedad o salud, como consecuencia de la contaminación o en la integridad física de unos escolares accidentados.

⁵¹ No obstante, la Ley establece un régimen especial de prescripción cuando se trate de una condición general inscrita. Por su parte, CARRASCO PERERA, Ángel y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, en “Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia

materia probatoria, una peculiaridad de regulación del Derecho de consumo es que suele prever la inversión de la carga de la prueba apartándose del régimen general previsto por el art.217 LEC⁵². Sin embargo tanto la LCGC como el TRLGDCU guardan silencio respecto a la acción de cesación, esto implica que corresponde al actor probar las circunstancias fácticas, es decir la conducta cuestionada del demandado contraria a una determinada regulación⁵³.

b) Ejercicio de la acción de cesación en este supuesto

Las líneas anteriores sirven a fin de comprender el difícil encaje que puede tener pretender la nulidad de una cláusula abusiva por falta de transparencia debida a una previa falta de información a través del ejercicio de una acción de cesación. Hemos referido que los intereses colectivos no pueden identificarse con una acumulación de intereses individuales afectados por una infracción, que no se trata de garantizar el ejercicio de acciones de condena por los directamente afectados, que en realidad en el caso de la acción de cesación estamos ante un mecanismo de prevención ante una conducta que sea ilegal, que puede que aún no haya sido lesiva. Es por ello que la acción de cesación viene unida a la idea de ilícito concurrencial entendido como un ilícito objetivo, institucional, de peligro y de mercado. Pues bien, este tipo de ilícito requeriría de una prueba de una actividad abusiva del empresario que hubiere perjudicado o pudiere perjudicar a todo un colectivo de afectados, prueba que es prácticamente imposible cuando se trate de una falta de transparencia por no mediar una previa información suficiente al consumidor.

La razón es obvia, la naturaleza de este tipo de ilícito nos obliga a limitar la actividad probatoria a un caso concreto, pues en cada supuesto las circunstancias concurrentes cambian y no es válido ni justo intentar dar una pauta general cuando la propia formación de cada consumidor pueda determinar que ante unas mismas circunstancias, ante el cumplimiento de unos mismos requisitos formales, una persona pueda quedar perfectamente informada y otra no. La protección del consumidor ha de quedar enmarcada dentro de los límites de la buena fe, que impone que no sea legítimo que ciertos clientes amparados por una interpretación forzada de una normativa favorable, obren a sabiendas en contra de sus propios actos para obtener un trato favorable que sería claramente injusto. La justicia ha de darse a partir de los hechos

Española de la Seguridad Alimentaria y nutrición”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* nº21, 2008, p.17 (25-63) señala cuando se trate de otro ámbito la acción de cesación estará sujeta al plazo general de prescripción de 15 años. De hecho, al tratarse de una acción que reclama un “no hacer” o una prohibición, puede entenderse como ejercicio de un derecho subjetivo, más que potestativo, por lo que su plazo quedaría determinado por el art. 1964 Cc, y no podríamos asimilarlo a los plazos de caducidad previstos para las acciones de nulidad y rescisorias (normalmente de cuatro años 1299 y 1301 Cc). Puede consultarse al respecto: CAÑIZARES LASO, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.

⁵² Puede consultarse: VALLINES GARCÍA, Enrique, “La protección del consumidor a través de las reglas sobre carga de la prueba” en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Madrid, 2010, p.238.(227-271).

⁵³ La única previsión legal que se aparta de la regla general del art. 217 LEC es el art. 53 TRLGDCU que impone al empresario la carga de probar que la cláusula haya sido negociada individualmente

reales acaecidos en cada caso y ello implica que en determinadas ocasiones será viable la acción de cesación y en otras no, pues una cosa será que la redacción de una cláusula sea oscura, lo cual objetivamente perjudicará a todos los consumidores afectados; y otra muy distinta que siendo la redacción de la cláusula clara y no habiendo sido escondida, se considere que el cliente no fue suficientemente informado para formar su juicio a la hora de consentir, en cuyo caso habrá que estar evidentemente a las circunstancias del caso concreto. Es más en este último caso sería muy difícil identificar el “interés general” que justificaría el ejercicio de una acción de cesación y más fácil identificar el particular en las circunstancias del caso concreto.

Por ello afirmábamos antes que es distinto que el cliente llegue cautivo al despacho del Notario porque ineludiblemente esté destinado a firmar, a que no sea consciente de la existencia y alcance de una determinada cláusula incluida en el contrato hipotecario que va a suscribir. Como hemos visto, el TS en la sentencia que comentamos considera que la falta de transparencia estaría más que en la propia redacción de la cláusula, en los tratos preliminares y coetáneos a la celebración del contrato. Opta por objetivar el supuesto recogiendo una lista de requisitos siempre exigibles para que medie transparencia, sin embargo, en la práctica la ausencia de cualquiera de dichos requisitos puede no haber impedido al consumidor haber conocido previamente la cláusula y sus consecuencias. Se objetiva, pero con unos requisitos tan exigentes que siempre mediará cierta incertidumbre sobre lo que realmente haya pasado. Por ello decimos que quizá le resulte tan difícil a la sentencia conceder un derecho de restitución generalizado, pues quizá considere que habría que estar al caso concreto para determinar si realmente ha faltado la transparencia. Por ejemplo no estaría en la misma posición un cliente con conocimientos en el funcionamiento del mercado financiero que otro sin dichos conocimientos, si bien ambos podrían quedar en una misma situación de sujeción o cautividad frente al banco.

A título de hipótesis teórica podríamos plantearnos cuales serían aquellas circunstancias bajo las cuales el cliente bancario sí tendría que haber sido consciente de la existencia de la cláusula suelo y los efectos que la misma produciría, pues desde la razón de la sentencia en tal caso el banco podría probar su diligencia y buen hacer quedando libre de responsabilidad. En tal caso, todo quedaría en una cuestión de prueba, la cual desde la perspectiva del banco debería venir determinada por la intervención del Notario que se supone tendría que haber informado suficientemente de las condiciones más relevantes y asegurarse de que el prestatario prestaba con pleno conocimiento de causa su consentimiento, (incluyendo evidentemente la existencia y alcance de la cláusula suelo). Sin embargo, estos planteamientos no resultan convincentes, y llevados a su último extremo implicarían que tendría que tenerse en cuenta la posibilidad de pedir responsabilidad a cada fedatario público interviniente⁵⁴.

⁵⁴ En todo caso tras la STS de 9 de mayo de 2013, en la que, por un lado, se estructura el nivel de información y asesoramiento en un nivel formal, que sería obligación del notario y por otro en un segundo nivel relativo al cumplimiento de todos los requisitos del p. 225 de la sentencia, a resultas de este segundo deber, si bien el notario al día de hoy no podría negarse a otorgar la escritura por falta de alguno de dichos requisitos, sin embargo si tendría la obligación de advertirlo, y la falta de esta advertencia lo haría responsable.

Es decir, es un lugar común afirmar que el cliente ya ha tomado su decisión antes de acudir al despacho del Notario y que éste poco puede hacer ya para evitar lo inevitable. Por tanto, lo que debería probarse sería que anteriormente a la fecha de la celebración del contrato el cliente fue suficientemente informado y que tomó consciencia de las consecuencias de incluir dicho tipo de cláusula en el contrato hipotecario. Efectivamente, esto es lo que hace el TS al recoger una serie de requisitos concurrentes y necesarios para negar la falta de transparencia, es decir, para negar que el cliente no fue consciente de la existencia y alcance de la cláusula suelo. Y sin embargo, la doctrina ha criticado la inclusión de tan severa y estricta lista de requisitos.

El problema es que no es razonable ni creíble que a todo cliente bancario en cuyo contrato de hipoteca se le incluyese este tipo de cláusula se le privase de la suficiente información previa sobre la misma, y es sin embargo admisible que informado de ella no le diera relevancia debido a la coyuntura económica existente en el momento de la constitución de la hipoteca que difícilmente podría hacer prever una bajada de tipos de interés como la actual. Por ello, al optar el TS por subir el nivel de exigencia a tal punto que es factible afirmar que resultará prácticamente imposible que las entidades financieras prueben haber cumplido los requisitos exigidos para acreditar la transparencia, quedaría conculcado el derecho de la entidad financiera a poder probar su diligencia, a probar haber informado suficientemente al prestatario.

A partir de aquí se aprecian dos graves disfunciones. En primer lugar, imponer *a posteriori* unos requisitos como los ya referidos, que a sabiendas se presume que no se habían cumplido por las entidades financieras para admitir la acción de cesación, no es una medida acorde con la realidad de los hechos enjuiciados, no es creíble que en todos estos contratos faltara transparencia (más cien mil contratos afectados). No es racionalmente aceptable que todos los prestatarios resultaran siempre desinformados y actuaran sin consciencia de las consecuencias de la inclusión de dichas cláusulas simplemente por no concurrir los requisitos exigidos.

En segundo lugar, al no ser admisible una presunción “*iuris et de iure*” de desinformación colectiva, es cuestionable que la acción de cesación fundada en dicha causa debiera haber prosperado cuando la falta de transparencia se fundamentaba no en la falta de claridad en la redacción de la cláusula sino en los actos previos y coetáneos a la celebración del contrato y se hace depender de unos criterios inquisidores. Desde esta perspectiva se podría distinguir entre dos escenarios muy distintos: o la falta de transparencia es evidente y por tanto resulta que todos los contratos adolecen de la misma (ej.: porque la redacción de la cláusula es oscura, o las circunstancias son muy evidentes) y por tanto puede proceder el ejercicio de una acción de cesación junto a la de resarcimiento (de haberse pedido); o no media una absoluta falta de transparencia (por no deberse a la redacción, o no ser evidentes las circunstancias) y por tanto habrá que estar al caso concreto y replantearse si procede el ejercicio de la acción de cesación⁵⁵.

⁵⁵ El art. 12 LCGC regula las acciones de cesación, retractación y declarativa, al respecto señala que contra la utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley o en otras Leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente las acciones de cesación y retractación. En concreto la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas

Más aún, podría plantearse si el tratamiento de las cláusulas abusivas ha de ser el mismo en el caso del control de contenido que en el de control de transparencia, por lo menos en el caso de que la conducta abusiva pudiera consistir en una previa falta de información. En este último caso la finalidad es garantizar que el consumidor pueda formar su voluntad con suficientes elementos de juicio al prestar su consentimiento, lo cual nos lleva a plantearnos a título de hipótesis si quizá no fuera mejor encauzar esta materia por los vicios del consentimiento⁵⁶. Lo cual precisamente fue lo que se planteó el Juez de Primera Instancia en el caso resuelto por la STS de 17 de junio de 2010⁵⁷ sobre el ejercicio de una acción de cesación, en el que el Juez apreció error en el consentimiento prestado por los clientes que habrían creído suscribir un nuevo contrato de imposición y no de alto riesgo, error vicio que estimó excusable y que por tanto permitía declarar la nulidad del contrato según su parecer, pronunciamiento que fue revocado por la Audiencia. Como bien señala GONZÁLEZ PACANOWSKA⁵⁸ no parece que tal pretensión pudiera ser ejercitada a través de una acción de colectiva, pues en todo caso podría haber sido alegada por los propios contratantes individualmente lo cual les hubiera permitido la declaración de nulidad de todo el contrato.

E) Conclusión: La irretroactividad se impone por razón de protección del orden público económico y como paliativo ante la imposibilidad de defensa de las entidades a las que de hecho se priva de poder acreditar que el prestatario ha sido suficientemente informado. Además el ejercicio de la acción de cesación instada parece desproporcionado cuando la falta de transparencia se debe a unas circunstancias que pueden divergir de caso a caso, creando el peligro de que el juzgador asuma una función propia del legislador

Por todo ello no creemos que el problema haya estado tanto en la falta de información como en lo imprevisible de la crisis, y es por ello que sí creemos que muchos clientes estuvieron suficientemente informados pero no dieron importancia a las consecuencias de insertar las cláusulas por entender que dicho escenario de tipos de interés mínimos era de muy improbable sustanciación. Pero eso no sería un supuesto de falta de transparencia, sino de falta de clarividencia, que no puede ser imputada.

Por otro lado, el carácter “cautivo” del cliente bancario puede deberse no solo a la falta de transparencia, sino a una situación estructural que lo condiciona hasta el punto de que cuando llega al despacho del Notario de poco sirva ya que haya sido informado o no, que sea consciente o no de las cláusulas que incluye el contrato, pues de lo que sí es muy consciente es de que difícilmente otra entidad bancaria mejorará en su conjunto la oferta

en lo sucesivo, determinando o aclarando cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Finalmente, a esta acción se le podrá acumular como accesoria la de devolución de cantidades que se hubieran cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de los daños y perjuicios que hubieren causado la aplicación de dichas condiciones.

⁵⁶ Lo cual a su vez daría lugar a una nueva problemática como sería la de establecer los plazos de impugnación al quedar sujetos los vicios de consentimiento a un estricto plazo de caducidad

⁵⁷ STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407), Ponente: Excmo Dr. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁵⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario a la STS de 17 de junio de 2010. Acción colectiva de cesación”, *CCJC*, mayo-agosto 2011, n°86, sentencia n°2277, pp. 807-808 (785-812).

y en todo caso, lo único que le importa es el corto plazo, es decir la cuantía de las primeras mensualidades y el resto es una entelequia que la comprenda o no poco le importa, se adapta a las circunstancias. Finalmente el consentimiento lo prestará o con falta de transparencia o con falta de plena libertad, siendo lo segundo fruto de una situación estructural que tiene poco remedio. Es por ello que el TS hace hincapié en la falta de transparencia y desde esta perspectiva recoge un listado de requisitos necesarios y concurrentes que exige en todo caso en que se quiera probar que el contrato sí era transparente. El problema es que pone el listón tan alto, que sencillamente es prácticamente insuperable, el resultado final es fácil de entender: en todo supuesto en que se haya incluido en un contrato de hipoteca una cláusula suelo en los últimos años ineludiblemente está destinada a ser declarada abusiva. Evidentemente esto no concuerda con el concepto “falta de transparencia”, pues puede que en muchos casos el cliente bancario haya sido muy consciente de lo que hacía; pero si concuerda con el lugar común “cliente cautivo”. Quizá el TS, que no es legislador, haya querido dar solución, a su manera, a esta cierta situación de absoluta dependencia y cautividad a la que se ve forzado el cliente bancario. Por eso encuentra una vía para resolver en el concepto de “falta de transparencia” para después poner unos requisitos tan exigentes que beneficien a todo cliente haya sido o no consciente de la existencia y efectos de la cláusulas por quedar en todo caso “cautivo”.

Puede que el TS haya considerado que la justicia “formal” no era suficiente para una efectiva protección del consumidor, y por ello no se haya contentado con una protección individualizada, que a la postre se convertiría en costosa y tortuosa para el consumidor, y quizá por ello admitiera la acción colectiva ejercitada a fin de garantizar la efectiva protección del consumidor. Admitiendo por tanto la acción de cesación a pesar de todas las objeciones que antes hemos formulado.

El problema es que para llegar a este puerto quizá se haya forzado la interpretación y aplicación del Derecho más de lo aconsejable y se haya llegado a un punto en el que la cláusula suelo sea observada por las entidades financieras como un “riesgo inasumible generador de inseguridad jurídica” y por la sociedad como “una cláusula de por sí abusiva”, cuando de por sí la propia sentencia nos informa que no debería ser así. Por otro lado, quizá el problema sea que el propio TS dude de toda esta construcción jurídica realizada en la sentencia y termine incoherentemente por negar sus consecuencias al privar de retroactividad a la nulidad que declara. Es por ello que quizá, una vez dado el primer paso, haya decidido retroceder y no aplicar los efectos que consecuentemente debería haber aplicado declarando irretroactiva la nulidad que declara.

Quizá sea ésta una de las razones por la que no admitió declarar el carácter retroactivo de la nulidad que declaraba. Quizá haya estimado que sería más respetuoso con la realidad que se resolviera caso por caso estudiando en cada supuesto si habría mediado o no efectivamente una falta de transparencia y en su caso declarando con derecho a reembolso de las cantidades indebidamente satisfechas⁵⁹.

⁵⁹ Señala HERNÁNDEZ, Carlos, en “La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, Revista CESCO de Derecho comparado, nº6, 2013, p.136, puede consultarse en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

En todo caso el TS ha optado por una solución que no da plena satisfacción a los consumidores, pues si bien se ha logrado que a partir de ahora el banco deje de aplicarles la cláusulas suelo en sus contratos, sin embargo siguen quedando obligados a acudir individualmente a la justicia para recuperar las cantidades que se les deben; ni es acorde con los principios básicos de nuestro Ordenamiento al declarar una nulidad “ex nunc”. El resultado final es el de una victoria pírrica, pues una vez alcanzada ésta aunque los perjudicados hubieran ejercitado una acción de devolución de lo indebidamente pagado no habrían obtenido un derecho al directo resarcimiento del daño sufrido sino que tendrían que continuar su lidia contra el banco alargando el proceso y encareciendo significativamente los costes al tener que actuar individualmente.

Queda por tanto hecho el envite al poder legislativo mediante una sentencia que no ha hecho sino abrir la caja de pandora, pues a partir de ahora los tribunales menores, que en su mayoría no están admitiendo restringir los efectos de la sentencia, van a ir extendiendo la nulidad a toda cláusula suelo pactada con toda entidad bancaria y habrá que esperar a que estas sentencias lleguen a las Audiencias para saber cuál es el futuro de este tipo de cláusulas. No obstante, podemos ya adelantar que el futuro de estas cláusulas está muy comprometido cuando las propias entidades bancarias las ven como foco de inseguridad y caldo de cultivo de pleitos. En todo caso, si bien las formas puedan ser criticables, quizá la motivación no, y quizá el lado muy positivo de esta sentencia sea que ponga sobre el tapete la situación de desprotección en la que suelen quedar los consumidores al contratar créditos hipotecarios, y la tarea que deja al legislador buscar la fórmula para contrarrestar esta desprotección estructural que sea compatible con el fomento de la actividad financiera y del mercado hipotecario imprescindibles para poder reactivar nuestra economía y garantizar la función social que deberían cumplir las entidades bancarias en tanto vehículos para que los ciudadanos puedan volver acceder a la vivienda. Sin duda, el reto es grande y pasa por establecer una regulación clara, que proteja al consumidor y le facilite el acceso al crédito, dando a la vez seguridad a las entidades financieras.

En conclusión, parece que el TS quisiera contentar simultáneamente el interés de las distintas partes en litigio cayendo en una antinomia o bucle del que no puede salir airoso, al menos desde la estricta perspectiva jurídica y en el ámbito del Derecho privado. No olvidemos que por un lado el Derecho privado tiene a fin dar a cada uno lo suyo, y no la justicia distributiva, que quedaría para otras ramas del Derecho, por lo que no debería incurrir el privatista en posiciones extremas que impidieran *de facto* a una de las partes poder probar la realidad enjuiciada estableciendo presunciones imposible de vencer por muy fuerte que sea la posición de una de las partes y débil la de la otra. Pero, por otra

<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> , que ello de por sí no supondría pago alguno por parte de la entidad financiera, sino una disminución de la deuda, y en su caso de acreditarse por el deudor ejecutado que de no haber mediado la cláusula suelo hubiera podido hacer frente al pago de la cuota de la hipoteca, podría reclamar en procedimiento declarativo la nulidad de ejecución. En todo caso, el art. 695.4 LEC sólo permite la impugnación de las cláusulas que sean determinantes de la cuantía por la que se despacha la ejecución. En otras palabras, la cuantía que todavía se debe, no la que se haya podido pagar indebidamente; no obstante quedaría abierta la reclamación en un declarativo.

parte si bien la Jurisprudencia pudiera tener cierta incidencia en la creación del Derecho por medio de la aplicación de determinadas cláusulas generales como la de la buena fe, por lo demás no es fuente del Derecho y su función es subsidiaria de la ley a la que debe atenerse, por ello la interpretación que se hace del art. 1303 Cc en esta sentencia excede con mucho la función interpretadora o integradora y puede ser considerada contraria a ley al establecer unos efectos irretroactivos por unos motivos que, de nuevo, no se corresponden con los parámetros que rige el Derecho privado sino que parecen atender a razones políticas antes que jurídicas.

Por otro lado, respecto al principal motivo observado por la sentencia para declarar la irretroactividad de la nulidad, el orden público económico, ha de decirse que el pronunciamiento donde se refiere dicha irretroactividad ha de ser considerado incongruente al resolver sobre algo que no ha sido solicitado por ninguna de las partes y por tanto mero “obiter dicta”, que además responde a motivos meramente económicos y no jurídicos por lo que nunca podría crear Jurisprudencia⁶⁰.

Finalmente cabe añadir que tras la STS de 9 de mayo de 2013 son muchas las decisiones judiciales que han declarado la nulidad de las cláusulas suelo con carácter retroactivo, podemos citar el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013 (dictado en ejecución hipotecaria núm. 418/2012), la sentencia del Juzgado Mercantil núm 2. De Málaga de 23 de mayo de 2013⁶¹, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013 (procedimiento ordinario 774/2012) o la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Bilbao de 19 de junio de 2013⁶². En todos estos supuestos se condena a la entidad demandada a devolver a los prestatarios las cantidades indebidamente cobradas por razón de la cláusula suelo, razonando que por un lado no ven riesgo o trastorno público para el orden público económico y por otro, en el caso de la sentencia del JPI de Bilbao, que la STS de 9 de mayo de 2013 declara únicamente la irretroactividad de dicha resolución. A mayor abundamiento la sentencia de Juzgado de Primera Instancia nº4 de Ourense de 13 de mayo de 2013 señala que el pronunciamiento de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la irretroactividad ha de considerar como mero “obiter dicta” al pronunciarse sobre algo que no ha sido solicitado por las partes⁶³.

⁶⁰ Recojo aquí el criterio de PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, en “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, *Diario La Ley*, nº8154, (5138/2013), p.5. Con buen criterio recuerda que el orden público económico ni es fuente del Derecho, ni criterio de interpretación de las normas jurídicas, por lo que de conformidad con el art. 1.6 CC una decisión del TS fundada en razonamientos económicos no podría sentar Jurisprudencia.

⁶¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013 (JUR 2013\208284). Ponente: Ilma. Sra. D^a Amanda Cohen Benchetrit. (Juicio ordinario 20/2013).

⁶² Auto y sentencias citadas por ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Cláusulas abusivas...” pp. 9 y ss. No obstante otras decisiones judiciales siguen el criterio de la STS de 9 de mayo de 2013, entre ellas la SAP de Murcia de 15 de mayo de 2013, (AC 2013\968), Ponente: Ilmo. Sr. Francisco Cano Marco.

⁶³ Lo recoge PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, en “La restitución...”, p. 4, quien subraya la incongruencia de este pronunciamiento.

4. EL FILTRO NOTARIAL: ¿INTRASCENDENTE PARA LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013?

Respecto al filtro notarial, simplemente procede aquí reiterar alguna de las ideas que ya se han señalado. No se trata de que se haya ignorado la función notarial o que se haya intentado ningunear en esta sentencia, quizá nada más lejos de la realidad. Simplemente el TS se percató de que difícilmente pueden influir los notarios por muchas advertencias que hagan en la decisión que ya ha tomado de antemano el cliente antes de entrar en su despacho, de prestar su consentimiento al crédito hipotecario que se le ha ofrecido.

Evidentemente no ha mediado una masiva falta de control y de información por uno de los principales filtros establecidos en nuestro sistema para garantizar la seguridad jurídica en el tráfico jurídico, esto es el control notarial de los documentos públicos y el deber del fedatario público de informar de las condiciones contractuales más relevantes a las partes intervinientes y garantizar que éstas presten su consentimiento con el debido conocimiento de causa. El notario en España cumple unas funciones básicas en el tráfico jurídico, siendo el Notariado una de las instituciones más valoradas por nuestra sociedad. Dicho prestigio se fundamenta en la confianza que genera la labor de estos profesionales y ésta confianza se ha ido gestando durante muchas décadas de buen hacer. Además, es precisamente la función de controlar el contenido del documento público y de informar a las partes intervinientes lo que justifica la relevante función que se asigna a estos profesionales en nuestro Ordenamiento a diferencia de lo que ocurre en otros como por ejemplo en el sistema anglo-norteamericano. Precisamente estas especiales funciones y responsabilidades que asume el notario español justifican el duro sistema de oposiciones para la incorporación al cuerpo de Notarios, así como el sistema de arancel establecido para sus honorarios. En realidad todo su prestigio se sustenta en la confianza que generan estos profesionales en su trato diario con sus clientes.

Pues bien, partiendo de esta realidad, resultaría cuando menos curioso que la sentencia que comentamos hubiera prácticamente soslayado la intervención notarial en los contratos impugnados. En todos esos créditos hipotecarios intervinieron notarios, que sin duda actuaron por norma diligentemente. El problema es que no solo los consumidores-clientes bancarios estaban atados de pies y manos, es que también lo estaban los notarios⁶⁴.

La sentencia al igual que parte de la doctrina señala que la mera advertencia del notario autorizante sobre la existencia de limitaciones mínimas a las variaciones del tipo de interés (que en su caso no sean semejantes a las limitaciones al alza) no tiene la virtualidad suficiente para garantizar que el consumidor adopte su decisión de contratar con pleno conocimiento del significado en la carga económica del contrato de éstas cláusulas, debido a que al conocerse de dichas cláusulas y prestarse este consentimiento en el mismo momento conclusivo del contrato, sin oportunidad de una reflexión meditada, se impide al consumidor replantear su decisión previamente obtenida a partir de una información incompleta. La doctrina igualmente propone como medio de garantía

⁶⁴ Indica ACHÓN BRUÑÉN, María José en “Cláusulas...” p. 15 y ss., la prueba de la negociación individual no pueda quedar suplida por la intervención del notario en el otorgamiento de la escritura de préstamo.

de transparencia la cláusula suelo se introdujera como parte descriptiva del tipo de interés y no como letra pequeña accesoria del tipo de interés⁶⁵.

En realidad el TS ha comprendido que el notario tiene muy poco margen de maniobra de cara a la protección del consumidor y queda en este caso casi relegado al rol de convidado de piedra que se limita a dar fe. Cuando el consumidor llega al despacho del Notario, poco importa ya asegurarse de si conoce o no todas las cláusulas del contrato así como sus efectos, pues las conozca o no, va a consentir. El cliente bancario solo concentra su atención en el corto plazo, fiel reflejo de nuestra sociedad, es decir en el coste que le va a suponer la primera mensualidad y subsiguientes.

En esta materia, aún queda otra cuestión controvertida por tratar, que si bien es incidental merece nuestro interés. Esto es el alcance del control del notario sobre el contenido de los contratos en los que éste intervenga como fedatario público. De hecho, dichos documentos en tanto inscribibles en el Registro de la Propiedad quedan sometidos a un doble control y es por ello que nos planteemos si es razonable privar al Notario de su función controladora cuando se trata de la inclusión de condiciones generales abusivas.

A poco que reflexionemos al respecto se comprenderá que en nuestro Ordenamiento la nulidad es un tipo de ineficacia absoluta que funciona *ex tunc*, que da lugar a la restitución de las prestaciones, a la vuelta al *status quo* original por tratarse de un supuesto en el que nunca ha existido nada. Es decir, de inexistencia absoluta desde un primer momento. (Es por ello, que este nuevo tipo de nulidad *ex nunc* ideado por la sentencia que comentamos no encaja, ni puede encajar, en nuestro Derecho por traicionar el fundamento o esencia de su razón de ser, al fundarse la nulidad en la ausencia de un elemento esencial *ab initio*). Pues bien, partiendo de la tesis tradicional, admitida por la doctrina y por la Jurisprudencia, según la cual el contrato o acto declarado nulo no ha existido nunca y por tanto no ha producido efectos nunca por tratarse de un supuesto de inexistencia pura y simple, nos preguntamos cuál es la razón por la que el notario no puede proceder en consecuencia y negarse a incluir en el documento público aquellas cláusulas que considere nulas. (No olvidemos que la sentencia que declare la nulidad será meramente declarativa, no constitutiva). Es decir, si algo no existe, ¿Cómo puede ser incluido en un contrato por un fedatario público? Esta cuestión, vista desde la teoría general de los contratos es clara y no debería llevar a discusión⁶⁶. Sin embargo, la normativa que se ha ido introduciendo para regular estos supuestos ha ido arrinconando

⁶⁵ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº9, 2012, enero, pp.92-93, realiza estas reflexiones al criticar las valoraciones del Banco de España al considerar que el cumplimiento de las formalidades previstas por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 es suficiente para garantizar el conocimiento cabal de la existencia de la cláusula suelo y valorar su carga económica. (Entre otros puntos señala que de hecho se trata de una mera norma administrativa que ni siquiera garantiza la entrega al consumidor de una oferta vinculante con antelación suficiente).

⁶⁶ Por otra parte, señala MARTINEZ ESCRIBANO, Celia, MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia en *Control notarial de la legalidad*, Pamplona 2010, que la Ley 2/2009, p.30 que el principal argumento para defender el control de legalidad notarial es precisamente la seguridad jurídica, lo cual obligaría a condicionar el otorgamiento del documento público a la previa comprobación por el notario de que dicho acto o negocio no contraviene a la legalidad.

al notario a un mero observador o convidado de piedra que a lo único que se le autoriza es a advertir. De hecho, aunque el art. 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo⁶⁷ establece que los notarios deberán denegar la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria y los Registradores la inscripción de las escrituras públicas cuando no cumplan la legalidad vigente, sin embargo el art. 84 del TRLGDCU⁶⁸ reduce el ámbito de control notarial sobre las cláusulas abusivas al único supuesto en que previamente se haya inscrito en el Registro de Condiciones Generales de Contratación una sentencia declarando nula por abusiva la cláusula que se intente insertar en el documento público. Precisamente por ello se crea el Órgano de Control de las Cláusulas Abusivas del Consejo General del Notariado a fin de facilitar la coordinación de los más de 3000 notarios para la protección jurídica del consumidor que creará un archivo informático con todas las sentencias firmes que declaren el carácter abusivo de una cláusula a fin de que pueda ser consultado por los notarios a fin de suplir la ineficacia del Registro de Condiciones Generales, pues ni se inscriben todas las cláusulas declaradas nulas, ni es de fácil acceso⁶⁹. Visto lo cual cabe preguntarse si está el Notario realmente cumpliendo con su función en estos casos.

Quizá nos sirva a fin de entender el motivo a esta limitación al control notarial la posición de la DGRN respecto a la función calificadora de los Registradores pues entiende mermada su actividad calificadora al control de aquellas cláusulas financieras previamente declaradas nulas por abusivas en sentencia firme y en aquellos otros casos en los que el carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes. Es decir, no pueden entrar en el análisis de la cláusula cuando medien conceptos jurídicos indeterminados o sobre los que pueda existir

⁶⁷ Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, (BOE de 1 de abril de 2009, núm. 79, p.30843). Ley que puede entenderse que vendría a paliar la polémica surgida tras la reforma del RH por el RD 45/2007. Si bien la redacción dada al art. 145 del Reglamento Notarial por el Real Decreto 45/2007 establecía que los notarios tenían atribuido un control de legalidad de los actos que autoricen y escribieren, lo cual les habilitaría para poder rechazar la documentación pública de aquel negocio jurídico que entendieran que vulnerase el ordenamiento jurídico; sin embargo, el Tribunal Supremo ha anulado dicha nueva redacción del art. 145 RN así como toda otra referencia del reglamento al control de legalidad. (SSTS de 20 de mayo, RJ 2008\3491, 7 de julio RJ 2008\349 y 14 de octubre de 2008 RJ 2008\5934) De hecho el propio art. 2 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (BOE 29 de mayo de 1862), interpretado a *sensu contrario* implicaría que el notario si puede negarse a intervenir cuando concurra justa causa. Igual conclusión respecto al control de legalidad notarial puede deducirse de la lectura de los arts. 24 y 27.bis de la Ley del Notariado.

⁶⁸ Art. 84 del RDLeg. 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: “los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretende la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

⁶⁹ Puede consultarse en: http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=colum-n-3&p_p_col_count=1&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=4148027

incertidumbre acerca de su carácter abusivo (buena fe, desequilibrio de derechos y obligaciones...) que solo podrán ser declaradas nulas por decisión judicial⁷⁰.

Este mismo motivo parece ser el que subyace al impedirse que el notario pueda apartar del contrato aquella cláusula abusiva que no haya sido previamente declarada nula en sentencia inscrita, sin embargo nos preguntamos si el riesgo de una calificación incorrecta por el notario es justificación suficiente para privarle de su función controladora, pues aún en la hipótesis de que se equivocara su decisión no sería firme y siempre cabría impugnarla⁷¹.

En este punto ha de subrayarse la exigencia planteada por el Vicepresidente del Consejo General del Notariado, el señor Joan CARLES OLLÉ en la conferencia que impartió en el Senado con ocasión del 151 aniversario de la Ley del Notariado para que se les dé a los notarios un control de legalidad efectivo sobre las cláusulas abusivas ya que son ellos quienes intervienen en el momento decisivo en que se celebra el contrato, pues la normativa actual “deja atados de pies y manos” a los notarios al no darles potestad para rechazar las cláusulas que consideren abusivas⁷².

⁷⁰ ACHÓN BRUÑEN, María José, “Cláusulas abusivas...” p. 31, cita las siguientes RDGRN: 1 de octubre de 2010 (LA LEY 176043/2010), 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 20900/2010), 21 de diciembre de 2010 (LA LEY 244463/2010), 11 de enero de 2011 (LA LEY 434/2011) y 16 de agosto de 2011 (LA LEY 185125).

⁷¹ Expongo aquí la opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, reflejada en el Seminario que impartió en la Facultad de Derecho de Málaga el 10 de mayo de 2013 al tratar sobre la incidencia de la inclusión de cláusulas abusivas en la hipoteca. Señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia en *Control notarial de la legalidad*, Pamplona 2010, que la Ley 2/2009, p.13 apunta un posible recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado ante la negativa del notario a escriturar el negocio, que sin embargo carece de desarrollo normativo. Dice su art. 18.3: “la decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado en hechos y fundamentos ante la DGRN conforme a la legislación específica. Entendemos que siempre sería posible un recurso de queja que si bien no está expresamente recogido, si puede deducirse de los arts. 145 y 146 del Reglamento Notarial.

⁷² Hasta la fecha el control preventivo de las cláusulas abusivas ha consistido en una fiscalización fundada en la existencia de sentencia firme y posterior inscripción en el registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo cual en opinión de CARLES OLLÉ, ha fallado estrepitosamente. “Los notarios atados de pies y manos al no poder rechazar cláusulas hipotecarias”, Diario La Ley, nº8094, Sección Hoy es Noticia, 30 de mayo de 2013. LA LEY 6069/2013.

En la misma línea BALLUGERA GÓMEZ en “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”. *Diario La Ley*, nº 8092, Sección Doctrina, 28 de mayo de 2013, LA LEY 2813/2013, (pp. 1-81) p.53, entiende que a la luz de la Directiva 93/13/CEE la lucha contra las cláusulas abusivas no puede dejarse en manos de los jueces de manera exclusiva, pues en dicha lucha no están solos y hay otras muchas autoridades y funcionarios obligados a luchar contra las cláusulas abusivas que no deben quedar aparte, en especial se refiere a las autoridades de consumo de las CCAA, el INC, las juntas arbitrales de consumo, el Banco de España, el Ministerio Fiscal, los notarios y los registradores de la propiedad.

5. LA CLÁUSULA SUELO TRAS LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

Finalmente ha de señalarse que tras los últimos acontecimiento y muy especialmente la STS de 9 de mayo de 2013 la cláusula suelo en teoría sigue siendo una herramienta viable en la contratación de créditos hipotecarios si bien condicionada por ciertos requerimientos de admisibilidad que podrían convertirla en una opción poco atractiva para el sector financiero al aumentarse exponencialmente las posibilidades de impugnación. Requisitos a los que hay que sumar los previstos por la Ley 1/2013, de 15 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, cuyo art. 6 exige que se incluya en la escritura pública expresión manuscrita por el consumidor de que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, entre otros, de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés⁷³. Además, dentro de los requisitos legales a que quedan sometidas estas cláusulas destaca la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁷⁴, cuyo art. 25 prevé que toda cláusula suelo ha de quedar recogida en un anexo expreso a la ficha de información personalizada, en la cual se indicará la cuota de amortización mínima junto a la máxima en su caso⁷⁵.

Ya se ha señalado que la sentencia de 9 de mayo de 2013 considera al cliente bancario como “cautivo” y al notario casi como un mero convidado de piedra que se limita a dar fe pública pero sin posibilidades reales de influir y proteger al consumidor. El

⁷³ Señala la doctrina que el art. 6 de la Ley 1/2013 sobre fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios ha supuesto un espaldarazo a la cláusulas suelo al referir expresamente su admisibilidad. LÓPEZ JIMÉNEZ, José María, “Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013...”; autor que igualmente cuestiona la viabilidad de este tipo de cláusulas en el futuro debido a los nuevos requerimientos introducidos para su admisión. p.4.

Dicho art. 6 titulado Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios, refiere que, “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: 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...”.

⁷⁴ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios del Ministerio de Economía y Hacienda (RCL\2911\1943). BOE 29 de octubre de 2011, núm 261, (p.113242).

⁷⁵ Por cierto, señalar que evidentemente media cierta falta de armonía o adaptación entre la referida STS de 9 de mayo de 2013 y la referida Orden EHA/2899/2011, que es la Orden de transparencia actual, de hecho se sigue presuponiendo en la Orden que la oferta vinculante siempre existe, de ahí que el notario venga obligado en todo caso a comprobar que no existen discordancia entre dicha oferta y el clausulado de la escritura. Además no prevé que medie información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

problema estriba en la forma en la que se ha plasmado la protección del consumidor, en los requisitos que se han exigido y en las consecuencias que se le han atribuido, pues como ya hemos analizado, esta sentencia genera un cierto grado de inseguridad jurídica que no ayuda a la real protección del consumidor ni a la mejora del sector financiero⁷⁶.

La consecuencia podría ser en opinión de JIMÉNEZ LÓPEZ una progresiva restricción en la concesión de créditos, menores importes financieros y mayores tipos de interés que se plasmarían en superiores diferenciales y menores plazos de amortización⁷⁷. De hecho, en el escenario actual con unos tipos de interés en mínimos históricos apenas queda margen de beneficio para las entidades bancarias, por lo que en determinados casos su situación está siendo muy precaria. No debe olvidarse que en principio la cláusula suelo sería la mejor vía para que las entidades financieras pudieran garantizarse un umbral mínimo para el resarcimiento de los costes de producción y mantenimiento de estos créditos hipotecarios que no queden vinculados al precio del dinero. La única forma de evitar en un futuro tal tipo de riesgos sería establecer mayores diferenciales, pues si el diferencial del tipo de interés (cantidad que se suma al valor del índice de referencia utilizado en un contrato de préstamo variable o mixto) fuera elevado ya no sería necesaria pactar cláusula suelo alguna.

Sírvanos como botón de muestra el comunicado que el hizo una de las entidades condenadas a la CNMV en el sentido de que desde el 14 de junio de 2013 comenzó a eliminar la cláusula suelo, calculando el coste de dicha supresión en unas 100.000 hipotecas afectadas en 50 millones de euros, añadiendo que ya había tomado las medidas necesarias para absorber es coste, no esperando una significativa reducción del beneficio previsto⁷⁸.

En el lado positivo, reiteramos que la sentencia comentada ha sido valiente al sacar a primer plano la situación a la que se ven abocados en numerosas ocasiones los consumidores-clientes bancarios cuando otorgan su consentimiento al contrato de crédito hipotecario, ha buscado una vía jurídica razonable para organizar su defensa cuando falte transparencia y “de hecho” ha extendido dicha protección incluso a otros clientes que si bien exactamente no siempre podríamos calificar que actuaron con falta de transparencia, no dejaban de estar “cautivos”, cuando llegaban al despacho del notario. Quizá la crítica que pudiera hacerse fuera que parece haber suplido al legislador, tanto al extender “de hecho” la nulidad a toda cláusula suelo otorgada en los últimos años –es al legislador al único que le compete prohibirla- como al hacer una aplicación-interpretación del art. 1303 CC que solo puede ser calificada como “contra legem”.

⁷⁶ A poco de reflexionar en ello se vislumbran no pocas “contraindicaciones”, entre ellas, el hecho de ser las hipotecas titulizables. A partir de ahora cuando se quieran colocar en otros mercados, especialmente en el ámbito europeo, difícilmente serán aceptadas cuando vengán acompañadas por las dosis de inseguridad que genera este tipo de pronunciamientos, lo cual supondrá para nuestras entidades financieras un obstáculo añadido que de una u otra forma se reflejará en el costo del producto para el cliente bancario.

⁷⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, José María, “Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013...” p.5.

⁷⁸ HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos, “La sentencia...” p.167.

II. INTRODUCCIÓN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO DE LA DOCTRINA DE LA STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013 Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA LEY 1/2013

1. EXIGENCIAS DE LA STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013 PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO

Para completar este estudio creo conveniente incluir una referencia a las últimas medidas introducidas en nuestro Ordenamiento para garantizar una efectiva protección del deudor hipotecario, pues vienen a completar y configurar el marco legal en el que han de estudiarse las cláusulas suelo en contratos hipotecarios. Puede decirse que es el contexto necesario para comprender la creciente importancia con la que nuestro legislador observa, vigila y controla la sustanciación formal y efectividad del crédito hipotecario.

En primer lugar nos referiremos a las consecuencias de la doctrina sentada por la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013⁷⁹ al señalar que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, añadiendo que en los procedimientos de ejecución hipotecaria solo se admite como causa de oposición la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, la existencia de un error en la determinación de la cantidad exigible o, finalmente, en la sujeción de otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motiva el procedimiento, se trata de los motivos tasados contenidos en el art. 695 LEC. El problema por tanto es que si el prestatario quisiera alegar la nulidad de la cláusula hipotecaria tendría que hacerlo en un procedimiento declarativo que no suspendería el procedimiento ejecutivo, por lo que muy probablemente cuando posteriormente se obtuviese sentencia favorable en el declarativo de poco serviría al estar ya consumada la ejecución hipotecaria, es decir, que basta con que el profesional inicie el procedimiento ejecutivo para que el consumidor quede automáticamente desprovisto de la protección jurídica que quiere otorgarles la Directiva 93/13/CEE⁸⁰.

⁷⁹ Sentencia dictada por el TJUE ante la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona que conocía juicio sobre la nulidad de una cláusula de liquidez de deuda, al entender dicho Juzgado que la legislación española era contraria a la normativa comunitaria sobre protección de consumidores.

Señala con buen criterio HOLGADO MADRUGA, Federico en “La relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley 1/2012, de 14 de mayo”, *Diario La Ley*, nº8122, Sección Tribuna, 9 de julio de 2013, LA LEY 3508/2013, pp.1-4, que hay que relativizar tanto el alcance efectivo como el carácter innovador de esta sentencia debido por un lado, al ínfimo número de procedimientos declarativos que se promueven para obtener la nulidad de una cláusula abusiva inserta en un préstamo hipotecario que se esté ejecutando, y por otro a que ya la STJUE de 27 de junio de 2000 declaró que la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorgaba a los jueces nacionales la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusulas contractual al examinar la admisibilidad de una demanda.

⁸⁰ El art. 131 LH recoge la única medida cautelar prevista a favor del ejecutado, hasta la fecha de la sentencia comentada, al permitir la anotación preventiva de la demanda de nulidad de hipoteca, si bien dicho artículo añade que cuando dicha anotación preventiva fuese posterior a la nota marginal de

Por ello, concluye el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el sistema español ha de contemplar la posibilidad de que el juez que conozca del procedimiento declarativo para apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula del préstamo hipotecario pueda adoptar medidas cautelares en el procedimiento de ejecución hipotecaria para garantizar el principio de efectividad (lo que conlleva suspender dicho proceso de ejecución); así como permitir que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se puedan formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando ésta constituya el fundamento del título ejecutivo.

2. MEDIDAS ADOPTADAS PARA LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDA HIPOTECADA POR LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

La Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, entró en vigor el 16 de mayo de 2013⁸¹. En lo que aquí nos importa, el artículo 7 de la Ley 1/2013 introduce modificaciones que han de ser consideradas formales, así el párrafo en el art. 552 de la LEC que indica que “cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en

expedición de certificación de cargas se cancelaría al inscribir la enajenación a favor del adquirente en subasta, subsistiendo solo las anteriores. En la práctica, por tanto, se trata de una protección ilusoria pues es poco habitual que se inicie un juicio declarativo antes de la ejecución hipotecaria y siendo la certificación de cargas lo primero a solicitar en la referida ejecución, es claro que cualquier anotación posterior quedará cancelada al acceder al Registro la adjudicación forzosa del bien y el ejecutado no podrá recuperar el inmueble por muy favorable que le sea la posterior sentencia que ponga fin al procedimiento declarativo. En esta línea, BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “La protección del deudor hipotecario a propósito...”, (pp.213-250), pp.221-222.

⁸¹ Ley 1/2013 de 14 de mayo, reformada por la Ley 8/2013 de 26 de junio. (RCL\2013\718), BOE 15 de mayo de 2013, núm. 116, (p.36373), rect. BOE 23 de mayo de 2013, núm. 123, (p.38848). Llamada también Ley Antidesahucios, que fue aprobada a raíz de una iniciativa popular en la que 1’5 millones de ciudadanos exigían imponer una dación en pago obligatoria y retroactiva, así como la referida sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013. Esta regulación, que no aprobó dicha dación en pago, introduce importantes mejoras en la protección del consumidor. Por un lado establece como criterio legal el carácter abusivo de toda cláusula de interés de demora que exceda en tres veces el interés legal sin que puedan devengarse los intereses sobre conceptos distintos al principal pendiente de pago, introduce la exigencia de que la escritura incluya una expresión manuscrita en el caso de cláusulas suelo y permutas financieras o swaps e incorpora la regulación del RDL 27/2012 sobre la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los lanzamientos de aquellas familias que se encuentren en la situación que denomina de “especial riesgo de exclusión”. BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, en “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas. Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (II), *Diario La Ley*, nº8092, Sección doctrina, 28 de mayo de 2013, LA LEY 2816/2013, p.17, (pp.1-23), critica la reforma por entender entre otros puntos insuficiente la reacción frente a los intereses de demora que entiende demasiados altos o la falta de dotación de fondos para una moratoria a favor de deudores de buena fe en insolvencia sobrevenida. De hecho la ley se limita a incluir en su Disposición Adicional Primera un mandato al Gobierno para que emprenda las medidas necesarias para impulsar el sector financiero y para la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hubieran sido desalojadas de su vivienda habitual por impago de un préstamo hipotecario. Fondo social que tendría por objetivo facilitar el acceso a dichas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.

un título ejecutivo de los citados en el art. 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3. Igualmente se añade una causa al apartado primero del artículo 557 consistente en que el título contenga cláusulas abusivas y también se modifica el art. 561.1 añadiéndose el punto tercero que versa: “Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas⁸²”.

En todo caso ya se ha referido que el TJUE atribuye al juez la facultad de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas que perjudiquen a consumidores. Al respecto señala MIQUEL GONZALEZ que para que el juez pueda apreciar esta nulidad de oficio, los hechos que determinan la nulidad deben estar aportados al juicio y no variar el *petitum*, añade que la nulidad de pleno derecho y la no incorporación conducen a los

⁸² Igualmente critican la ley DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel en “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº31, septiembre de 2013 (pp. 1-44), quienes concluyen que las novedades introducidas en el ámbito procesal y civil por la Ley 1/2014 han sido en general insuficientes, y sólo cabe esperar que los jueces y Tribunales busquen las soluciones más razonables de entre aquellas que ofrecen la nueva normativa. Respecto al “incidente extraordinario de oposición” concedido por el apartado 2 de la D.T.4ª de la Ley 1/2013, según el cual, en el plazo de un mes, y dentro los procesos ejecutivos en curso o pendientes, se abre la posibilidad de alegar la posible abusividad de las cláusulas hipotecarias (sobre todo las de intereses moratorios, cláusulas suelo y vencimiento anticipado, antes referidas) de aquellos préstamos hipotecarios o contratos crediticios en general con ejecuciones en curso; señalan que conforme a dicho apartado 2 de la D.T. 4ª, los Juzgados van a tener que revisar, uno a uno, los procedimientos en curso en cuanto a esa posible abusividad de cláusulas, porque así lo plantearán seguramente los letrados de los ejecutados. Lo cual en su opinión va a generar un caos y es de prever que se declare la nulidad de múltiples cláusulas hipotecarias, con los consiguientes efectos en la cuantía de lo reclamado, más aún teniendo en cuenta que dicho apartado 2 afecta tanto a las ejecuciones hipotecarias como a las ejecuciones ordinarias. Además en tanto que dicho apartado 2 limita su eficacia a aquellos casos en que aún “no haya culminado con la puesta en posesión”, lo cual igualmente es muy criticado por los autores citados que consideran poco comprensible esa limitación temporal de impedir el incidente extraordinario de oposición cuando ya se hubiese tomado posesión del inmueble, habida cuenta que, en la práctica actual, a la vista de las resoluciones que se están dictando hasta ahora por los Tribunales y de la doctrina emanada del TJUE, el ejecutado, respecto del procesos en curso a la entrada en vigor de esta Ley, puede instar la cuestión relativa a la abusividad de cláusulas, incluso aunque ya hubiese transcurrido ese plazo de oposición, dentro de la ejecución ordinaria iniciada conforme al art. 579 LEC; aparte de poder replantearlo a través del cauce del proceso declarativo. (pp.41-44).

mismos resultados, pudiendo ambas ser apreciadas de oficio si bien solo en beneficio del adherente⁸³.

Por otro lado, se ha criticado que esta ley 1/2013 sobrepase las exigencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 al no limitar los efectos de su protección a los consumidores, pues la interpretación conjunta de los artículos 561.3 y 695 LEC tras la reforma permitiría también alegar (incluso estimar de oficio) el carácter abusivo de una cláusulas aun cuando no hubiera intervenido en el contrato un consumidor.

De hecho, señala ALMAGRO NOSETE⁸⁴ que si atendemos estrictamente a la redacción de los citados párrafos introducidos en la LEC, perfectamente cabría su aplicación a contratos realizados con clientes “no consumidores” cuando mediase abuso por posición dominante. El principal escollo que plantearía dicha argumentación sería que cuando la ley se refiere al concepto “cláusula abusiva” presupone que se aplica únicamente a contratos realizados con consumidores por lo que los referidos artículos de la LEC podrían interpretarse en el sentido de que solo se referirían a contratos con consumidores, pues la doctrina entiende que para poder calificar una cláusula de abusiva es necesario que intervenga en la relación obligatoria un consumidor (según el concepto recogido en el art 3 TRLGDCU).

No obstante ALMAGRO NOSETE sugiere la posibilidad de cubrir esta laguna acudiendo a las normas generales sobre nulidad. En realidad ha de referirse a la aplicación directa del artículo 1258 Cc que contiene un supuesto de ejercicio de la cláusula general de la buena fe en el ámbito contractual, vetando por tanto aquellas conductas que provoquen un desequilibrio injusto entre los derechos y obligaciones de los contratantes, norma en cuyo supuesto de hecho entran las relaciones contractuales entre empresarios⁸⁵. Lo cual pudiera implicar una interpretación forzada del concepto “cláusula abusiva” recogido en los citados artículos de la LEC.

Lo cierto es que ya se han dictado un Auto⁸⁶ que en virtud de lo dispuesto por la sentencia del TJUE ha decidido como medida cautelar la suspensión del procedimiento

⁸³ MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Comentario al art. 83 del TRLGDCU 1/2007”, *Comentario a las normas de protección de los consumidores*. Director Sergio CAMARA LAPUENTE, Madrid, 2011, pp. 757-761.

⁸⁴ ALMAGRO NOSETE, José, “Un auto pionero, abierto a grandes horizontes. (Ejecución hipotecaria inmobiliaria)”, *Diario La Ley*, nº 8088, Sección Columna, 22 de mayo de 2013. La Ley 2990/2013. pp. 1-6.

⁸⁵ Señala MIQUEL GONZÁLEZ, José María, en “Comentario al art. 8 LCGC”, p.464, en *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, DÍEZ PICAZO, ALFARO), Madrid, 2002, que si la buena fe prevista en el art. 1258 Cc es capaz de imponer deberes no pactados, bien puede reconocérsele fuerza, para, en ciertos casos, excluir deberes o cargas establecidos por una sola de las partes en perjuicio de la otra, y que ésta típicamente ha consentido en blanco mediante adhesión, es decir, mediante un procedimiento que típicamente no garantiza el equilibrio contractual.

⁸⁶ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Córdoba de 2 de abril de 2013. Ponente: Illmo. Sr. don Fernando Caballero García. Citado por ALMAGRO NOSETE, *ob.cit.*

de venta judicial tramitado a instancia de una entidad financiera, por entender aplicables los arts. 728 y 735 LEC. En concreto el Auto considera el carácter abusivo que puedan presentar determinadas cláusulas del préstamo hipotecario ejecutado, entre ellas, intereses de demora de entre un 18 y un 25%, la cláusula de vencimiento anticipado por impago de un solo plazo de amortización y el devengo de una comisión de cancelación anticipada en el supuesto de producirse el vencimiento anticipado. Lo llamativo de este caso es que la parte ejecutada era una promotora considerada como un “no consumidor”, lo cual no impidió que el Juez suspendiera el procedimiento haciendo una interpretación integradora que entendemos adecuada.

Recuérdese que se consideran actos realizados dentro de una actividad empresarial o profesional (y por tanto no realizados por consumidores) los realizados para garantizar una mejor organización profesional, los realizados para incorporar los bienes o servicios, directa o indirectamente en procesos de producción, de comercialización o de prestación a terceros. Pues bien entre los actos que garantizan una mejor organización empresarial o profesional se comprenden los servicios financieros incluyendo los de contratación de hipotecas para garantizar préstamos para la construcción de viviendas o la adquisición de locales empresariales según se deduce de las SSTs de 26 de noviembre de 1996, 13 de octubre de 2000, SAP de Albacete de 24 de noviembre de 2000 o SAP de Ciudad Real de 11 de febrero de 2004⁸⁷ (Jurisprudencia que nos ha de servir a la hora de interpretar el vigente art.3 TRLGDCU).

Por otra parte, esta Ley se ha quedado muy corta respecto a la regulación de la ejecución extranotarial pues en tal caso el notario nunca podrá optar por estimar de oficio el carácter abusivo de una cláusula y sobreseer la ejecución, a diferencia de lo que podría pasar de tratarse de una ejecución judicial en virtud del artículo 552.1 con el art. 681.1 LEC. Las insuficiencias del procedimiento extrajudicial ya las puso de manifiesto la abogada general del TJUE, Sra. Juliane Kokot en las conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 2012 en el Asunto C-415/11, un sistema de ejecución de títulos notariales

⁸⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, Cuadernos de Derechos Transnacional, marzo 2011, vol.3º, nº1, (pp.84-117) p.103. Este artículo resulta imprescindible para comprender el concepto de consumidor tras la entrada en vigor del TRLGDCU aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, cuyo artículo tercero señala que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

El artículo 3 TRLGDC sigue el concepto recogido en diversas Directivas si bien con matices, pues como señala el profesor Sergio Cámara, por un lado se incluye a la persona jurídica y por otro no se refiere que se actúe en “su” ámbito empresarial, sino en “un” ámbito empresarial. Por dicho motivo considera que deben quedar fuera del concepto tanto las cooperativas como las fundaciones, que revisten los rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado, y quedar dentro las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales o empresarios (v.gr. asociación de deportistas amateurs, asociaciones de vecinos etc). Autor que señala otra importante clave a la hora de entender el concepto de consumidor a la luz de este artículo: El consumidor tiene derecho a enriquecerse, si bien el límite lo establece cuando realice las operaciones con asiduidad, por ello pueden quedar ahora englobados el consumidor-inversor, el consumidor intermediario y el consumidor que vende a un empresario. Por otro lado, añade, que el consumidor puede ser un experto en la materia y no por ello perder su condición de consumidor si actúa con fines privados (ej.: abogado que firme contrato de adhesión).

sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en el procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva. Puesto que tras la reforma en el procedimiento extrajudicial sigue sin poderse apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas y sin por tanto poderse sobreseer de oficio la ejecución, parece que en este punto la indefensión del consumidor a la luz de la doctrina del TJUE es patente.

Finalmente indicar que desde la doctrina⁸⁸ se ha señalado el relativo carácter novedoso de la Ley 1/2013, que bien podría limitarse a un “refrendo legal expreso” a un determinado control de cláusulas abusivas. En todo caso es una Ley que si bien mejora la protección del deudor hipotecario y aporta seguridad en materia de cláusulas abusivas, a fin de cuentas respalda la legalidad del vigente sistema hipotecario español. Igualmente cabe decir de la STJUE de 14 de marzo de 2013 que se limita a censurar una cuestión puntual y en lo demás respalda el vigente procedimiento de ejecución hipotecaria, es por ello que no se comprende la alegría con la que muchos operadores sociales y jurídicos han manifestado que esta sentencia ha declarado ilegal y esencialmente injusta tanto la vigente Ley Hipotecaria española, como el referido procedimiento de ejecución hipotecaria⁸⁹. No obstante pronto vendrá una nueva reforma para adaptar la legislación española a la todavía propuesta de directiva sobre créditos hipotecarios que fue aprobada por el Pleno del Parlamento Europeo el 11 de septiembre de 2013, la cual parece que podría introducir importantes medidas en protección del consumidor⁹⁰.

⁸⁸ HOLGADO MADRUGA, Federico, “La relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley 1/2012, de 14 de mayo”, *Diario La Ley*, nº8122, Sección Tribuna, 9 de julio de 2013, LA LEY 3508/2013, pp.1-4. pp.1-4.

⁸⁹ En esta línea BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, , “La protección del deudor hipotecario a propósito...”, (pp.213-250), p.222, que además señala como incluso se ha llegado a publicar en los medios que esta sentencia provocaría la paralización automática de todas las ejecuciones hipotecarias, así como una limitación a la responsabilidad ex art. 1911 Cc.

⁹⁰ La propuesta prevé un periodo obligatorio y previo de reflexión de siete días antes de la celebración del contrato de hipoteca, al que se une otro periodo posterior de siete días durante el cual el consumidor podría retractarse. Igualmente introduciría distintos tipos de información que ha de recibir el consumidor con carácter previo, estableciendo criterios de “tolerancia razonable” antes de proceder a las ejecuciones, limitando los cargos por impago e introduciendo criterios de flexibilidad de pago, fijando que la recarga que el banco puede imponer al deudor no puede sobrepasar en tres veces el precio del dinero, sin que puedan capitalizarse estos intereses junto al capital de la deuda; determinando igualmente que en caso de ejecución primero se harán frente los intereses remuneratorios, de capital y por tanto los de demora, adoptando medidas para evitar préstamos irresponsables reforzando los criterios para la evaluación del futuro comprador solicitante de hipoteca, entre otras medidas.