

Jornada
«CLÁUSULAS ABUSIVAS:
PROBLEMAS SUSTANTIVOS
Y PROCESALES»



Dirección

CARMEN SENÉS MOTILLA

Ponentes

ELISA PÉREZ VERA
ANA CAÑIZARES LASO
MIGUEL DE ANGULO RODRÍGUEZ
CARMEN SENÉS MOTILLA



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 9 de junio de 2016

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

Depósito legal: GR-353/2017

I.S.B.N.: 978-84-617-8919-1

Imprime: Entorno Gráfico, Granada.

«Publicación no venal»

PRESENTACIÓN



Excma. Sra. D^a CARMEN SENÉS MOTILLA
Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Almería

1. El volumen que el lector tiene en sus manos ilustra y deja constancia de los contenidos y reflexiones expuestos en la Jornada que bajo el título *Cláusulas abusivas: problemas sustantivos y procesales*, tuvo lugar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada el pasado seis de junio. La Jornada, cuyo éxito de participación fue rotundo, se inscribe en el marco de colaboración de la Real Corporación con la profesora Cañizares y conmigo misma, como responsables de sendos proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España)¹.

La celebración de la Jornada fue presidida por el Excmo. Sr. D. Rafael López Cantal, Vicepresidente de la Corporación, y contó con la inestimable participación como ponentes, de la Excma. Sra. D^a Elisa Pérez Vera, Magistrada del Tribunal Constitucional y Catedrática de Derecho Internacional Privado de la

1. Proyectos *Funciones de las condiciones en el derecho de los contratos* (DER2015-67499-P) y *Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas y de los instrumentos financieros complejos* (DER2014-51957-P).

UNED (Emérita) y Académica de Número de la Real Corporación; la Ilma. Sra. D^a Ana Cañizares Laso, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga y Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid), y el Excmo. Sr. D. Miguel de Angulo Rodríguez, Doctor en Derecho, Abogado y Académico de Número de la Real Corporación granadina; ponentes a los que me sumé en tal condición y en la de directora de la Jornada. A todos ellos expreso mi agradecimiento sincero por aceptar la participación en este evento, y por hacerlo «a primer requerimiento», realizando un esfuerzo acomodaticio de agenda que —me consta—, no estuvo exento de dificultad.

2. Es un hecho notorio —como tal no necesitado de prueba—, que el régimen sustantivo y procesal de las cláusulas abusivas es un tema complejo; y por complejo, difuso y confuso en la praxis judicial y jurisprudencial. No en vano, en las abusivas se concitan buena parte de las categorías jurídicas «emblemáticas» del Derecho civil, Derecho mercantil y Derecho procesal (consentimiento, condiciones generales de la contratación, nulidad contractual, acciones colectivas, objeto del proceso, litispendencia, prejudicialidad, cosa juzgada...). Y a pesar de que esta temática ha generado infinidad de estudios doctrinales, incontables resoluciones de juzgados y tribunales, y numerosas Sentencias de Pleno, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a diario se constata la divergencia de pareceres, la contradicción de pronunciamientos

judiciales y la ambigüedad —cuando no el error— en que incurren tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente, al afrontar las categorías jurídicas implicadas e interpretar el Derecho europeo por causa de una norma nacional que resulta también interpretada. Estos datos, individualmente considerados y en su conjunto, son muestra palmaria de una realidad incontestable: el tema de las abusivas no es fácil; o mejor, es un tema jurídico difícil.

A la dificultad temática se añade otro factor de no menor importancia: la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en nuestro sistema jurídico y, en particular, en la configuración del proceso civil; incidencia que es paulatina e incesante. Así lo atestiguan las continuas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya acaecidas, con alcance en los procesos de ejecución por título extrajudicial —ejecuciones ordinaria y especial hipotecaria— y en el proceso monitorio; amén de las reformas que puedan estar por venir según el devenir de otras tantas prejudiciales pendientes sobre el procedimiento de cuenta jurada, la tutela jurisdiccional sumaria de los derechos reales inscritos, la sucesión procesal en la ejecución forzosa, la limitación de la suspensión de la ejecución hipotecaria a tan solo la prejudicialidad penal, las consecuencias procesales de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado...

Por otra parte, no podemos silenciar —no debemos— la incertidumbre que invade a los juristas,

consumidores, entidades de crédito e instituciones gubernamentales, en espera de la resolución por el Tribunal de Justicia de las cuestiones promovidas en relación con la doctrina jurisprudencial de limitación de efectos —que no «irretroactividad» [*sic*]— de la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia; resolución del Tribunal de Luxemburgo, que en caso de enmendar la plana a la Sala Primera del Supremo, será detonante de un sinfín de reclamaciones judiciales en las que, una vez más, los jueces y tribunales habrán de acomodar las categorías jurídicas al caso concreto, y quizás entonces, sean otros los institutos procesales que pasen a estar en el punto de mira del Tribunal de la Unión.

3. Los problemas de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, sustantivos y procesales, no se agotan con los contenidos expuestos en la Jornada. Pero la exposición sistemática de estos, y el intercambio de pareceres que generó el coloquio posterior, dan cumplida cuenta de que la semilla está bien sembrada, y que buena parte de los frutos de este evento están por venir.

**INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
EN LOS ORDENAMIENTOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS**



Excma. Sra. D^a ELISA PÉREZ VERA
Magistrada emérita del Tribunal Constitucional.
Catedrática emérita de Derecho Internacional Privado de la UNED

En el marco de una Jornada sobre las *Cláusulas abusivas: problemas sustantivos y procesales*, el sentido de una intervención como esta, dedicada a realizar una reflexión general sobre la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los ordenamientos de los Estados miembros, se justifica en la medida en que contribuya a mostrar hasta qué punto nuestro ordenamiento interno —también en el tema que va a ocuparnos— se encuentra permeado por la normativa europea. Lo que, demostrándose cierto, ayudará también a entender las razones que explican las continuas referencias en las intervenciones que siguen, tanto al Derecho europeo como a la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta.

En relación con el primer aspecto —el de la incorporación de normativa europea en el ordenamiento español— hay que recordar cómo, a raíz de la aprobación del Tratado de Maastricht en el ya lejano año de 1992, Jacques Delors, presidente a la sazón de la Comisión Europea, señalaría que los titulares de la recién establecida ciudadanía de la Unión tenían que tomar conciencia de que aproximadamente el 80% de la normativa que regu-

la su convivencia se origina en las Instituciones Europeas. De este modo, tan gráfico, uno de los grandes defensores de la Europa política, frente a visiones más mercantilistas o economicistas, quería llamar la atención de los europeos sobre el alto grado de integración alcanzado en la nueva Unión Europea. Una Unión que para progresar tenía que alcanzar nuevas cotas de unidad política, por ejemplo, en el campo de las relaciones internacionales, en la defensa común, o, hacía el interior de la Unión, generando un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores.

Todos sabemos que los acontecimientos posteriores no colmaron aquellas expectativas. El impulso europeísta se mantuvo ciertamente en los tratados de Amsterdam (1997) y Niza (2001), pero en mi opinión naufragó con el fracaso del proyecto de una Constitución para Europa. El rechazo en 2005, en referéndum, por franceses y holandeses del proyecto de Constitución nacido de la Convención «más democrática, abierta y libre de la vida europea» (en palabras de Diego López Garrido²), abrió un periodo de incertidumbre institucional y política, justamente un año después de que la primera ampliación hacia los Estados del Este europeo supusiera un nuevo reto a la deseable para algunos —entre los que me cuento— Unión política.

2. *Tratado de Lisboa. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Introducción de BARÓN CRESPO, E. Prólogo de LÓPEZ GARRIDO, D. EuroEditions, 2010, p. 12.

La etapa que se iniciaba tras el rechazo por franceses y holandeses del Tratado Constitucional, bajo el evanescente liderazgo de unos políticos poco carismáticos y cuyo compromiso europeísta había que presumir, aparecía así preñada de negros augurios para la Unión. En tales circunstancias, la adopción del Tratado de Lisboa en 2007 (en vigor desde el 1.XII.2009), por mucho que se presentara despojada de retórica triunfalista, constituyó todo un éxito (aunque sea relativo) en el proceso de construcción europeo.

En efecto, el texto que hoy rige los destinos de la UE conserva la mayoría de los avances alcanzados en la non-nata Constitución en temas tan vitales como la consagración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el establecimiento de las bases de una política exterior común. No obstante, el insostenible peso de una crisis, inicialmente financiera pero que ha terminado siendo económica, política e institucional, ha puesto en cuestión su capacidad conformadora de la realidad. Un reproche demoledor para cualquier texto jurídico pero que resulta especialmente grave cuando se aplica a un texto materialmente constitucional como el Tratado de Lisboa. Y es que el divorcio entre las normas organizadoras de la convivencia y la actuación de instituciones y responsables políticos hace que los ciudadanos se cuestionen, cada vez con mayor frecuencia, si forman parte de una organización de Derecho.

A la situación así planteada se añade en el último año el fracaso de la solidaridad europea ante el drama humano y humanitario de los refugiados de conflictos

que, por otra parte, hemos sido incapaces de contribuir a resolver. Y suma y sigue, el riesgo de que se produzca el Brexit, con su enorme carga económica y política, supone una amenaza a nivel global, al margen de las simpatías que provoque la actitud británica en el seno de la UE. Así, no puede extrañarnos que el euroescepticismo crezca y que, incluso entre los ciudadanos de la Unión que no cuestionan su existencia, cunda el desánimo y un cierto sentimiento de que estamos perdiendo una oportunidad histórica en el seno de un proceso que languidece, desgajado en parte de sus orígenes. Como denunciara Jean-Claude Juncker, el pasado 9 de septiembre: «Falta Europa en esta Unión y unión en esta Europa».

No obstante, hay un elemento que permite mantener la esperanza en la Europa unida más allá de los desencuentros y errores a los que asistimos un día sí y otro también. Y es que, los padres fundadores de las Comunidades Europeas, que después desembocarían en la actual Unión Europea, como buenos herederos de la tradición de Roma, en los Tratados constitutivos dotaron a la organización que creaban de un formidable esqueleto jurídico que pervive y que mantiene una estructura que continúa acercando a los pueblos al margen de los fallos. Pues bien, en el centro de este entramado jurídico, hay que situar al Tribunal de Justicia de la UE.

En efecto, en el ejercicio de las competencias soberanas transferidas por los Estados a la Unión se ha desarrollado a lo largo de los años un potente Derecho de la

Unión que goza de primacía —que no supremacía sobre la Constitución Española³ y que tiene efecto directo en el interior de los Estados miembros. Ahora bien, para que el Derecho de la Unión pueda cumplir con su cometido armonizador en el seno de los Estados —en principio en el plano económico, aunque cada vez en más aspectos, algunos singularmente alejados de la actividad económica—, resulta necesario que su aplicación resulte uniforme en los muy heterogéneos veintiocho Estados que la componen; y es ahí donde entra en juego el Tribunal de Justicia. Con la misión «de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación» de los Tratados constitutivos⁴, el Tribunal ha ostentado desde el primer momento un poder de control jurídico, especialmente importante, teniendo en cuenta la debilidad del sistema de control parlamentario, por mucho que progresivamente este se haya ido haciendo más incisivo. De este modo en el seno del OPNI (Objeto Político No Identificado) que es la UE —entre la organización internacional y el Estado federal— el Tribunal ha desempeñado y desempeña «un papel constructor en la formación

3. Sobre la diferencia entre ambas nociones, *cf.*: Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del TC. Resumidamente, mientras la primacía actúa en relación con los ámbitos competenciales de aplicación, la supremacía se refiere a la producción normativa e implica jerarquía. Ello no obsta a que la misma norma suprema pueda prever su propio desplazamiento o inaplicación, como hace el art. 93 CE (FJ 4), que actúa como auténtica norma «bisagra» entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento español (FJ 2).

4. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid 1984, p. 5.

del cuerpo del derecho comunitario»⁵. Papel que le fue atribuido en los Tratados constitutivos y que se ha mantenido sin cambios sustanciales pese a las modificaciones introducidas en la estructura orgánica del Tribunal que se ha hecho cada vez más compleja. De hecho, en la actualidad, como recoge el artículo 19 del TUE, el Tribunal de Justicia comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados.

Dicha función la realiza fundamentalmente el Tribunal a través de su competencia prejudicial (ex art. 267 TFUE, así como en el art. 256.3 en relación con el Tribunal General), inspirada en el procedimiento prejudicial de Italia o Alemania (existente también en España, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978) en relación con el control de constitucionalidad. Competencia prejudicial que hace que la inserción del Tribunal en el sistema institucional de la UE alcance cotas desconocidas en las organizaciones internacionales existentes hasta la fecha. En efecto, con el procedimiento prejudicial se establece

[...] un diálogo entre Jueces que no están subordinados el uno al otro: simplemente su cometido es diferente y, así, el Juez [europeo] —comunitario— tiene la misión de interpretar el derecho [europeo] —comunitario— y el Juez interno aplicar el derecho así interpretado.

Como ya ha quedado apuntado,

5. LASOK, D. «La Cour de Justice. Instrument de l'intégration communautaire», en *Revue d'Intégration Européenne*, Montreal 1979, vol. II, n^o 3, p. 391.

[...] la explicación de esta singularidad y dualidad está en la necesidad de preservar el orden jurídico [europeo] —comunitario— de interpretaciones diversas que pudieran desnaturalizarlo⁶.

Dado que tal objetivo —la preservación del orden jurídico europeo— solo puede cumplirse si se garantiza el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal de Justicia,

[...] la sentencia prejudicial de interpretación vincula con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión, que debe aplicar la norma de la UE de conformidad con la interpretación dada por el TJUE⁷,

así como a los demás órganos judiciales nacionales que llegaran a conocer del mismo litigio. Aún más, la sentencia prejudicial de interpretación despliega un efecto general, puesto que vincula a los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros que tengan que aplicar la norma interpretada en cualquier tipo de litigio.

Por esta vía, la jurisprudencia del TJUE condiciona absolutamente nuestro ordenamiento jurídico que así, no solo resulta «completado» con las normas de fuente europea dictadas en ejercicio de las competencias nacionales transferidas a la Unión Europea, sino que el juez nacional ha de aplicar tales normas en los términos que establezca el Tribunal de Justicia de la Unión.

6. DÍEZ DE VELASCO, M. *Ob. cit.*, p. 12.

7. *Ibidem.*

Ciertamente, la firmeza y el alcance general de las sentencias del TJUE no implican intangibilidad, en el sentido de que nada impide que cualquier juez nacional solicite del Tribunal un nuevo pronunciamiento prejudicial sobre la base de nuevos argumentos que, de ser estimados, pueden eventualmente producir un cambio en la jurisprudencia anteriormente establecida. Ese es el camino a seguir si un juez nacional no está conforme con la interpretación realizada por el Tribunal europeo, ya que lo que no cabe, en absoluto, es proceder a una «interpretación de la interpretación» para adaptarla a un criterio propio, más acorde con los postulados del Derecho nacional.

Esta consideración general alcanza igualmente a los efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación. En principio, las sentencias producen efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento de la entrada en vigor de la norma interpretada aunque, atendiendo a motivos de seguridad jurídica, el Tribunal Europeo puede limitar en el tiempo —y así lo hace con frecuencia— los efectos retroactivos de la sentencia.

Pues bien, el carácter vinculante de las decisiones del TJUE al interpretar la normativa europea, en concreto la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debería haber clarificado definitivamente el tratamiento a dar por nuestro ordenamiento a las cláusulas abusivas, en general, y en el proceso de ejecución hipotecaria, en particular. Sentencias del TJUE como la de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito), la muy conocida

de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz), o la de 29 de octubre de 2013 (Asunto C-8/14, BBVA) han provocado, incluso, reformas puntuales de nuestra legislación procesal y hacen obligadas otras. Sin embargo, la multiplicidad de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles —resueltas unas, por resolver otras—, muestra que nos movemos en un ámbito —el de la protección de los consumidores— en el que no siempre es fácil armonizar normativa de fuente nacional y normativa de fuente europea. Y es que, las diferencias no están solo en el origen, la fuente, de la que proceden, sino sobre todo en las distintas «policies» que incorporan y a las que obedece su desarrollo.

De todo ello vamos a ocuparnos en esta Jornada, con el deseo expreso de clarificar la situación en que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico en estos momentos, sabiendo como sabemos que su realidad no puede construirse al margen del ordenamiento europeo porque este es parte indisociable del ordenamiento jurídico español.

Poner de relieve la complejidad del problema jurídico que hoy abordamos era el papel que se me había asignado. Con la confianza de haberlo logrado, creo que ha llegado el momento de que la profesora Ana Cañizares nos hable de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas suelo.

**CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DE
LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.
LAS CLÁUSULAS SUELO**

•

Ilma. Sra. D^a ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Sr. Presidente, muchas gracias por sus palabras:

Ante todo quiero manifestar mi agradecimiento a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y, en particular, a la profesora Carmen Senés Motilla por su invitación a formar parte en el celebración de esta Jornada sobre una materia de la máxima actualidad como es la contratación con condiciones generales y las cláusulas abusivas.

Buena muestra de la dificultad que entraña la contratación con condiciones generales frente a la contratación mediante negociación es la conocida cláusula suelo cuyo análisis y resolución en los tribunales ha conducido a una multiplicación de la discusión doctrinal sobre la cuestión. Como es sabido, la cláusula suelo consiste en una estipulación que en los créditos y préstamos hipotecarios a interés variable impone un límite a la bajada de los tipos, de manera que el prestatario ha de pagar un interés mínimo (interés suelo) aunque baje el Euribor.

A un somero análisis de los controles legales que deben superarse cuando los contratos se celebran mediante condiciones generales va a responder mi intervención, si

bien resaltando inicialmente que el descuido de cuestiones básicas conduce a malos resultados, y se debe resaltar porque es lo que ha sucedido en gran medida en este tipo de contratación.

***Introducción. Control de inclusión
y control de contenido de las condiciones generales
de la contratación***

La contratación con condiciones generales implica una especial forma de contratar en la que una de las partes en el contrato predetermina el contenido contractual excluyendo a la otra de la elaboración de dicho contenido. Por eso el legislador dispone unas reglas especiales, unos controles distintos de la regla general aplicable a los contratos negociados del artículo 1255 del Código Civil.

A partir de la distinción entre el contrato como acto y el contrato como norma, la libertad contractual se bifurca en dos aspectos: libertad de decisión (celebrar o no el contrato) y libertad de configuración (establecer unas reglas u otras). En estos contratos los problemas proceden de la exclusión de una de las partes de la libertad de configuración del contenido contractual. En lo que se refiere al acto de celebración del contrato en nada difiere que el contrato contenga o no condiciones generales, sin embargo respecto de su contenido si existe una marcada diferencia en el sentido de que las condiciones generales las predispone una de las partes, limitándose la otra a consentir dicha regulación establecida unilateralmente (algo así como una firma en blanco).

Esta manera especial de contratar requiere necesariamente que la ley disponga y regule unos especiales controles que no tienen que superar aquellos contratos en los que no existen condiciones generales, es decir aquellos contratos que son negociados con base en la autonomía de la voluntad de ambas partes.

Como sabemos, tanto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación así como en el Texto refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LCGC y TRILDCU) se disponen dos tipos de controles: de una parte, un control de incorporación o inclusión que deberán superar las condiciones generales con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios; y un control de contenido que únicamente deberán superar aquellas condiciones generales incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor, por lo que solo merecerán el calificativo de cláusulas abusivas aquellas condiciones generales que no superen el control de contenido que se establece al efecto.

En los contratos con condiciones generales los problemas proceden precisamente de la exclusión de una de las partes de la libertad de configuración del contenido contractual. Desde este punto de vista es fácil entender el control al que se someten las condiciones generales y la relación entre las cláusulas prohibidas y el criterio general de la buena fe y equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Y es importante excluir la lógica contractualista clásica para reemplazarla por una nueva imagen de un contrato en el que el derecho dispositi-

vo es sustituido por una regla contractual elaborada por una sola de las partes y por ello sometido a un control de contenido de validez diferente al que se somete a los demás contratos.

La LCGC se ha preocupado de distinguir entre condiciones generales y cláusulas abusivas. Uno de los problemas más importantes en materia de condiciones generales es precisamente el que afecta a su aplicación con consumidores y usuarios. Así las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio dentro de las relaciones con consumidores, y pueden darse tanto en cláusulas pre-dispuestas dentro de un contrato particular, al que el consumidor se limita a adherirse, como dentro de las cláusulas pre-dispuestas en las condiciones generales. Así, también es importante resaltar que la LCGC no incluye el control de contenido de las condiciones generales para el supuesto en el que el contrato se ha celebrado entre empresarios, de acuerdo con el artículo 8 de la LCGC⁸.

El artículo 8 de la LCGC es el único precepto aplicable a la nulidad de las condiciones generales entre em-

8. El artículo 8 de la LCGC dispone:

- 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*
- 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

presarios y cumple una función de dejar libre de control de contenido específico a estas condiciones generales. Es decir, el control de contenido que omite este artículo es justamente lo más destacable. A diferencia de lo que ocurría en los antecedentes de esta ley, falta en ella un específico control de contenido aplicable a todas las condiciones generales con independencia de quien sea el adherente.

Dos ideas deben resaltarse. De una parte, que el legislador exige para el caso de la contratación con condiciones generales que se superen dos controles, llamados inicialmente de inclusión y de contenido. De otra, que este segundo control, el control de contenido, solo procede cuando una de las partes en el contrato sea un consumidor. En principio solo puede hablarse de cláusulas abusivas cuando nos encontremos ante un contrato: celebrado con condiciones generales, entre un empresario y un consumidor, y que la cláusula en cuestión no haya superado el especial control de contenido dispuesto por el TRLDCU (art. 82. I TR-LGDCU).

Se distingue, así, entre un control de inclusión y un control de contenido, exigidos por los artículos 5 y 7 de la LCGC y artículos 80 y 82 y siguientes del TR-LGDCU. El control de inclusión o de incorporación, también llamado control del consentimiento, supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. El control de contenido, sin embargo, significa un control de legalidad que comprueba la validez de las condiciones generales incluidas en

el contrato por contraste, como señala J. M.^a MIQUEL⁹, con unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales. Se tratará de una cláusula abusiva si la condición general no supera ese control.

Es muy importante subrayar que se trata en un caso de un control de consentimiento y en el otro de un control de legalidad. Mientras que el control de inclusión es básicamente un control de consentimiento; el control de contenido es un control de legalidad. Pues bien, en los últimos tiempos se ha venido desarrollando el planteamiento de que el denominado control de transparencia pueda suponer, en realidad, un tercer control distinto de los controles que en principio son especiales en el caso de la contratación con condiciones generales.

Esa posibilidad en cuestión tiene consecuencias importantes y debe proceder en dos direcciones: respecto de si la transparencia se encuentra en el marco del control de incorporación o inclusión y, en ese caso y en segundo lugar, si entendiendo que el denominado control de transparencia está integrado en el control de inclusión si debería superarlo todo contrato con condiciones generales con independencia de los contratantes, es decir, con independencia de que se trate de consumidores o empresarios, esto es, de que en el contrato haya intervenido o no un consumidor. En cambio, y en segundo

9. «Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios», en *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252; «Comentario al artículo 84 TR-LGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, CÁMARA, S. (dir.), Madrid 2011.

lugar, el hecho de que la falta de transparencia cuando afecte a elementos esenciales del contrato, como lo sería el objeto o el precio, sea la necesidad de tener que superar el control de contenido para determinar si se trata o no de una cláusula abusiva. Solo en este último caso, si nos adentráramos en el control de contenido con la finalidad de dilucidar si la cláusula es abusiva o no, estaríamos dejando al margen la posibilidad de valorar la eficacia de este tipo de cláusulas cuando ambas partes en el contrato sean empresarios, porque solo puede hablarse de cláusulas abusivas en aquellos contratos en los que intervenga un consumidor.

Se trata de poner de manifiesto que aquellas cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato están especialmente afectadas por la transparencia, es decir, se necesita un consentimiento más relevante porque afectan a partes esenciales del contrato como su objeto o el precio. En cambio, aquellas cláusulas que no afectan a elementos esenciales del contrato están más protegidas por un control de legalidad al no exigirse un especial consentimiento respecto de ellas. Quiero decir que a mayor consentimiento menos necesidad de un control de contenido y por ende de legalidad.

Control de inclusión de las condiciones generales en el contrato.

Normas de incorporación y normas de transparencia

Los requisitos de incorporación de las condiciones generales se recogen en los artículos 5 de la LCGC, 7 de la LCGC y 80 del TR-LGDCU.

La Ley, en principio, exige para que se las considere

incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía.

En realidad lo recogido en el artículo 5 LCGC es un control del consentimiento que se manifiesta en dos aspectos, un consentimiento formal y un consentimiento material. Al consentimiento formal harían referencia los requisitos formales establecidos en el artículo 5:

[...] de necesario cumplimiento para entender que la oferta y la aceptación se integran con las condiciones generales predispuestas por una de las partes.

En esa línea, hay que subrayar que inicialmente se debe distinguir entre esos requisitos formales de inclusión y ese requisito, de alguna manera independiente y distinto, de transparencia que especialmente se va a referir a los elementos esenciales del contrato, aunque se denominen requisitos de incorporación en general. Ese consentimiento prestado a partir de un conocimiento del objeto del contrato, de la prestación y contraprestación elegida, a partir de una posible comparación de las distintas ofertas del mercado, permite la elección del adherente.

Efectivamente el consentimiento formal se manifiesta porque se exigen determinados requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas y se entienda que forman parte del acuerdo contractual, pero unos más formales que otros, como por ejemplo

la claridad en la redacción que además de ser esencial a los efectos de su incorporación al contrato es esencial a efectos de la transparencia porque lo que se consiente se hace en función de la posible comparación con otras ofertas. Pero no solo se trata de un consentimiento formal lo que puede exigirse en un primer momento, sino que además se trata de un control que protege la libertad de decisión del aceptante, que recae sobre lo que está consintiendo, lo que es especialmente importante en lo que se refiere al objeto del contrato, y en general, a los elementos esenciales.

En general y pese a que la transparencia se incluya en el ámbito de la claridad y comprensibilidad de una cláusula en alguna medida se trata de controles distintos. Un control de transparencia no es un control de inclusión en el contrato cuando las cláusulas son claras y comprensibles. Una cláusula puede ser clara y comprensible y sin embargo determinar que su referencia a la carga económica del contrato, es decir, lo que representa el contrato para el consumidor no sea transparente.

Se justifican las reglas de inclusión en una función de publicidad. La función de publicidad se manifiesta en la celebración del contrato por ser información y en la de ejecución por su conocimiento.

La distinción antes utilizada entre acto y regla contractuales, como señala MIQUEL, explica también que las condiciones de inclusión no deban considerarse como requisitos para el consentimiento del cliente sobre el contenido de las condiciones generales sino solo sobre su existencia. Como ya se ha dicho, se presta el consenti-

miento a un contrato en el que se sabe que hay condiciones generales, pero no se consiente el contenido de cada una de ellas cualquiera que este sea.

En verdad los clientes no leen las condiciones generales y, como se ha señalado, es correcto que no las lean, porque los costes de información para tomar una decisión en función de las diferentes condiciones generales son superiores a las ventajas que podrían obtenerse de su atenta lectura. Por ello, la claridad es imprescindible para que el adherente pueda tener en su conjunto la idea sobre el contrato celebrado, en el sentido de poder exigir sus derechos y ejercitar sus facultades, y de la misma manera para que no se le pueda exigir ninguna prestación que no le corresponda. Esta claridad proporciona la necesaria transparencia a las condiciones en el desarrollo de la vida contractual.

Junto a la claridad, en el sentido expuesto, se exige también para poder superar ese control de incorporación al contrato la transparencia en lo que se refiere sobre todo a los elementos esenciales del contrato. Por ejemplo, la claridad también persigue proporcionar transparencia a los precios y evitar que se oculten en las condiciones generales partes integrantes de ellos, para que el cliente pueda conocer con seguridad y rapidez el precio y su relación con la prestación, porque son los más importantes parámetros de la competencia en la economía de mercado (poder elegir entre las distintas opciones del mercado). La transparencia, como dice MIQUEL, respecto de los elementos esenciales, como se verá inmediatamente,

[...] cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él.

El consentimiento del adherente se refiere pues fundamentalmente a la existencia de condiciones generales, no a su contenido, y a los elementos esenciales del contrato. La transparencia se pide a todas las cláusulas pero resulta especialmente importante para las condiciones generales que sirven a la descripción, determinación o posible alteración de los elementos esenciales del contrato, en particular del objeto.

Control de transparencia de las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato

Según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13,

[...] la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas 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 comprensible¹⁰.

10. Texto que recoge básicamente la jurisprudencia alemana sobre el deber de transparencia (Transparenzgebot). Se entiende que las cláusulas que sin recoger directamente las prestaciones principales del contrato, no obstante inciden en su cálculo o determinación pueden ser abusivas conforme al control de contenido del § 9 AGB-G, si por falta de transparencia en su redacción provocan un efecto encubierto sobre el precio o su relación con la contraprestación, pues la falta de transparencia provoca en ese caso un

Si bien este precepto, que no se incluyó previamente en la Directiva, finalmente se recoge por un temor a que esta habilitara a los jueces para controlar el equilibrio de los precios, como sabemos, el legislador español no transpuso esta excepción, esencial por otra parte, por un error en la tramitación parlamentaria que parece que no fue otro que una equivocación al votar.

Como es sabido también, la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas generó desde el principio muchas dudas no solo en la doctrina sino que también ha venido provocado soluciones judiciales contradictorias acerca de una posible autorización para el control judicial como abusivas de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

Hay que entender que estas cláusulas que se refieren a los elementos esenciales están exentas de control de acuerdo con la Directiva, en el sentido de no intervención, pero que también de acuerdo con la Directiva están sometidas a control de inclusión y de transparencia. A partir de ahí el problema que ha venido planteándose es la aplicación de la Directiva¹¹, en el sentido de que

perjuicio material para el adherente, consistente en la privación de poder comparar las diferentes opciones del mercado.

11. Recoge prácticamente en los mismos términos y por tanto se excluyen del control de contenido, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato siempre que su redacción sea clara y comprensible, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) (II-9:406) y el artículo 80 de la Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea (CESL), Documento COM (2011) 635 final.

este tipo de cláusulas que afectan a los elementos esenciales del contrato estén sometidas a control de contenido precisamente en el supuesto de que no sean claras y transparentes, lo que mayoritariamente es aceptado por la doctrina.

Efectivamente, cualquier cláusula que se refiera a elementos esenciales no queda excluida del control de contenido. Se debe resaltar una de las fórmulas que es bastante expresiva, de acuerdo con la cual

[...] no se controlan los elementos esenciales por no ser necesario, ya que los consumidores dirigen o deben dirigir su atención a los factores que configuran el mercado, lo que es coherente con la exigencia de transparencia de los elementos esenciales.

Esta es la cuestión, la transparencia es decisiva precisamente porque es lo que debe ser; si funciona la transparencia no hay necesidad de controlar los elementos esenciales sobre todo las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación.

A mi juicio, en todo este debate se entrecruzan problemas distintos. Como dice MIQUEL, refiriéndose a lo que debe hacer un jurista, debemos distinguir, distinguir y distinguir. La primera cuestión es que posiblemente no sea necesario decidir si el control de transparencia constituye o no un tercer control, porque no se trata de una cuestión de denominación o numeración. Probablemente la transparencia se encuentra en ese control de incorporación o inclusión del contrato con condiciones generales, no tratándose en definitiva de un control meramente formal, como venimos sosteniendo, sino que

supone también un control del consentimiento material en el sentido visto. La segunda cuestión es que, en principio, los elementos esenciales no están sometidos a un control de contenido pero sí a un control de inclusión y transparencia. La tercera cuestión a distinguir es la consecuencia de la falta de transparencia cuando esa falta afecta a un elemento esencial, es decir, qué consecuencia tiene en el contrato el que una cláusula que afecta un elemento esencial no supere el control de transparencia.

Sabemos que la consecuencia que conlleva no superar un control de inclusión es la no incorporación al contrato y la consecuencia de que una cláusula no supere el control de contenido es que será nula por tratarse de una cláusula abusiva. Sin embargo y aquí quizá resida la mayor complicación es que la consecuencia de que una cláusula que afecta a elementos esenciales no sea clara es que debe superar el control de contenido. En ese sentido, como vemos inmediatamente, el resultado no es la nulidad de la cláusula, sino la obligación de superar ese control de contenido no previsto para el caso de que la cláusula sea clara y transparente. Precisamente porque lo que está exento de control de contenido debe someterse a control de consentimiento y viceversa. Es decir los elementos esenciales, en principio están exentos del control de contenido precisamente porque se encuentran sometidos a un especial control de consentimiento, un consentimiento material aun dentro de las normas de incorporación al contrato.

Si entendiéramos que no se trata de un tercer control sino que simplemente forma parte del control de inclu-

sión la consecuencia sería precisamente la no incorporación de la cláusula en el contrato. Distinto sería que la falta de transparencia de la cláusula, de acuerdo con el 4.2 de la Directiva suponga que dicha cláusula deba someterse al control de contenido. Es decir, no que la consecuencia sea la nulidad por ser abusiva sino que deba superar el control de contenido y solo en el caso de no superarlo estaríamos en presencia de una cláusula abusiva y por consiguiente nula. Distinto es que directamente, como en el derecho alemán, se considere que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de la cláusula nula por abusiva porque se entienda que implica un desequilibrio entre derechos y obligaciones contrario a la buena fe directamente; es posible incluso que pueda tratarse de una presunción de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a la buena fe que lleve a la conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad.

***Delimitación del control de transparencia
en la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo***

La bien conocida STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre la validez e invalidez de las cláusulas suelo, ha tenido gran trascendencia y ha sido de gran importancia porque, además, se trata de una sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala Primera); por consiguiente, muestra el lógico fin de crear por sí misma jurisprudencia.

La sentencia resuelve la acción de cesación entablada sobre la base de la inclusión en sus contratos de préstamo hipotecario de límites mínimos a las variaciones del

tipo de interés (cláusulas suelo), considerando que estas cláusulas son abusivas por un defecto de transparencia y no por un desequilibrio excesivo entre la cláusula suelo y el límite máximo a la variación del tipo de interés (cláusula techo).

En principio, el TS declara de entrada que las cláusulas suelo son lícitas, lo que significa que no siempre y en todo caso la inclusión de esta cláusula en un contrato puede conducir a la nulidad de la misma. No obstante, se declara la nulidad relativa de la cláusula suelo, lo que supone que dicha cláusula se tenga por no puesta, pero sin afectar a la validez del resto del contrato de préstamo hipotecario a interés variable que subsiste sin la citada cláusula¹². Y se fundamenta su nulidad en su inclusión en el contrato sin que el consumidor adherente fuese específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tenía dicha cláusula como elemento definitorio del objeto principal del contrato, ya que un contrato de tipo de interés variable se transformaba en la práctica en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de dicha cláusula.

12. Una de las cuestiones de mayor calado que suscita el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria es la posible eficacia de cosa juzgada del enjuiciamiento que lleva a cabo el juez ejecutor, y consiguiente imposibilidad de que el consumidor pueda volver a discutir la abusividad en un proceso de declaración. Con mayor extensión, v. SENÉS MOTILLA, C. «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», en *Práctica de Tribunales*, nº 120 (mayo-junio), 2016 (LA LEY 2611/2016).

Lo más importante de la STS de 9/5/2013 es el planteamiento de un control de transparencia separado e independiente. El TS señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión. En ese sentido en la Sentencia se señala que

[...] admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

En realidad se señala que la contratación bajo condiciones generales está sujeta a una doble exigencia de transparencia. De una parte se distingue una exigencia de transparencia a efectos de incorporación al contrato, equivalente al control de inclusión o de incorporación de los artículos 5.5 y 7 b) de la LCGC, cualidad que sería predicable del contrato de hipoteca. Y de otra, es preciso que las condiciones ya incorporadas al contrato superen «el control de transparencia», como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta... tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo.

En esa línea entiende el TS que en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para

impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas.

El análisis que realiza el Tribunal Supremo se resume de la siguiente manera:

- Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.
- La oferta como interés variable se revela así engañosa y dificulta la comparación de ofertas.
- Pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropia y secundario, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

El Alto Tribunal no entra en un posible control de contenido aunque se realizan diversas consideraciones más bien doctrinales sobre el mencionado control que pudiera conducir a una declaración de la cláusula como cláusula abusiva, sin embargo, no va más allá pese a la extensión de la sentencia. Si bien se señala que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato

en los términos expuestos no cabe control de abusividad —este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato—. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

A partir del artículo 8 de la LCGC y del artículo 3.1 de la Directiva, el TS hace un extenso estudio doctrinal de lo que debe entenderse por cláusula abusiva; sin embargo, no se pronuncia al respecto, dado que ya resuelve en función de la falta de transparencia, lo que conlleva, según la sentencia, no entrar en un posible análisis de abusividad de la cláusula, lo que implicaría entrar a realizar un control de contenido de la mencionada cláusula suelo.

A partir de estas ideas es manifiesto que la sentencia carece de la importante conclusión de que la falta de transparencia conduce a que la cláusula en cuestión deba superar un control de contenido, precisamente en aplicación del artículo 4.2 de la Directiva, con la finalidad de que de no superarlo debería declararse abusiva y por consiguiente nula.

A mi juicio la declaración de falta de transparencia de la cláusula en cuestión y de acuerdo con el 4.2 de la Directiva implica que dicha cláusula deba superar el control de contenido. Es decir la consecuencia de la falta de transparencia no es automáticamente la nulidad por abusividad sino que la consecuencia es el deber de superar el control de contenido y solo de no superarlo estaríamos en presencia de una cláusula abusiva, y de ahí ya si la

consecuencia de la nulidad. Aunque no se explique, en realidad subyace, en la sentencia, la regulación existente en el Derecho alemán. En esa línea, en realidad, se considera que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de la cláusula nula por abusiva porque se entienda que implica un desequilibrio entre derechos y obligaciones contrario a la buena fe. Puede tratarse de una interrelación directa entre falta de transparencia y abusividad de la cláusula, de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a la buena fe que lleva a esa conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad. Existe entre la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y el control de contenido una conexión, puesto que la falta de transparencia de las cláusulas sobre las que el cliente funda típicamente su decisión de contratar, puede ser causa de un perjuicio para el consumidor consistente en la alteración de la onerosidad o —en términos de la STS de 9.5.2013— de la carga económica del contrato.

Esta es la argumentación correcta a efectos de la declaración de abusividad de la cláusula, en este caso de la cláusula suelo. Lo que parece dudoso es la alternativa entre tener que superar ese control de contenido al que remite la falta de transparencia o bien entender que, en determinados casos, como sería desde luego la cláusula suelo, la falta de transparencia automáticamente conduce a un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por cuanto para el consumidor supone una alteración de la onerosidad. No obstante, esta última no

parece que deba ser la solución en todo caso. Por ello, no creo que se deba establecer este automatismo de anudar a la falta de transparencia la condición de cláusula abusiva, puesto que el control de contenido supone un análisis de la cláusula cuyo parámetro de juicio es la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que quizá no toda falta de transparencia provoque.

***Restitución de cantidades cobradas indebidamente
como consecuencia de la declaración
de nulidad de la cláusula***

Finalmente, abordaré de forma muy escueta las consecuencias que se derivan de la falta de transparencia.

En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS además de declarar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, declara una especie de irretroactividad de las consecuencias de la nulidad; innecesaria declaración probablemente, en principio, al tratarse de una acción colectiva y no haberse acumulado la solicitud de devolución de cantidades e indemnización de daños (art. 12.2 LCGC). El pronunciamiento de la irretroactividad de la STS 9 de mayo de 2013 parece que se refiere exclusivamente a «su» sentencia. Es decir, no hay un pronunciamiento sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en general, sino solamente sobre la irretroactividad de la sentencia, lo que no impedía la posibilidad de decidir en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si se aplicaría o no la excepción a la regla general de la restitución de

las prestaciones prevista en el artículo 1303 del Código Civil.

El Tribunal Supremo parte de «la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad» y trata de fundamentar que resulte posible limitar o modular judicialmente los efectos restitutorios de la nulidad en función de las circunstancias concretas del caso. Y para ello el Tribunal Supremo recurre al principio de seguridad jurídica y, más en particular, a los criterios que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinan la prevalencia de ese principio en determinados casos: los criterios de buena fe y el riesgo de trastornos graves, es decir, la salvaguardia del orden público económico.

No se puede estar de acuerdo con una decisión que impida la devolución de las cantidades que indebidamente se cobraron. Con independencia de que la restitución, de acuerdo con el artículo 1303 del CC es la consecuencia necesaria de la nulidad, se trata de no colaborar en la legitimación de consecuencias injustas. Si no debieron cobrarse cantidades porque la cláusula de acuerdo con la que procedía su cobro era nula, no se puede sostener que con posterioridad el que las cobra pueda quedarse con las cantidades injustamente cobradas y no devolverlas.

A partir de la mencionada sentencia las resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias adoptaron distintas soluciones a casos esencialmente iguales. Nulidad de la cláusula y restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma, o bien nulidad de la

cláusula sin restitución de las cantidades; por tanto y en estos casos dotando de unas consecuencias distintas a las generales de la nulidad que no son otras que la restitución de las prestaciones.

En medio de toda esta complicación judicial se esperaba algún pronunciamiento claro por parte del Tribunal Supremo; lo esperaban los particulares y lo esperaban los jueces que debían resolver los casos concretos. Sin embargo, el Tribunal Supremo lo complicó aún más.

En su Sentencia de 25 de marzo de 2015, también del Pleno, el Tribunal Supremo confirma el fallo de la de 9 de mayo de 2013 y sostiene que no se pueden recuperar los intereses cobrados por los bancos en virtud de cláusulas-suelo que se hubieran devengado y pagado antes de la Sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013. En el caso se trataba de determinar si el banco, en este caso el BBVA, solo está obligado a eliminar la cláusula y a devolver los intereses cobrados en exceso desde mayo de 2013 o debía devolver todos los intereses cobrados desde que el «suelo» empezó a aplicarse.

En el fallo el TS señala, lo que por otra parte se fija como doctrina:

Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

El núcleo de la sentencia, en un intento por parte del TS de coherencia con la de 9 de mayo de 2013, se encuentra en la justificación que realiza de la eficacia ultra partes de dicha sentencia de 2013, lo que a nuestro juicio resultaría admisible directamente en un sistema de *common law*, con los requisitos necesarios por supuesto, pero no en un sistema como el nuestro¹³. El análisis necesariamente debía realizarse respecto de las dos cuestiones, respecto de la nulidad de la cláusula suelo y respecto de la restitución de cantidades.

Pues bien, parece que lo que el Tribunal Supremo sostiene es que «la sentencia de 9 de mayo de 2013 no puede ser alegada parcialmente». Si el particular lo que pretende es beneficiarse de los pronunciamientos que hizo el TS en su sentencia de 2013, sin tener que entrar a analizar la falta de transparencia en su caso concreto, el Juez declarará nula la cláusula sin pronunciarse en nada más y en ese caso solo procederá la restitución de las cantidades indebidamente cobradas a partir de la STS de 9 de mayo de 2013.

Habrà que entender entonces que el enfoque a los efectos de obtener la nulidad de este tipo de cláusulas será doble. Si lo único que se pretende es la declaración de nulidad de la cláusula y recuperar las cantidades indebidamente cobradas a partir del 9 de mayo de 2013, pues solo habrá que alegar la sentencia del Tribunal Supre-

13. Como es sabido, la eficacia de una sentencia viene delimitada por la fuerza de la cosa juzgada; una sentencia no es más que un acto de aplicación de la ley y carece de fuerza normativa general.

mo de 9 de mayo de 2013 y la de 25 de marzo de 2015. Si lo que se pretende es hacer un verdadero análisis de transparencia de la cláusula en cuestión y obtener la declaración de nulidad y así las consecuencias que deben derivarse de la misma, en ese caso tendremos un pleito completamente distinto.

La única cuestión a pensar es el probable aumento de la litigiosidad si se trata de recuperar todas las cantidades indebidamente cobradas en su totalidad. Por otra parte no deja de sorprender que las consecuencias que se deriven de la nulidad se hagan finalmente depender de la eficacia ultra partes de la sentencia.

Disconforme con la doctrina establecida por el Pleno en esta Sentencia de 25 de marzo de 2015, a mi juicio y sin duda con buen criterio, se formula voto particular por el Magistrado F. J. Orduña Moreno al que se adhiere el Magistrado O'Callaghan Muñoz. En el voto particular se desarrolla: la inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados y la necesidad de concretar el fundamento técnico de la cuestión en el ámbito del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente; el control de transparencia y la razón de la ineficacia contractual; la diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto de la retroactividad; la concreción de la ineficacia: razón del efecto restitutorio y su alcance *ex tunc* en el ejercicio de acciones individuales; control de transparencia y proyección del principio de buena fe.

Decía anteriormente que en medio de esta situación de complicación judicial tanto los particulares como los jueces esperaban alguna respuesta por parte del TS. Las dudas no se han resuelto y la cuestión se ha ido complicando cada vez un poco más.

Inicialmente se formulan sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Granada (asunto C-154/15) y por la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C-307/15 y C-308/15), que cuestionan básicamente si la limitación de los efectos de la declaración de nulidad a partir de la fecha en que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva sobre cláusulas abusivas, ya que, según esta Directiva, tales cláusulas no vincularán a los consumidores.

Sin duda, la central planteada por la Audiencia es la formulada respecto de dos cuestiones en concreto:

- ¿Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraiga a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?; y,
- El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto

autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?

De responderse afirmativamente:

- El riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando solo en consideración el que se pueda producir para el profesional o también se deben tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?

Estamos a la espera de las conclusiones que plantee el Abogado General y posteriormente y a finales de año es seguro que obtengamos la respuesta del Tribunal de Justicia. No obstante entiendo que no debería admitirse la denominada irretroactividad de la declaración de nulidad. Esperemos que el TJUE vuelva a decir de nuevo que la nulidad la declara la ley y que no es necesaria una sentencia. Como recuerda MIQUEL:

Las sentencias no son constitutivas de la nulidad, ni tampoco fuente del Derecho, por lo que no pueden suplantar a la ley.

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROCESOS DECLARATIVOS



Ilmo. Sr. D. MIGUEL DE ANGULO RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho. Abogado

Señor Vicepresidente, señoras y señores académicos, señoras y señores:

Quiero manifestar, ante todo, mi sincero agradecimiento a nuestra Corporación y, en particular, a la doctora Senés Motilla por su amable invitación a tomar parte en esta interesante jornada y hacerlo, además, en tan prestigiosa compañía.

Se me ha encomendado la exposición de una vasta y heterogénea materia que, por ello, resulta no solo de difícil sistematización sino de imposible agotamiento en el reducido marco de esta ponencia. En consecuencia y siempre apoyándome en las intervenciones precedentes, pretendo actuar al modo de los pintores impresionistas mostrando rasgos y elementos que, aunque presentados aisladamente, permitan sin embargo obtener una cierta imagen de conjunto con la que alimentar el coloquio posterior. Con esa intención y tras una referencia inicial al cuadro normativo en el que se inscribe la regulación de esta temática, plantearé enseguida determinadas cuestiones procesales suscitadas en el ejercicio de las acciones individuales y colectivas destinadas a la protección de

consumidores y usuarios, formulando también algunas reflexiones a propósito ya de procedimientos y trámites específicos.

El cuadro normativo

Como no puede ser de otro modo, la urdimbre principal con que se teje en la legislación española el marco procesal para la protección de los derechos de consumidores y usuarios y, por tanto, los cauces para combatir las cláusulas abusivas que a los mismos se les pretendan imponer viene proporcionado por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obstante, existen también previsiones y criterios aplicables en el Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios y en algunas otras disposiciones sectoriales aisladas.

De inmediato, he de señalar que, a diferencia con lo que ocurre en otros áreas jurídicas de naturaleza sustantiva, en el ámbito procesal la labor armonizadora llevada a cabo por el Derecho europeo es bien escasa, de modo tal que solo resultan significativos los resultados unificadores conseguidos para la ejecución del principio de la libre circulación de las decisiones judiciales en el espacio europeo, es decir, en los campos de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y ejecución recíproca de sentencias, consideradas ambas materias una parte esencial del Derecho internacional privado. Pero a diferencia de ello, insisto en que no encontraremos en el ámbito procesal interno unificación ni prácticamente acercamiento alguno entre las instituciones y procedimientos de los diversos Estados. Y es que la configura-

ción de los aspectos procesales, incluso cuando se trata de su aplicabilidad en terrenos jurídicos sustantivos en los que la unificación europea ha avanzado considerablemente, sigue confiada íntegramente a los legisladores nacionales, sin otras limitaciones que las impuestas por la exigencia de que dicha autonomía estatal en el tratamiento procesal de los principios y criterios europeos no llegue a desvirtuar o desnaturalizar la esencia o razón de ser de estos últimos.

En consecuencia y por fuera de las exigencias literalmente derivadas de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, el ordenamiento europeo carece de textos normativos sobre los concretos cauces procesales por los que haya de discurrir esa modalidad de protección a tales consumidores. Corresponde pues con plena autonomía al sistema positivo nacional y a sus instituciones y procedimientos dispensar la indicada protección, pudiendo contar para ello además con dos valiosos elementos:

- En primer lugar, la guía que proporciona la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableciendo en qué situaciones la normativa procesal interna de un Estado miembro puede resultar contraria o incompatible con los principios y valores de la propia Directiva; y,
- En segundo término, y conforme al artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nuestros jueces y tribunales tienen la posibilidad, si lo estiman

pertinente, de plantear cuestiones prejudiciales que, a la postre, habrán de conducir a concretos pronunciamientos del Tribunal europeo en el asunto propuesto; posibilidad esta de la que se viene haciendo un uso rayano en lo abusivo.

Por lo que afecta a la legislación procesal española y específicamente a su compatibilidad con las prescripciones europeas sobre cláusulas abusivas, la realidad es bastante más pobre de lo deseable. Como veremos a continuación en aspectos procesales concretos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado con reiteración la falta de acomodo de algunas previsiones procesales de nuestro sistema jurídico a los principios y fines del Derecho europeo, lo que ha motivado buena parte de las tan abundantes reformas registradas por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. En tal sentido, se ha llegado al extremo de que en los últimos días del pasado mes de abril, la Comisión Europea, entre sus habituales decisiones mensuales en materia de apertura de procedimientos por incumplimiento a los distintos Estados miembros, ha remitido al Gobierno de España una carta de emplazamiento relativa a la inadecuación a la normativa europea de las disposiciones españolas sobre cláusulas abusivas, con el anuncio de que, salvo respuesta satisfactoria en plazo de dos meses, le hará llegar ya el dictamen motivado con el que se iniciaría el correspondiente procedimiento infractor. Aun cuando parece que el asunto está ligado sobre todo a nuestra regulación en materia de ejecución de préstamos hipotecarios, ya veremos en qué queda todo ello.

***Acciones colectivas e individuales,
problemas de legitimación***

En el vigente ordenamiento español, coexisten para la protección de consumidores y usuarios en general y, en concreto, para la lucha frente a la inclusión y aplicación de cláusulas abusivas las distintas vías que derivan del ejercicio de las reclamaciones colectivas y de las individuales. De carácter colectivo son las acciones de cesación, de retractación y las meramente declarativas destinadas a la inscripción de la cláusula en el Registro de las condiciones generales de la contratación. Y junto a ellas, se reconoce también la viabilidad de las acciones individuales dirigidas a postular la nulidad de una cláusula por abusividad, con fundamentación indistintamente tanto en la normativa de protección de consumidores y sobre condiciones generales de la contratación, como en las disposiciones civiles reguladoras de la nulidad contractual por vicios del consentimiento, del objeto o de la causa.

Pues bien, en el plano procesal que aquí nos cumple examinar, surgen algunas particularidades en relación al ejercicio de una y otra clase de acciones, colectivas e individuales, por ejemplo a propósito de la legitimación activa. Concretamente, el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la legitimación activa para las acciones colectivas, genéricamente y sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, al igual que a las entidades habilitadas conforme a la normativa euro-

pea y al Ministerio Fiscal; por su lado, el artículo 16 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación añade también como activamente legitimados para ello a las Cámaras de Comercio y a los Colegios profesionales, con posibilidad de que puedan todos personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellos.

Sin embargo, en el artículo 15 de la Ley procesal, que contiene las previsiones sobre publicidad y sobre llamamiento a los particulares afectados en los procesos promovidos por las asociaciones, su apartado cuarto expresamente excluye de dichas previsiones aquellos supuestos en que se trate del ejercicio de acciones colectivas de cesación; de este modo, cabe considerar a tales particulares afectados por una acción de cesación como faltos de legitimación para actuar en esa modalidad de acciones colectivas, lo que parece derivarse también del tenor del artículo 9 de la Ley sobre condiciones generales de contratación que se refiere al particular solo en relación al ejercicio de acciones individuales. Sin embargo, la realidad es que se viene aceptando por jueces y tribunales la participación de estos interesados en las acciones de cesación con base en lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la intervención en el proceso de sujetos originariamente no demandantes ni demandados; de este modo, no deja de generarse un innecesario confusionismo con la admisión de particulares adherentes también en los casos de las acciones de cesación.

***Acciones colectivas e individuales,
suspensión de estas últimas
por pendencia de las primeras***

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su reciente sentencia de 14 de abril del presente año 2016 (casos acumulados Sales Sinués y Drame), ha declarado opuesta a la normativa europea la suspensión automática de las reclamaciones individuales contra cláusulas supuestamente abusivas por hallarse en tramitación un proceso en que se ejercitan acciones colectivas sensiblemente similares. Y es que con apoyo básicamente en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre prejudicialidad civil, las entidades financieras españolas han venido aduciendo excepciones procesales tendentes a la suspensión o el archivo de abundantes procesos individuales sustancialmente coincidentes, en cuanto a la abusividad argüida, con otros procedimientos en los que ya se ejercitaban acciones colectivas con tal objetivo. Concretamente esa ha venido siendo la forma usual de proceder en estos últimos años a partir de la demanda deducida en el conocido caso «Adicae» (instado por esta asociación en el año 2010 frente a cuarenta entidades bancarias y de ahorro y en el que ha recaído sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de los de Madrid con fecha 7 de abril de 2016, que al parecer ya ha apelado alguna de las entidades demandadas); insisto, esta demanda del caso «Adicae» se ha usado como escudo protector habitual ante muchas de las reclamaciones individuales instadas contra los bancos y cajas allí demandados

—que a su vez y por absorciones previas de otras entidades suponían la práctica totalidad del mercado financiero español—. Y lo que es aún más relevante: los juzgados han venido accediendo mecánicamente a las suspensiones y archivos así interesados.

Así las cosas, el Tribunal de Luxemburgo en esa reciente sentencia de 14 de abril de 2016 declara sin ambages que el automatismo en la suspensión de la acción individual por pendencia de la colectiva resulta incompatible con el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993; es exigible, dice el Tribunal de Justicia, que el juez español valore si esa suspensión del proceso individual perjudica o no al consumidor y, en todo caso, resulta obligado permitir al consumidor o usuario concretos que puedan desvincularse voluntariamente de la acción colectiva. Llega a afirmar literalmente el Tribunal europeo que la normativa española es «incompleta e insuficiente» y que no constituye «un medio adecuado ni eficaz» contra las cláusulas abusivas.

Queda así claro que, en adelante, nuestros jueces deberán valorar en cada caso si la suspensión o el archivo son o no positivos para el reclamante individual, permitiéndole a este en todo caso desligar la suerte de su reclamación de la que mediante acción colectiva se esté tramitando. Lo que habrá que ver ahora es la reacción de los juzgados ante esta sentencia en relación con las reclamaciones individuales así suspendidas y, sobre todo, con los procesos individuales que acordaron archivar.

Competencia objetiva

En otro orden de cosas, y continuando con las formas impresionistas ya anunciadas, voy ahora a hacer referencia a otra cuestión procesal que en el marco de los procesos declarativos se ha venido suscitando con ocasión del ejercicio de las acciones individuales relacionadas con las cláusulas abusivas. Me refiero concretamente a ciertos problemas presentados en el plano de la competencia objetiva. Como es sabido, el artículo 86 ter, 2, d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para decidir sobre «las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia». Pues bien, a partir de esta disposición y durante bastante tiempo se ha venido haciendo una aplicación automatizada de esa norma en la línea de atribuir en exclusiva el conocimiento de litigios sobre cláusulas abusivas a los Juzgados Mercantiles, denegando sistemáticamente tal posibilidad a los Juzgados de Primera Instancia; y ello, incluso, cuando la ejercitada era una acción individual sobre nulidad de una o más cláusulas incluidas en un contrato de préstamo, que es una acción amparada en los artículos 80 y siguientes de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y en el artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales; este último estatuye expresamente que tal clase de acciones individuales «podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales de la nulidad contractual».

Así planteada la cuestión, el problema estribaba en determinar si existía en todo caso una «*vis atractiva*» de

los Juzgados de lo Mercantil o si, por el contrario, ante las dudas suscitadas por una normativa deficiente y susceptible de interpretación contradictoria, cobraba toda su aplicabilidad y vigencia la competencia residual genérica que, conforme al artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. Sin posibilidad de detenernos a examinar a fondo el asunto, baste con señalar a este respecto que era ya relativamente abundante la jurisprudencia tanto de las Audiencias Provinciales (Autos de las AAPP de Salamanca de 29 de septiembre de 2014, de Madrid de 6 de noviembre de 2014 o de Salamanca de 9 de diciembre de 2014, p. ej.) como de los propios Juzgados que estimaban competentes a los de Primera Instancia cuando se trataba de acciones individuales de nulidad de cláusulas abusivas en materia de intereses, de cláusulas suelo o de cláusulas de vencimiento anticipado. Y es significativo señalar a este respecto que la indicada jurisprudencia hacía invocación frecuentemente de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz). No debe sorprendernos tal fundamentación directa en la jurisprudencia europea ya que, por esa vía y conforme a las previsiones del antes citado artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es como pueden y deben los órganos jurisdiccionales orillar versiones más restrictivas de sus superiores jerárquicos nacionales.

En todo caso y afortunadamente, la reforma operada en el artículo 86 ter, 2, d) de la Ley Orgánica del Poder

Judicial —mediante la Ley 7/2015, de 21 de julio— ha venido a solventar de una vez la cuestión, en la medida en que la actual redacción de dicho precepto únicamente atribuye ahora competencia a los Juzgados de lo Mercantil para el enjuiciamiento de las acciones colectivas en la materia, con lo que no hay impedimento legal alguno para el conocimiento por los Juzgados de Primera Instancia de las acciones individuales sobre cláusulas abusivas.

Acumulación de procesos

En un plano distinto, el de la acumulación de procesos, quiero referirme ahora al artículo 78.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que excluye tal posibilidad cuando el riesgo de sentencias incompatibles o con pronunciamientos excluyentes se hubiera podido evitar aduciendo la excepción de litispendencia o si al instarse el primero de los procesos hubiera cabido plantear las pretensiones que luego se instarían separadamente. Pues bien, el apartado 4 del propio artículo 78 establece que esa regla general resulta inaplicable a los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

En este orden de cosas, cabe señalar que la mayor fluidez o flexibilidad para la acumulación de procesos afectantes a consumidores así reconocida no está exenta de problemas, algunos no resueltos a mi conocimiento. En efecto, esa acumulación, que puede solicitar cualquiera de los interesados que sea parte en cualquiera de los procesos y que, incluso, puede ser apreciada de oficio ¿debe

operarse aunándolos en el más antiguo, según quiere el artículo 79 de la Ley procesal, o, como aparentemente sería más razonable, acumulándose al proceso en el que se ejerciten las acciones colectivas los correspondientes a las acciones individuales?

En cualquier caso, existe ya jurisprudencia que aprecia como indebida acumulación de acciones y, por ende, de los procesos en que las mismas se ventilen, aquellos supuestos en los que una asociación de consumidores incluya, junto a acciones en el ámbito de las condiciones generales de contratación, otras de nulidad por falta de consentimiento contractual y consiguiente devolución de cantidades, pues se estima que en ningún caso gozaría tal asociación de legitimación activa para instar esa nulidad y pedimentos de restitución (caso Adicae, auto de 8 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid).

Adicionalmente y en todo caso, lo que resulta claro es la inviabilidad de que puedan acumularse a procesos seguidos ante Juzgados de Primera Instancia otros en los que, ante un Juzgado de lo Mercantil, se ejerciten acciones colectivas de la exclusiva competencia objetiva de este último, pues taxativamente lo impide el artículo 77.2 de la Ley de Enjuiciamiento.

Control de oficio de las cláusulas abusivas

El artículo 6.1 de la Directiva de 5 de abril de 1993 obliga a los Estados miembros a garantizar la inaplicación a los consumidores de las cláusulas abusivas, lo que constituye una norma absolutamente imperativa, según

jurisprudencia europea consolidada, que busca subsanar el desequilibrio existente en las relaciones entre profesionales y consumidores mediante la intervención de un tercero ajeno a las partes, el juez nacional (vid. por todas la sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Jöros). Consecuencia obligada de ello es la obligatoriedad para ese juez nacional de verificar *ex officio iudicis* la posible abusividad de una cláusula contractual incluso cuando no haya sido alegada previamente (sentencia TJUE de 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro) e imponiendo también el deber de acordar cuantas diligencias probatorias sean necesarias para la apreciación de dicha abusividad (sentencia TJUE de 21 de febrero de 2015, caso Banif). Es más, ese control de oficio debe tener lugar también en el marco concursal respecto de los créditos simplemente comunicados por los acreedores siempre que el concursado tenga la condición de consumidor o usuario (sentencia TJUE de 21 de abril de 2016, caso Radlinger).

Tratándose de un control de oficio imperativo por parte del juez nacional, el momento procesal oportuno para llevarlo a cabo es, según reiterada expresión del Tribunal de Luxemburgo:

[...] tan pronto como el órgano judicial disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello,

lo que normalmente tendrá lugar en la fase de la admisión de la demanda o su contestación, pero puede serlo también posteriormente, por ejemplo al aportarse determinados documentos en período probatorio. En este

punto, la remisión al «juez nacional» debe ser interpretada de forma extensiva, como incluyendo al Letrado de la Administración de Justicia, dentro de las funciones y competencias que le reconoce la vigente normativa procesal española en esa fase de admisión de los escritos iniciales del proceso, aspecto este al que haré ulterior referencia.

Más dificultad encierra la cuestión de si ese control de oficio debe o no ser también realizado en el marco de la apelación, cuando el asunto de la abusividad no se haya suscitado durante la primera instancia. La citada sentencia del Tribunal europeo de 30 de mayo de 2013 (caso Jöros) señala la ausencia de previsiones europeas en lo relativo al recurso de apelación, pero alude a los principios de equivalencia y de efectividad, el segundo de los cuales debe entenderse en el sentido de que las normas internas de los Estados miembros no podrán en la práctica hacer «imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario» (con cita de los casos Banesto y Banif antes mencionados). En base a todo ello, el Tribunal de Justicia declaró que, en el caso concreto, los jueces húngaros de apelación venían obligados a controlar de oficio las cláusulas contractuales abusivas (sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Jöros). Como es obvio, tal planteamiento habrá de predicarse igualmente para nuestras Audiencias Provinciales, sea espontánea su actuación o excitada por la solicitud expresa de la parte apelante, sin que se nos alcance razón alguna para excluir del mismo el marco del recurso de casación.

***Cláusulas abusivas y ámbito de las facultades
del órgano jurisdiccional***

El artículo 83 de la Ley General para la defensa de los consumidores literalmente dispone en su actual redacción lo siguiente:

[...] las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Han desaparecido pues del precepto las facultades judiciales integradoras o moderadoras de las cláusulas abusivas que en su versión originaria se le reconocían al órgano judicial. Tal reforma legal (Ley 3/2014, de 27 de marzo) resultó obligada tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), que analizó un supuesto en el que el juez había declarado abusivo un interés moratorio del 29% reduciéndolo hasta el 19%. En esta sentencia el Tribunal de Justicia proclamó que la mejor opción para garantizar la protección del consumidor consistía en la pura y simple inaplicación de aquella cláusula sobre interés de demora, que es la única consecuencia predicable en Derecho para la nulidad radical; decía el Tribunal literalmente que el artículo 6.1 de la Directiva se oponía al antiguo artículo 83, en la medida en que este último facultaba al juez que apreciaba la nulidad de una cláusula abusiva para llevar a cabo su integración, mediante la modificación de su contenido.

Así las cosas, no puede dejar de sorprendernos que el Tribunal Supremo en su reciente sentencia del pasado 23 de diciembre de 2015, resolviendo la acción de cesación ejercitada por la OCU frente a los Bancos Popular Español y Bilbao Vizcaya Argentaria, haya establecido lo siguiente a propósito de una cláusula sobre vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda en caso de producirse un impago cualquiera: cabe aplicar, en sustitución de la cláusula anulada, una disposición supletoria del Derecho español si con ello se evita que el juez tenga que anular enteramente el contrato, pues esta última posibilidad, según en qué casos, podría ser perjudicial para el consumidor. En concreto, propugna en ese caso el Supremo la aplicación sustitutiva de lo dispuesto en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre viabilidad del vencimiento anticipado en caso de impago de tres plazos mensuales o de su equivalente económico. Al hilo de dicho razonamiento debo indicar que la rehabilitación genérica, siquiera sea únicamente para hipótesis determinadas, de esas facultades integradoras y moderadoras del órgano jurisdiccional contraría a mi juicio, no solo el mandato legal del vigente artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, sino, lo que es más grave, la doctrina jurisprudencial europea. Y no se trata solo de mi modesta opinión, pues esta viene avalada por los muy sólidos argumentos contenidos en el voto particular concurrente del Magistrado Sr. Orduña Moreno, argumentos en los que evidentes motivos de tiempo impiden detenerme. En todo caso, la polémica está servida y las exigencias de la seguridad jurídica en serio entredicho.

Cláusulas abusivas y medidas cautelares

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, vino a reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil con la aspiración de adaptar su normativa sobre ejecución hipotecaria a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (caso *Aziz*), que la había declarado opuesta a la normativa europea, particularmente en lo relativo a las relaciones entre el procedimiento ejecutivo y el posible proceso declarativo posteriormente interpuesto. Pues bien, dicha reforma legislativa dejó intacto el artículo 698 de la Ley procesal, cuyo primer apartado sigue diciendo literalmente que ese declarativo posterior «se ventilará en el juicio que corresponda, sin producir NUNCA el efecto de suspender ni entorpecer» el de ejecución; en el apartado segundo de este artículo 698, se añade que para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el declarativo posterior podrá solicitarse la «retención del todo o de una parte de la cantidad» que conforme al procedimiento de ejecución hubiera de entregarse al acreedor, algo que siendo entidades financieras los habituales ejecutantes tampoco parece demasiado relevante.

Pese a la dicción del precepto, que de modo expreso legitima activamente al deudor ejecutado, es muy cuestionable la posibilidad de que pueda el mismo interponer ese proceso declarativo si antes no se opuso a la ejecución hipotecaria (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 y de 13 de enero de 2015 niegan tal posibilidad con base en el artículo 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o si su alegación de abusividad fue desestimada en el proceso de ejecución (en

razón al posible efecto de cosa juzgada de dicho pronunciamiento desestimatorio). De todos modos, el proceso declarativo a que se refiere este artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento podrá ser instado para alegar *ex novo* la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutado, al menos por cualquier tercero interesado (avalistas o poseedores, por ejemplo) con dicha finalidad.

Sea como fuere y sobre la mencionada base normativa del artículo 698 LEC, llama la atención el hecho de que nos encontremos con una jurisprudencia mayoritaria que viene desestimando cualquier solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución hipotecaria (p. ej. resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de mayo y 2 de junio de 2014, secciones 19^a y 8^a, respectivamente), pese a alguna resolución aislada en contrario (auto de 12 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos).

Y llegados a este punto hemos de recordar cómo la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 17 de julio de 2014 (caso BBVA) dejó declarado que la regulación española sobre el posible declarativo posterior al inicio de una ejecución hipotecaria supone una protección del consumidor «insuficiente e incompleta» en el sentido del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Y ello, porque, incluso cuando en ese declarativo posterior se termine apreciando la naturaleza abusiva de la cláusula de que se trate, el consumidor nunca llegará a obtener una reparación *in natura* de su perjuicio, sino a lo sumo una indemnización económica. Nuevamente aquí, en sede de las medidas cautelares de los procesos declarativos,

topamos con inconsistencias, reformas legislativas manifiestamente mejorables y antiguas prácticas jurisprudenciales contrarias a la doctrina del Tribunal de Justicia europeo.

Cláusulas abusivas y proceso monitorio

La errática política legislativa seguida por el sistema positivo español queda puesta de relieve de forma paradigmática a propósito de la reciente reforma legislativa operada en relación al proceso monitorio por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Como es sabido, esta clase de procesos presenta una especial naturaleza jurídica, pues altera el normal funcionamiento del principio de contradicción a fin de facilitar la pronta obtención de un título dotado de efecto de cosa juzgada y con eficacia ejecutiva. Previsto inicialmente para reclamaciones de hasta 30.000 euros, se incrementó luego la cuantía máxima a 250.000 euros y, desde 2011 no existe ya tope cuantitativo. Está reservado para deudas dinerarias flexiblemente documentadas y por importe determinado, líquido, vencido y exigible (artículo 812 LEC); verificado el cumplimiento de tales presupuestos por el Letrado de la Administración de Justicia, este requerirá de pago al deudor para que lo efectúe en plazo de veinte días o alegue sucintamente los motivos para no hacerlo; a partir de ese momento, si media oposición el asunto se tramitará conforme al proceso declarativo correspondiente, pero, si el demandado no atiende al pago requerido ni comparece oponiendo sus razones, el propio Letrado judicial dictará

decreto dando por terminado el juicio monitorio y procederá, a la mera solicitud del acreedor, al despacho de la ejecución. Así pues, en estos casos de impago o incomparencia, el decreto del secretario judicial adquiere firmeza y efectos de cosa juzgada respecto de cualquier proceso ordinario que pretenda instarse ulteriormente, sin que en principio se haya ofrecido hasta entonces ocasión al juez para apreciar de oficio la posible abusividad de la reclamación, por ejemplo a propósito de los intereses moratorios desmedidos o de indebidos vencimientos anticipados.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) entendió que con tal regulación la normativa procesal española no cumplía con el principio de efectividad en la protección de los derechos del consumidor garantizados por la Directiva comunitaria, por lo que el pasado mes de octubre el legislador español llevó a cabo, mediante la citada Ley 42/2015, una reforma del proceso monitorio, en el sentido básicamente de que si la reclamación está basada en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor,

[...] el secretario judicial [así lo sigue llamando la Ley de reforma], previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula;

en tal caso y tras audiencia de las partes por plazo de cinco días, el juez resolverá lo que proceda y, si declara la abusividad, decidirá la desestimación de la petición ini-

cial o la continuación del procedimiento ya sin las cláusulas estimadas abusivas.

Con ello no se han resuelto, sin embargo, todos los problemas que, en relación a las cláusulas abusivas, registra el proceso monitorio. Así, y sin ánimo de exhaustividad podemos plantearnos algunos interrogantes:

- Cabe también preguntarse el por qué oír a las partes puesto que el control debe efectuarse *ex officio iudicis*; máxime cuando esas partes difícilmente van a poder ilustrar a Su Señoría, toda vez que se establece expresamente que no es preceptiva en esta audiencia la intervención de abogado ni procurador.
- En caso de abusividad, el texto reformado permite desestimar la petición del monitorio o proseguirlo sin las cláusulas nulas ¿cómo se cohonestaba esa opción con las facultades de integración que el Tribunal Supremo ha atribuido al juez en su reciente sentencia antes citada de 23 de diciembre de 2015?
- La Exposición de Motivos de la repetida Ley reformadora niega que el auto que decida sobre la concurrencia o no de abusividad produzca efectos de cosa juzgada, pero el texto de la Ley no dice nada.
- En términos de la Directiva 93/13 ¿es suficiente la protección que recibe el deudor consumidor, cuando el secretario judicial no haya reparado en la existencia del contrato con posibles cláusulas abusivas y, por tanto, no haya dado cuenta alguna

al juez de los correspondientes elementos de hecho y derecho, si el interesado advierte la abusividad en los mismos *a posteriori*?

Baste con lo expuesto para mostrar las deficiencias de la reforma llevada a cabo en esta materia y la previsible continuidad de nueva jurisprudencia europea adversa a nuestra normativa interna.

A modo de conclusión

Concluyo ya y puedo hacerlo con suma brevedad. La legislación procesal española y también la jurisprudencia presentan en relación con las cláusulas abusivas y las previsiones europeas de protección al consumidor algunas graves carencias y distorsiones, sin que las precipitadas y constantes reformas (nueve para la Ley de Enjuiciamiento Civil solo en el pasado año 2015) ofrezcan al consumidor o usuario, de modo «suficiente y completo», el grado de protección que les garantiza la Directiva del año 1993 y la jurisprudencia europea que la interpreta y desarrolla.

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA



Excma. Sra. D^a CARMEN SENÉS MOTILLA
Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Almería

Muchas gracias por sus palabras, Sr. Presidente:

Permítanme que exprese públicamente mi agradecimiento a esta Real Corporación por apoyar la celebración de esta Jornada, así como a los ponentes, que desde el primer momento en que les requerí, mostraron su disponibilidad para participar en este acto.

El punto de partida de mi intervención parte de una realidad incontestable: las ejecuciones hipotecarias presentan en España un panorama caótico. Ello se debe a la confluencia de varios factores, alguno de los cuales amenaza con perpetuarse en el tiempo, como la errónea doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo expresada en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, que vacía de contenido la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y que puede condicionar —por su *auctoritas*—, el quehacer jurisdiccional de los juzgados y tribunales de instancia.

Antes de abordar el tema objeto de mi intervención, permítanme una advertencia previa, cual es que el tratamiento de las cláusulas abusivas generalmente se presta a ser abordado desde un posicionamiento previo, según el analista se posicione a favor de los consumidores o de las

entidades de crédito. A este respecto, y para disipar cualquier posible duda sobre mi posicionamiento, me apresuro a afirmar, sin ambages, que la praxis bancaria de los últimos años en la concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores ha sido indebida por abusiva, lo cual no excluye, por otra parte, que la praxis judicial ponga de manifiesto el uso abusivo de este instrumento de «diálogo de jueces» que es la cuestión prejudicial europea, dado que, en infinidad de ocasiones, los jueces españoles cuestionan extremos ya clarificados por el Tribunal de Justicia o abundar en aquellos que están pendientes de decisión por el Tribunal de Luxemburgo. A título de ejemplo, repárese en los muchos supuestos en los que el TJUE se ve en la tesitura de resolver cuestiones prejudiciales mediante auto; y ello, precisamente, por tener la cuestión prejudicial como objeto aquello que ya fue sentenciado y ser reiterada la doctrina jurisprudencial sentada al respecto.

Como no podría ser de otra manera, el tratamiento de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria ha de partir de ineludibles premisas sustantivas, la primera de ellas, determinar qué se puede controlar y qué no en dicho proceso de ejecución especial.

Ámbito del control de abusividad

Con arreglo a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva), el control de abusividad se ciñe a las cláusulas contractuales «que no se hayan negociado individual-

mente» (art. 3). Y en sentido negativo, la norma europea excluye del citado control las cláusulas que definen el «objeto principal del contrato..., siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (art. 4.2), es decir, siempre que sean transparentes. Como veremos, esta norma está involucrada en el posible control en ejecución de la denominada «cláusula suelo», en la medida en que dicha cláusula afecta al interés remuneratorio a cargo del prestatario. También están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva, y por tanto, del control de abusividad, «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas» (art. 1.2), en las que también se incluyen las normas nacionales que con arreglo a Derecho se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (Considerando 13). Esta norma europea incide en la controvertida naturaleza jurídica del artículo 693.2 de la LEC (vencimiento anticipado), por cuanto se ha residenciado ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre si la reproducción de dicha norma en una cláusula contractual debe ser excluida del control de abusividad por tratarse de una disposición imperativa y supletoria de la voluntad de las partes.

Por lo que respecta a la regulación de la ejecución hipotecaria, la LEC limita el control de abusividad a las cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la ejecución o que determinen la cantidad exigible (art. 695.1-4^a LEC). Conforme a esta limitación el control de abusividad comprende, en principio, las cláusulas de vencimiento anticipado, las relativas a intereses de demo-

ra y los pactos de liquidez, aunque ciertamente, la práctica judicial confirma que la abusividad de estos últimos no concurre. No comprende dicho control otras cláusulas de contenido financiero si fueran irrelevantes para la ejecución (por ejemplo, cláusulas sobre comisiones de amortización anticipada, reclamación extrajudicial, garantía personal solidaria, cesión del préstamo, imputación de pagos...).

***Los parámetros de la abusividad,
sus efectos y consecuencias***

Conforme a los artículos 3 —apartados 1 y 5 de la Directiva—, los parámetros de la abusividad de una cláusula contractual son la buena fe —objetiva—, el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato y la transparencia (Sentencia de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler). Son estos, parámetros normativos, generales y abstractos, que el juez debe concretar en el caso concreto tomando en consideración:

[...] la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependan [art. 4.1].

Según la jurisprudencia del TJUE, en esa labor de concreción, el juez no está sujeto a ningún límite legal que no sea el propio marco de la Directiva, es decir, que el ordenamiento nacional puede establecer límites sustantivos o procesales a la reclamación del acreedor, pero

dichos límites no podrán menoscabar la libre apreciación judicial de la abusividad de una cláusula contractual. Esta consideración es importante, como veremos, respecto del límite legal de los intereses de demora en préstamos hipotecarios establecido en el artículo 114 de la LH.

Sobre los efectos de la abusividad, los Estados vienen obligados a establecer que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado entre este y un profesional, así como a disponer que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva). Al respecto, reiterada es la jurisprudencia del TJUE que señala el carácter imperativo de esta norma europea. En tales términos, la ineficacia para el consumidor de una cláusula abusiva tiene una primera manifestación importante en el quehacer del órgano jurisdiccional, que no podrá moderar el contenido de dicha cláusula. A este respecto, la transposición inicial de la Directiva al Derecho español previó la facultad judicial de integrar el contrato modificando la cláusula abusiva, aunque el TJUE declaró la incompatibilidad de la Directiva con la norma española que preveía tal integración (Sentencia de 14 de junio de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito). Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia motivó la reforma del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sustituyendo la facultad moderadora del juez por la declaración legal de nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva.

Con todo, la fuente de la controversia que hoy todavía subsiste sobre la posible integración de la cláusula abusiva es la posibilidad que el TJUE ha admitido de sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional. Tal es el supuesto que contempla la Sentencia de 30 de abril de 2014 (C-26/13, Kásler), en relación con una cláusula cuyo contenido era la forma en que debía determinarse la cuota mensual a pagar por el prestatario en un préstamo multidivisa. Esta facultad de sustitución —que el TJUE ha admitido con carácter excepcional y solo para el supuesto en que la declaración de nulidad de la cláusula hubiera de deparar al consumidor un perjuicio mayor que su inaplicación—, está implicada en las resoluciones dispares de nuestros tribunales sobre las consecuencias de la apreciación de la abusividad de la cláusula de intereses de demora.

Expuesta, a grandes rasgos, la teoría general sobre las cláusulas abusivas, pasaré a ocuparme de las cláusulas que habitualmente concitan la controversia en el proceso de ejecución hipotecaria sobre su carácter abusivo, ocupándome en primer término de la cláusula de intereses de demora y, en concreto, del sentido y alcance del límite establecido en el artículo 114, párrafo III de la Ley Hipotecaria.

***Límite legal de los intereses de demora
en los préstamos hipotecarios para la adquisición
de vivienda habitual***

Desde la óptica de la cláusula abusiva, el límite legal a los intereses de demora establecido en el artículo 114, párrafo tercero de la LH suscita la siguiente cuestión:

¿constituye dicho límite el criterio o canon de abusividad de la cláusula contractual?

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia de 21 de enero de 2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank, acumulados), que fue dictada en relación con el recálculo de los intereses de demora que autorizó la Ley 1/2013, de 14 de mayo ante el límite que instauró en nuestro ordenamiento. En esta sentencia, el TJUE delimita el contenido de la abusividad y el límite de los intereses de demora mediante un pronunciamiento doble, según el cual, la Directiva no es incompatible con la norma nacional que sanciona la obligación del juez de dar traslado al ejecutante para el recálculo de los intereses, siempre que

[...] no prejuzgue la facultad del juez de apreciar el carácter abusivo de la cláusula de interés y no impida que deje de aplicarla en el caso de considerarla abusiva.

Este pronunciamiento se apoya en la previa consideración de que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero no es «necesariamente equitativo» en el sentido de la Directiva (apartado 40); o dicho en otros términos, que el límite de los intereses de demora establecido en el artículo 114 de la LH no incluye el parámetro sobre la abusividad de estos, que el juez habrá de concluir en cada caso concreto.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha mostrado su parecer sobre el sentido y alcance de este límite legal en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera, N^o 705/2015, de

23 de diciembre de 2015; sentencia que fue dictada en un proceso declarativo promovido por una asociación de consumidores en el ejercicio de una acción colectiva de cesación. Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —Auto de 11 de junio de 2015 (BBVA)—, el Tribunal Supremo considera:

- Que el límite cuantitativo no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas; así como,
- Constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

La segunda cuestión que se suscita en relación con la abusividad de la cláusula de intereses de demora —también con el vencimiento anticipado—, consiste en determinar si el control que debe efectuar el juez es un control abstracto sobre los términos en que está redactada la cláusula, o un control concreto sobre el uso que el banco hace de ella. Sobre este particular ha supuesto un punto de inflexión —por su contundencia y claridad—, el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 (C-602/2013 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria), en el que el Tribunal de Justicia declara que:

[...] la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

En esta resolución, el Tribunal de Justicia también incide en la posible aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional como consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, y al efecto, reitera el carácter excepcional de esta sustitución, solo aplicable cuando la nulidad de la cláusula abusiva hubiera de causar un perjuicio al consumidor; sustitución que será inviable en el caso de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, dado que la anulación de la cláusula no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, pues los importes en relación con los cuales se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos en dicha cláusula. Esta misma doctrina es reiterada por el TJUE en el Auto de 8 de julio de 2015 (C-90/14, Banco Grupo Cajatrés).

Doctrina jurisprudencial sobre la abusividad de la cláusula de intereses de demora en préstamos personales y su extensión a los préstamos garantizados con hipoteca

Con apoyo en la jurisprudencia del TJUE, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia del Pleno, N^o 265/2015, de 25 de abril, concluyó la inaplicación de

una disposición supletoria de Derecho nacional como consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusulas de intereses de demora. En particular, el Tribunal abunda en la diferente naturaleza y finalidad del interés remuneratorio y el interés de demora, y concluye que la supresión de la cláusula de intereses de demora no obsta la continuación del devengo del interés remuneratorio del préstamo, que se devengará hasta el completo pago de lo adeudado. Además, en esta sentencia, el Tribunal Supremo fijó como doctrina jurisprudencial que:

[...] en los contratos de préstamos sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

Posteriormente, en la Sentencia del Pleno, de 23 de diciembre de 2015 a la que antes aludíamos, la Sala Primera mantiene el mismo criterio respecto de la abusividad de la cláusula de intereses de demora en los préstamos hipotecarios, de manera que «la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado» (se trataba de un supuesto en el que el interés de demora se determina sumando puntos adicionales al remuneratorio). Y hace tan solo unos días, en Sentencia del pasado viernes —Nº 364/2016, de 3 de junio—, la Sala Primera extiende la doctrina ya sentada respecto de los préstamos personales a los préstamos con garantía hipotecaria, fijando el límite de la abusividad en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

Pasemos ahora a abordar la problemática que se ciñe respecto de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios.

***El control de abusividad de la cláusula
de vencimiento anticipado***

Como sabemos, los criterios para efectuar el control de abusividad de esta cláusula fueron sentados por el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-415/11, Aziz), en la que el Tribunal subordina la vinculación del consumidor al vencimiento anticipado a la concurrencia de los elementos siguientes:

- 1º El incumplimiento de una obligación esencial;
- 2º El incumplimiento grave, atendida la duración y cuantía del préstamo;
- 3º El carácter excepcional de la facultad de resolver el contrato respecto a las normas aplicables en defecto de acuerdo de las partes, de forma que resulte más difícil al consumidor acceder a la justicia y ejercitar su derecho de defensa; y,
- 4º Necesaria previsión —por el Derecho nacional— de medios «adecuados y eficaces» que permitan al consumidor sujeto a la cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato.

Sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado se reproducen en parte, las cuestiones ya apuntadas respecto del límite de los intereses de demora en los préstamos para la adquisición de la vivienda

habitual, pero ahora respecto del artículo 693.2 de la LEC, a saber:

- La falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales —o cuota equivalente— sin cumplir el deudor ¿es la objetivación normativa de un incumplimiento grave o es el parámetro legal de la abusividad?; y,
- El examen de abusividad ¿debe atender a la redacción de la cláusula contractual o al uso que el banco haga de ella, en particular, haciéndola valer después de que el deudor haya incumplido tres mensualidades de pago?

Ambas cuestiones encuentran cumplida respuesta en el Auto 11 de junio de 2015 (C-602/13, BBV Argentaria), en el que el TJUE considera, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado resulte contraria al artículo 693.2 de la LEC no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula, luego, dicha norma no incluye el canon de abusividad; y por otro, que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula de vencimiento anticipado, tal como figura en el contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo. En este sentido —añade el Tribunal de Justicia—, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurre tal supuesto (abusividad).

A pesar de esta doctrina jurisprudencial, la praxis judicial pone de manifiesto la discrepancia de nuestros tribunales sobre si el control de abusividad es un control abstracto o concreto. Algunas Audiencias rehúsan

el control abstracto de la cláusula, tal y como fue redactada, y efectúan el control de abusividad atendiendo al ejercicio por el banco de la facultad de vencimiento anticipado¹⁴. En cambio, otras Audiencias apuestan por el control abstracto de la cláusula contractual, máxime a partir del citado Auto del TJUE¹⁵.

La discrepancia de los tribunales alcanza también a las consecuencias de la apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues frente a las resoluciones que acuerdan el sobreseimiento de la ejecución por entender que dicha cláusula le sirve de fundamento, otras resoluciones acuerdan dar traslado al ejecutante para que recalcule la cantidad por la que se solicita el despacho de la ejecución sin aplicación de la cláusula declarada nula.

Por si el tema no estuviera ya suficientemente enredado, el 23 de diciembre de 2015 vio la luz la Sentencia ya citada del Pleno de la Sala Primera, en la que el Tribunal Supremo se manifiesta —*obiter dictum*— sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, amén de postular la aplicación supletoria del artículo 693.2 de la LEC. Esta sentencia resuelve los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por dos entidades bancarias fren-

14. Entre otros, AAP Barcelona (14ª), de 28 de julio de 2015; AAP Palma de Mallorca (Pleno jurisdiccional), de 24 de noviembre de 2015; Acuerdo de Magistrados de la AP Alicante, de 1 de octubre de 2015 y AAP Cádiz (8ª), de 28 de julio de 2015.

15. AAP Valencia (9ª), de 14 de julio de 2015 y AAP Pontevedra (Pleno jurisdiccional), de 30 de octubre de 2015.

te a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró abusiva, entre otras, la cláusula de vencimiento anticipado inserta en contratos de préstamo hipotecario a instancia de la OCU. Tras analizar la jurisprudencia propia sobre la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado y de la jurisprudencia del TJUE sobre los criterios para llevar a cabo el control de abusividad de esta concreta cláusula, el TS considera:

1º Que el artículo 693 de la LEC no incluye el canon de abusividad —y parece que el Tribunal Supremo entiende que tampoco la definición de un incumplimiento grave—;

2º Que:

[...] la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso [continúa el Tribunal Supremo], y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015.

Aunque no se diga de forma expresa, esta consideración de la Sala Primera supone conferir carácter supletorio al artículo 693.2 de la LEC y abre la puerta al control concreto de la abusividad del vencimiento anticipado (según el ejercicio que el banco haga de esta facultad);

3º Que la finalidad del 693.2 es evitar que accedan a las escrituras y luego al registro cláusulas por encima de ese límite; y que en el ámbito procesal,

constituye un óbice a las reclamaciones del cumplimiento del contrato o de ejecución de la garantía por encima del límite.

4º Por último, el Tribunal Supremo rechaza que el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria como consecuencia de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado «sea en todo caso más favorable al consumidor» [*sic*]; y en aras de salvaguardar el equilibrio de las prestaciones, considera inadecuado que en supuestos de flagrante morosidad se obligue a las entidades prestamistas a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual.

Me consta que estas dos últimas consideraciones del Tribunal Supremo han sembrado el desconcierto en más de un tribunal, pues ciertamente, la interpretación que sostiene la Sala Primera desnaturaliza la doctrina del TJUE (como acertadamente pone de manifiesto el Magistrado Orduña en el Voto particular discrepante de esta resolución).

Sea cual sea la acogida que tenga en los tribunales el parecer del Tribunal Supremo, que reiteramos, carece de eficacia vinculante en lo que a la ejecución hipotecaria se refiere dado que se trata de una consideración emitida *obiter dictum*, no podemos perder de vista que el artículo 693.2 de la LEC está en el punto de mira del TJUE respecto de las cláusulas contractuales que reproducen su tenor, con la consiguiente problemática de determinar si dicho precepto es de carácter imperativo —excluido por tanto del control de abusividad confor-

me a la Directiva— y supletorio en Derecho nacional (C-421/14, Banco Primus; asunto que cuenta ya con las conclusiones del Abogado General).

El control de abusividad de la cláusula suelo

A diferencia de las cláusulas sobre intereses de demora y de vencimiento anticipado, la cláusula suelo afecta a un elemento esencial del contrato de préstamo, cuál es el precio. De ahí que, conforme a la Directiva, dicha cláusula esté excluida del control de abusividad, salvo que no sea transparente (art. 4.2)¹⁶. Partiendo de esta premisa, se suscitan dos cuestiones relevantes sobre el tratamiento de la cláusula suelo en el proceso de ejecución hipotecaria:

- ¿Se puede efectuar el control de transparencia de la cláusula suelo en este procedimiento de ejecución especial? y,
- En caso de ser viable dicho control ¿procede la compensación de las cantidades recibidas indebidamente por el acreedor?

También sobre estas cuestiones las Audiencias Provinciales muestran criterios discrepantes; en ocasiones, rechazando que el control de abusividad pueda tener

16. Para un estudio pormenorizado de la cláusula suelo v. CAÑIZARES LASO, A. «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre, 2015.

lugar en ejecución¹⁷, y admitiéndolo en otras, con argumentos y consecuencias diferentes¹⁸. A este respecto, nos alineamos con este último sector, pues estimamos que la configuración del proceso de ejecución hipotecaria en modo alguno obsta que el control de transparencia pueda tener lugar en su seno, máxime desde el momento en que se incrementaron los poderes de actuación del órgano jurisdiccional y de las partes para hacer valer las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

Por lo demás, punto de encuentro de las acciones declarativas y de ejecución respecto de la cláusula suelo es la limitación en el tiempo de los efectos —que no «irretroactividad» [*sic*]— de la nulidad de dicha cláusula por falta de transparencia, efectuada por el Tribunal Supremo en Sentencia del Pleno de la Sala Primera, Nº 241/2013, de 9 de mayo; sentencia que fue complementada con otra también del Pleno, la Sentencia Nº 139/2015, de 25 de marzo que fijó como doctrina:

Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo

17. AAP Valencia (9ª), de 5 marzo de 2015 y AAP Almería (1ª), de 7 de abril de 2015.

18. Véanse: AAP Valencia (11ª), de 22 de septiembre de 2014; AAP Cádiz (8ª), de 11 de junio de 2015; AAP Madrid (25ª), de 31 de julio de 2015; AAP Barcelona (19ª), de 29 de octubre de 2015 y AAP Barcelona (1ª), de 24 de noviembre de 2015.

con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Como no podía ser de otra manera, la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo es de aplicación al proceso de ejecución hipotecaria, aunque ha sido objeto de varias cuestiones prejudiciales que están pendientes de decisión por el Tribunal de Justicia (C-307/15, C-308/15, C-154/15, C-349/15, C-381/15, C-431/15 y C-525/15).

***Poderes de actuación del juez
respecto de las cláusulas abusivas***

La primera manifestación de los poderes de actuación del órgano jurisdiccional es la apreciación, *ex officio*, de la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. Con ello se aproxima el tratamiento procesal de las abusivas al control de los presupuestos procesales, aunque dicho tratamiento no es idéntico, como pone de manifiesto la facultad que el TJUE reconoce al consumidor de manifestar su oposición a la falta de vinculación de la cláusula abusiva (Sentencia de 4 de junio de 2009; C-243/08, Pannon GSM). Sobre la apreciación judicial de oficio, la jurisprudencia europea ha transitado desde el reconocimiento de tal facultad al juez a la configuración de una genuina obligación de apreciar la abusividad de una cláusula contractual siempre que cuente con los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Este matiz que destacamos es importante, por cuanto

descarta cualquier posible asimilación del papel del juez que tutela los derechos de los consumidores con un juez inquisidor que investiga y recaba el material probatorio necesario para sostener una acusación penal.

La apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula inserta en el título ejecutivo requiere en todo caso la previa audiencia a las partes, si bien el momento idóneo para efectuar ese control variará según la cláusula tenga contenido sustantivo o procesal y según la estructura de cada concreto procedimiento. Así, podrá tener lugar, al tiempo de examinar la propia competencia (Sentencia de 4 de junio de 2009, C-243/08, Pannon GSM), la petición inicial del proceso monitorio (Sentencia de 14 de junio de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito) o antes de despachar la ejecución (Sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz; y Auto de 14 de noviembre de 2013, C-537/12 y C-116/13, Banco Popular Español y Banco de Valencia, acumulados).

A mayor abundamiento, el TJUE ha estimado que el deber del juez de apreciar de oficio las cláusulas abusivas se extiende también a la segunda instancia si el juez está facultado para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en la primera instancia (Sentencia de 30 de mayo de 2013, C-397/11, Erika Jörös).

Respecto de la extensión de dicho deber a los recursos extraordinarios, hasta la fecha no tenemos noticia de ningún pronunciamiento efectuado respecto de la actuación del Tribunal Supremo. Pero la doctrina del TJUE abona la viabilidad de que el control de abusividad tenga

lugar en el marco del recurso de casación, e incluso en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal si tratándose de cláusulas de contenido procesal su abusividad comprometiera las diversas manifestaciones del derecho a la tutela judicial.

Por otra parte, el TJUE también ha concluido la posibilidad de que el órgano jurisdiccional acuerde la práctica de medios de prueba *ex officio*, para dilucidar si la controversia ante el juez nacional entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. He aquí la segunda manifestación de los poderes de actuación del órgano jurisdiccional respecto de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, concebida con el propósito de salvaguardar los derechos de estos, y en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto esta doctrina del Tribunal de Justicia tiene lugar respecto de cláusulas de sumisión (Sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-137/08, VB Pénzügyi Lízing).

Eficacia del enjuiciamiento sobre la abusividad

Una de las cuestiones de mayor calado que suscita el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria es la posible eficacia de cosa juzgada del enjuiciamiento que lleva a cabo el juez ejecutor, y consiguiente imposibilidad de que el consumidor pueda volver a discutir la abusividad en un proceso de declaración. Siendo la cuestión compleja, y por compleja huérfana de solución pacífica en la doctrina, el tiempo limitado de esta intervención nos obli-

ga a esbozar unas breves conclusiones, sin posibilidad de desarrollar al completo el hilo argumental que las sostiene¹⁹.

De forma sucinta diremos, que tras la introducción de los nuevos motivos de oposición sobre cláusulas abusivas en el seno de la ejecución hipotecaria, una vez iniciada la ejecución ya no es posible entablar con éxito un proceso declarativo «sobre lo mismo». Lo impide el artículo 698 de la LEC, que limita el ámbito del declarativo a las «reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores», y lo corrobora la interpretación del artículo 564 de la LEC conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera, Nº 463/2014, de 28 de noviembre. Es más, estimamos que la eficacia de cosa juzgada de los pronunciamientos sobre cláusulas abusivas está implícita en el nuevo tenor del artículo 695.4 de la LEC, que limita los efectos de los autos resolutorios de la oposición que no son susceptibles de recurso «exclusivamente» al proceso de ejecución en que se dicten; luego, la limitación afecta solo a esos autos, y no a los resolutorios de la oposición que sí son susceptibles de apelación, como es el caso de los resolutorios de la oposición por abusividad de las cláusulas insertas en el título ejecutivo.

Excluida la incoación *a posteriori*, de un proceso de declaración sobre la abusividad de cláusulas relevantes para

19. Con mayor extensión, v. SENÉS MOTILLA, C. «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», en *Práctica de Tribunales*, nº 120 (mayo-junio), 2016 (LA LEY 2611/2016).

la ejecución, la siguiente cuestión que se suscita es la eficacia que pueda tener en la ejecución hipotecaria la pendencia del proceso declarativo incoado con anterioridad.

La relación entre los procesos declarativo y de ejecución

Aunque el supuesto de incoación por el deudor del proceso declarativo con anterioridad a la ejecución es menos frecuente en la práctica, estimamos que sería de aplicación el artículo 43 de la LEC (prejudicialidad civil), si bien la apreciación del vínculo de prejudicialidad estimamos que le correspondería apreciarla al juez ejecutor. Este supuesto que contemplamos difiere del planteado en la Sentencia del TJUE sobre Aziz; y lo es, por partida doble: en primer lugar, porque en este caso el banco inició la ejecución hipotecaria y luego el Sr. Aziz planteó el proceso de declaración; y en segundo lugar, porque el estado de la legislación española que entonces contempló el TJUE no preveía la oposición en el proceso de ejecución del carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el contrato de préstamo.

En fecha reciente, el TJUE se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de la Directiva con el artículo 43 de la LEC, sosteniendo una interpretación de la norma nacional que estimamos que es errada. Así, en la Sentencia de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y C-385/14, Sales Sinués y Drame Ba, acumulados), el Tribunal ha declarado que la Directiva es incompatible con una norma nacional:

[...] que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abu-

sivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

Como advertíamos, este pronunciamiento del TJUE se fundamenta en un error en la interpretación del artículo 43 de la LEC; precepto que en modo alguno impone la suspensión automática de la que hace gala el Tribunal ni impide al juez tomar en consideración las circunstancias del consumidor que presentó su acción individual, ni, en consecuencia, impide que el consumidor pueda desvincularse de la acción colectiva.

Termino ya, esbozando la conclusión que adelanté al inicio de esta exposición.

Conclusión

La ejecución hipotecaria presenta un panorama caótico, tanto más grave por cuanto se trata de un «tema sensible», por su hondo calado jurídico y económico, y su incuestionable dimensión social. Dicho caos obedece a factores diversos, entre los que cabe mencionar los si-

güentes: 1) Las continuas y no siempre bien meditadas reformas legislativas; 2) La problemática interpretación de las resoluciones del TJUE, construidas con mezcla de la solución particular que se quiere dar al caso concreto que se plantea y aderezo de la doctrina jurisprudencial que el Tribunal quiere resaltar, lo cual en ocasiones, enturbia sobremanera aquello que, en definitiva, se quiere primar (el Auto de 15 de junio de 2015 sobre las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de la cláusula de intereses de demora es un buen ejemplo de ello); 3) La proliferación excesiva de cuestiones prejudiciales, no siempre necesarias ni bien argumentadas; y 4) La falta de un recurso contra autos definitivos dictados en segunda instancia —incluidos los resolutorios de incidentes de oposición a la ejecución— que permita unificar los posicionamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales.

Otras cuestiones quedan aun en el tintero, pero como no quiero hurtar el coloquio con nuestros asistentes, concluyo agradeciéndoles su atención.

Muchas gracias.

Índice

Presentación

Excma. Sra. D^a CARMEN SENÉS MOTILLA _____ 5

Incidencia de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los Ordenamientos de los Estados Miembros

Excma. Sra. D^a ELISA PÉREZ VERA _____ 9

Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo

Ilma. Sra. D^a ANA CAÑIZARES LASO _____ 19

Cláusulas abusivas y procesos declarativos

Ilmo. Sr. D. MIGUEL DE ANGULO RODRÍGUEZ _____ 47

Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria

Excma. Sra. D^a CARMEN SENÉS MOTILLA _____ 69



CONSEJERÍA DE ECONOMÍA
Y CONOCIMIENTO