

## La cláusula suelo y otras estipulaciones abusivas: o quizás no tan abusivas

**Soraya Callejo Carrión**

*Magistrada  
Doctora en Derecho*

**Mercedes de Prada Rodríguez**

*Profesora titular acreditada de Derecho Procesal  
Directora del Área de Derecho.  
CES Villanueva. UCM*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Fernández de Buján y Fernández, don Francisco Javier Arias Varona, don Juan Carlos Castro Rico, don Fernando Díez Estella, don David Olivares Martínez, don Lupicinio Rodríguez y don Luis Zarraluqui Navarro.

---

### EXTRACTO

El presente trabajo aborda la cuestión de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular, en el contexto de ejecuciones hipotecarias. La crisis económica, que hoy puede entenderse superada, supuso un cambio de paradigma respecto de un proceso, el de ejecución hipotecaria, que sustancialmente sigue siendo un proceso expeditivo para con el ejecutado, pero que –al menos lo pretende–, sin embargo, con motivo de la aplicación de la normativa comunitaria y de la jurisprudencia del TJUE se está reconvirtiendo a golpe de jurisprudencia. Actualmente, sin ir más lejos, muchos juzgados suspenden los procesos de ejecución en espera de que el TJUE se pronuncie de nuevo, esta vez sobre el vencimiento anticipado.

Sea como fuere, lo cierto es que no podemos vaticinar lo que dirá el tribunal, pero, mientras tanto, la situación en los juzgados españoles se antoja dispar. Pasados los peores momentos de la crisis, los juzgados vuelven a reconsiderar la ultraprotección que merecieron los consumidores, si bien las exigencias de la Directiva 93/13/CEE y las reformas legislativas producidas tras la sentencia del caso Aziz obligan a seguir tutelando al consumidor, quizás más allá de lo necesario. Es por ello por lo que se plantea en el presente trabajo el tema de las cláusulas más controvertidas en el seno de la ejecución, partiendo de una premisa básica: ni todo es tan abusivo, ni todos son tan vulnerables como se deja entrever.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas; procesos de ejecución hipotecaria; ejecutado; tutela del consumidor; sentencia del caso Aziz.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017*

## The abusive clauses and other abusive stipulations: or maybe not so abusive

Soraya Callejo Carrión

Mercedes de Prada Rodríguez

---

### ABSTRACT

The present work addresses the abusive clauses' issue in contracts concluded with consumers, in particular, in the context of foreclosure proceedings. The economic crisis that today can be understood overcome, meant a paradigm shift within the foreclosure proceedings. Substantially, it continues being an expeditious process for the party executed or at least it intends to do so. Nevertheless, due to the application of the EU regulations and the case law of the CJEU, it is reconverting. Currently, without going too far, many Spanish Courts suspend the foreclosure proceedings pending the pronouncement of the CJEU, this time on the early expiration.

Be that as it may, the truth is that we can not forecast what CJEU will decide, but, meanwhile, the situation in the Spanish Courts seems diverse. Once the worst moments of the economic crisis have passed through, the Courts are reconsidering again the over-protection that consumers deserve, although the requirements of Directive 93/13/CEE and the legislative amendments produced after the Aziz case sentence, force to continue protecting the consumer, perhaps beyond what it is necessary. That is why, in this work, the topic of the most controversial clauses in the foreclosure proceeding is based on a basic premise: not everything is so abusive, nor all are as vulnerable as it is envisaged.

**Keywords:** the abusive clauses' issue; foreclosure proceedings; executed; protecting the consumer; Aziz Case Sentence.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
- II. El control de transparencia: concepto y ámbito de aplicación
  - A) Concepto
  - B) Ámbito de aplicación del control de transparencia
- III. Las cláusulas «sospechosas» de abusividad
  - A) La cláusula suelo
    - a) A vueltas con la retroactividad
    - b) Concepto de consumidor: ¿lo es quien actúa con ánimo de lucro?
    - c) Responsabilidad del Estado por inobservancia de la jurisprudencia comunitaria
    - d) La cláusula suelo y la cosa juzgada
    - e) ¿Cabe la revisión de sentencias firmes al amparo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016?
    - f) El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo (BOE de 21 de enero)
    - g) A propósito de la intervención de los notarios
  - B) La cláusula de vencimiento anticipado
  - C) La cláusula de intereses moratorios
  - D) La cláusula de venta extrajudicial
  - E) La cláusula de gastos y tributos
- IV. Conclusión

### Referencias bibliográficas

#### Cómo citar este estudio:

Soraya Callejo, C. y De Prada Rodríguez, M. (2018). La cláusula suelo y otras estipulaciones abusivas: o quizás no tan abusivas. *Revista Ceflegal*, 208, 5-38.

## I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito últimamente sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; y, paralelamente, mucho se ha resuelto en este sentido por nuestros tribunales. Puede decirse que, de forma masiva, los órganos judiciales han ido conformando toda una jurisprudencia sobre este tema tan controvertido que nos ha traído la crisis económica al destapar las malas prácticas de muchas entidades que, amparándose en el carácter de contratos de adhesión y en la vigencia del principio de autonomía de la voluntad, han vinculado tradicionalmente a los consumidores con estas cláusulas, que a la postre se han declarado abusivas y, por ello, nulas.

A pesar de lo anterior, las cosas están cambiando, de manera que estamos en condiciones de afirmar que el principio de autonomía de la voluntad postulado en el artículo 1.255 del CC, tal y como lo conocemos, ha muerto; no puede seguir sosteniéndose por más tiempo la ficción jurídica de que la firma del consumidor estampada en los contratos, incluso de forma reiterada implica, un verdadero conocimiento y voluntad por su parte. Lo han venido diciendo hasta la saciedad los órganos de instancia y lo ha confirmado el Tribunal Supremo<sup>1</sup>.

No pretendemos en este sentido realizar un análisis doctrinal, ni siquiera de la ingente jurisprudencia menor dictada hasta el momento en la materia, sino concretar las ideas fundamentales en este campo y actualizarlas; tanto se ha discutido científicamente y ha habido tantas resoluciones que entendemos que lo más oportuno, a fin de no incurrir en sobreabundancia conceptual en un tema tan estudiado por los distintos operadores jurídicos, como es el que nos ocupa, sea clarificar el panorama judicial tal y como lo ha conformado finalmente nuestro Tribunal Supremo, con algún que otro «tirón de orejas», todo hay que decirlo, por parte del TJUE.

En qué medida están vinculados nuestros tribunales a la doctrina sentada por este último también será un punto importante a esclarecer. Baste anticipar, en este sentido, que los órganos judiciales internos van a tener que seguir escrupulosamente la jurisprudencia del TJUE si no quieren embarcar al Estado español en procesos de responsabilidad por no aplicar la normativa comunitaria. No nos atrevemos a aventurar las consecuencias de que un despacho de abogados avisado inicie este camino jurídico, pero da miedo pensar que pueda abrirse esta vía de forma indiscriminada<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> No solamente en relación con los préstamos hipotecarios y personales, también con motivo de la ingente jurisprudencia dictada en materia de productos financieros complejos. En relación con estos últimos, baste citar, entre otras, las más recientes SSTs 489/2015, de 16 de septiembre; 769/2014, de 12 de enero de 2015 (NCJ059370); 690/2016, de 23 de noviembre, y 677/2016, de 16 de noviembre (NCJ061955).

<sup>2</sup> Jimeno Bulnes, M. (2016, p. 70 y 72) afirma que no ha concluido el debate entre el tribunal judicial europeo y el legislador estatal, lo que se manifiesta en que cada vez es mayor la afluencia de cuestiones prejudiciales promovidas por órganos jurisdiccionales españoles que se encuentran pendientes de resolución. Y, por otra parte, desde la pers-

En definitiva, veremos qué cláusulas son abusivas y cuándo, porque, a pesar de que mucho se ha publicado al respecto, no siempre la información es del todo rigurosa desde el punto de vista jurídico; sirva señalar en este punto la gran equivocación existente, por ejemplo, en relación con una de las cláusulas más discutidas como es la denominada *cláusula suelo*, de la que podemos ir aventurando que no es intrínsecamente abusiva y cuando sí, resulta nula; no lo es tanto porque no exista en el caso concreto una correlación entre la misma y la *cláusula techo*, sino por su falta de transparencia. Y ahí es donde habrá que recurrir a la doctrina de la transparencia consolidada a partir de la STS de 9 de mayo de 2013<sup>3</sup>. No fue la primera que se pronunció en este sentido, pero sí puede marcarse un antes y un después de esta resolución judicial, de ahí que iniciemos el punto de partida de nuestro pequeño estudio en esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>4</sup>.

Exigencias derivadas de las bases del Premio nos obligan a la concisión y brevedad, y como quiera que el tema es architrato, no queremos enfatizar lo ya dicho por otros sino concretar los aspectos esenciales, de manera que se clarifique, en la medida de lo posible, y desde un punto de vista práctico, cómo se encuentra la cuestión en estos momentos.

## II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

### A) CONCEPTO

La mayoría de las condiciones generales que se han considerado nulas lo han sido por su falta de transparencia. En este sentido debemos aclarar en qué consiste el *control de transparencia*

---

pectiva de la práctica judicial y forense «se suceden sentencias dando respuesta a los problemas humanos y sociales derivados de la crisis económica haciéndose eco los Juzgados y Tribunales de competencias que exceden en muchos casos de sus atribuciones».

<sup>3</sup> Rec. núm. 485/2012 (NCJ058151); ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

<sup>4</sup> Póngase de manifiesto que la cita de una sola sentencia del Tribunal Supremo, siendo del Pleno, habilita para fundamentar el recurso de casación y tener acceso al mismo por interés casacional, según establece el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 del propio tribunal; dicho acuerdo se dictó tras la reforma producida por la Ley 37/2011, *de medidas de agilización procesal* que procuró favorecer el acceso a casación de cualquier justiciable al margen de la cuantía del litigio y vino a sustituir al anterior Acuerdo de 12 de diciembre de 2000. No obstante, es necesario subrayar que recientemente este último ha sido sustituido por Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* (Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017). El acuerdo declara en este punto: «El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. Debe existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso. Cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión».

de las condiciones generales, no negociadas individualmente en contratos con consumidores tal y como lo fijó la STS 241/2013 (NCJ057740); no obstante, es importante subrayar que no fue esta la primera sentencia que dictó el Tribunal Supremo en relación con este asunto, si acaso la más mediática, dado que esta línea jurisprudencial se había iniciado mucho antes con resoluciones que no tuvieron tanto eco ni en los medios de comunicación, ni entre los propios operadores jurídicos<sup>5</sup>.

El denominado *control de transparencia* tiene su fundamento inmediato en lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, *sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores* cuando dispone textualmente que «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 comprensible»<sup>6</sup>. De lo anterior, cabe colegir directamente que, en principio, no se puede controlar el equilibrio de aquellas cláusulas que sean fundamentales, es decir, que contribuyan a perfilar el objeto esencial de los contratos, porque no cabe un control del precio y la contraprestación, al operar respecto de estos elementos el principio de autonomía de la voluntad. Ahora bien, sí es factible este control por parte del juez cuando, aun tratándose de cláusulas definidoras del objeto esencial, se hubieren introducido en el contrato con falta de transparencia. Así lo dispuso la STS 241/2013 (NCJ057740), con referencia a la anterior 406/2012 (NCJ057432), de 18 de junio<sup>7</sup>, y reitera la importante STS 138/2015 (NCJ059806), de 24 de marzo de 2015<sup>8</sup>.

En efecto, para el Tribunal Supremo, el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo (en el caso concreto, la STS 241/2013 [NCJ057740] se refería a la cláusula suelo) no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones, que identifica con el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe un control del precio<sup>9</sup>. Sin embargo, esto último no significa que el sistema no las someta al doble control de transparencia; este doble control, tal y como recuerda la STS 241/2013 y confirma la STS 138/2015 (NCJ059806), consiste en que,

<sup>5</sup> Entre otras, SSTS 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 842/2011 (NFJ045292), de 25 de noviembre; 827/2012 (NCJ057739), 15 de enero de 2013, y 820/2012, de 17 de enero de 2013.

<sup>6</sup> Senés Motilla, C. (mayo-junio 2016, pp. 2 y ss.). La autora plantea tres interrogantes que constituyen el abecedé del régimen jurídico de las cláusulas abusivas proyectados sobre el control judicial en el proceso de ejecución hipotecaria: «qué se puede controlar –y qué no–, cuáles son los parámetros de la abusividad de una cláusula contractual, y qué efecto y qué consecuencias tiene la apreciación de la abusividad de una cláusula».

<sup>7</sup> Rec. núm. 1217/2013 (NCJ058799); ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

<sup>8</sup> Rec. núm. 1765/2013 (NCJ059806); ponente Rafael Sarazá Jimena. Con anterioridad a estas, diversas sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia tal y como lo hemos definido; entre otras, STS 834/2009, 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010 (NCJ054036), de 1 de julio; 827/2012 (NCJ057739), de 15 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril, y 638/2013 (NCJ058450), de 18 de noviembre.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (NCJ058437), y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (NCJ059713) que, además, justifican esta exclusión en que no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

además del control de incorporación que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, existe un control abstracto que 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 el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo<sup>10</sup>. Por ello, tal y como ha tenido ocasión de puntualizar el Tribunal Supremo, 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.

En este contexto, es preciso algo más, a saber, que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato<sup>11</sup>.

El artículo 4.2 de la directiva, anteriormente citado, conecta esta transparencia con el juicio de abusividad porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato, según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre las varias ofertadas<sup>12</sup>.

Por consiguiente, según declara nuestro Alto Tribunal, estas condiciones generales pueden declararse abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del

<sup>10</sup> Senés Guerrero, A. (mayo-junio 2016) afirma que «las cláusulas abusivas se definen por el procedimiento contractual (predisposición) y por los sujetos contratantes; además de por el contraste de su contenido con los parámetros normativos contenidos en los artículos 82 a 90 LGDCU».

<sup>11</sup> Por tanto, tal y como sigue apuntando el Tribunal Supremo, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación. Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre precio y prestación que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

<sup>12</sup> Ballugera Gómez, C. (4 de julio de 2016, pp. 26 y 27) recuerda que siempre que se hace referencia a los requisitos de información «pensamos en un contrato ya celebrado. La variada terminología con la que los designa el legislador, requisitos de información, deberes de transparencia, obligaciones de información previa al contrato, queda en segundo plano porque lo decisivo es que tales requisitos, deberes u obligaciones, por la celebración del contrato se vuelvan obligaciones contractuales a cargo del predisponente».

equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo entre precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. En el mismo sentido, se pronunció el TJUE, que en Sentencia de 30 de abril de 2014, referida a la hipoteca multidivisa<sup>13</sup>, declaró que la exigencia de transparencia no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva<sup>14</sup>. Tal doctrina, en el ámbito europeo, ha sido reiterada por la STJUE de 26 de febrero de 2015.

No obstante lo anterior, debemos precisar que la falta de transparencia de una determinada cláusula no acarrea su nulidad automática por abusividad; es decir, no supone necesariamente que sea desequilibrada. Tal afirmación, que la STS 241/2013 realiza expresamente, se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efecto negativo para el adherente.

## B) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Si hay una cuestión que urgía resolver y ha tenido ocasión de hacerlo el Tribunal Supremo con motivo de la aplicación de la doctrina de la transparencia ha sido, en buena lógica, la relacionada con la extensión de tal doctrina. En este sentido, ha dejado bien sentado que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. Dicho de otro modo, siguiendo lo dispuesto en la

<sup>13</sup> Sobre las hipotecas multidivisas se planteó igualmente una importante polémica que tuvo como epicentro la cuestión de si le era de aplicación la normativa de protección de los consumidores (la Directiva 93/13/CEE o la más reciente Directiva 2014/17/UE, *sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*) o, por el contrario, la denominada normativa MIFID en el caso de que se considerase producto financiero complejo. Ambas, cada una en su respectivo ámbito de aplicación, con una apuesta decidida por la protección del consumidor o contratante no experto. Pues bien, baste citar por su importancia la STS, de Pleno, 323/2015, de 30 de junio de 2015 (rec. núm. 2780/2013 [NCJ060152]; ponente Rafael Sarazá Jimena) que en relación a este punto, después de matizar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de las hipotecas multidivisa, sus atractivos y sus riesgos, declara que en tanto que préstamo, es un instrumento financiero. Señala, asimismo, que es un instrumento financiero derivado y, por consiguiente, la figura está incluida en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. En el caso que resuelve esta sentencia no se observó error que viciara el consentimiento, dado que los contratantes tenían la condición de clientes profesionales.

<sup>14</sup> Arias Rodríguez, J. M. (3 de febrero de 2016, p. 6) afirma que «esta sentenciada respuesta a las cuestiones planteadas de sí, por una parte, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, dicha disposición se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional y, por otra, la interpretación del artículo 4. 2 de la Directiva profundizando en la obligación de informar».



STS 367/2016 (NCJ061316), de 3 de junio<sup>15</sup>, resulta meridianamente claro que este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado, tanto en la legislación comunitaria como en la nacional, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, y ello en perfecta consonancia con lo previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Esta última resolución recuerda, asimismo, que ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las pretensiones para evitar situaciones de abuso contractual<sup>16</sup>.

El Tribunal Supremo subraya, en este contexto, que no corresponde a los tribunales la configuración de *tertium genus* que no ha sido establecido por el legislador; no se trata de una laguna legal que pueda ser suplida por la jurisprudencia, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente adherentes consumidores y no consumidores.

En la misma línea de negar el control de transparencia y abusividad a contratantes no consumidores, se pronuncia más recientemente la STS 57/2017 (NCJ062287), de 30 de enero de 2017<sup>17</sup>. Con todo, lo anterior no quiere decir que no pueda existir en las condiciones generales entre profesionales abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. En efecto, en los casos en que no cabe aplicar el control de transparencia, el criterio de la buena fe servirá como parámetro de interpretación contractual<sup>18</sup>. Por ello, tal y como declara la STS 57/2017, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos para aquellas estipulaciones que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido

<sup>15</sup> Rec. núm. 2121/2014 (NCJ061316); ponente Pedro José Vela Torres.

<sup>16</sup> Orduña Moreno, F. J. (2017, p. 4) indica cómo la Sentencia, al igual que el informe del Abogado General, viene a confirmar otro aspecto esencial de «la aplicación del control de transparencia, esto es, su definición como un propio y específico control de legalidad de la validez y, por tanto, de la eficacia de la reglamentación predispuesta. En este sentido, tal y como ya hiciera la STS 406/2012 (NCJ057432), de 18 de junio, y desarrollada la STS 464/2014 (NCJ058799), de 8 de septiembre, se señala que el control de transparencia no se circunscribe a un contraste de una mera inteligibilidad formal o usual de la cláusula predispuesta (transparencia formal), sino que se proyecta, necesariamente, sobre la comprensibilidad material de la misma, es decir, sobre la comprensión que atañe «al alcance tanto jurídico, como económico del compromiso contractual asumido». Con ello, también se zanja este debate en favor de la aplicación de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) y del desarrollo jurisprudencial realizado de sus artículos 4.2 y 6.1. Por lo que dicho control no puede ya valorarse como un mero trasunto de la interpretación literal o gramatical (*pacta sunt servanda*) que desarrolle el Derecho nacional con relación al contrato por negociación».

<sup>17</sup> Rec. núm. 1531/2014 (NCJ062287); ponente Pedro José Vela Torres. La diferencia de tratamiento entre adherente consumidor y no consumidor ya había sido resaltada en similares términos, entre otras, en SSTS 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril, y 688/2015 (NCJ060988), de 15 de diciembre.

<sup>18</sup> Baste recordar que los artículos 1.258 del CC y 57 del Código de Comercio declaran que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe.

que el adherente había podido representarse como pactado, conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato. En síntesis, puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente<sup>19</sup>. Es lo que el propio Tribunal Supremo ha calificado como la teoría de las *cláusulas sorprendentes*<sup>20</sup>, conforme a la cual son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente.

### III. LAS CLÁUSULAS «SOSPECHOSAS» DE ABUSIVIDAD

#### A) LA CLÁUSULA SUELO

##### a) A vueltas con la retroactividad

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 a que venimos haciendo referencia (241/2013) dejó sin resolver la cuestión de cuáles debían ser las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo. En el supuesto que resolvía el Alto Tribunal en aquella sentencia, se ejerció la acción colectiva de cesación dirigida a obtener una sentencia que condenara al demandado a eliminar de sus condiciones generales las reputadas nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, pero no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas de más; en cambio, en el caso resuelto por la STS 139/2015, de 24 de marzo<sup>21</sup>, se ejercita la acción de nulidad de la cláusula y, además, la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de esta cláusula. Con estos mimbres, la sorpresa llega cuando el Tribunal Supremo opta por una especie de retroactividad media al disponer la obligación de las entidades de devolver únicamente las cantidades percibidas de más, desde la firmeza de la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

En concreto, la referida Sentencia del Tribunal Supremo (139/2015) sentó como doctrina jurisprudencial la siguiente: «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 (rec. núm. 1217/2013) y por la de 24 de marzo de 2015 (rec. núm. 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».

<sup>19</sup> Lo anterior es acorde con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación; prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente; y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de una manera clara y comprensible.

<sup>20</sup> Desarrollada por el Alto Tribunal en otros ámbitos, especialmente en relación con los contratos de seguro.

<sup>21</sup> Rec. núm. 138/2014; ponente Eduardo Baena Ruiz.

La sala afirma que a pesar de la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del derecho, destacando, entre ellos, el de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE; la limitación de retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, y, en ese contexto, el Tribunal Supremo se remite a las Sentencias del Tribunal Constitucional en las que por exigencias del principio de seguridad jurídica se limitaron los efectos de la retroactividad, entre otras, 179/1994 (NFJ003394), de 16 de junio; 281/1995, de 23 de octubre; 185/1995 (NFJ003833), de 14 de diciembre; 22/1996, de 12 febrero, y 38/2011 (NCJ054761), de 28 de marzo.

Asimismo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo encuentra argumentos a favor en limitar la retroactividad en la jurisprudencia del TJUE, cuya Sentencia de 21 de marzo de 2013 alude a criterios como el de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves para justificar la retroactividad media que impone.

En consecuencia, el Tribunal Supremo optaba por una solución intermedia al establecer una especie de retroactividad media y consentir que, a pesar de la nulidad de la cláusula, las entidades «hiciesen en parte definitivamente suyo lo que nunca debieron percibir». Era tanto como decirle al consumidor: «Usted ha pagado de más, ahora le toca recuperar solo una parte y con el resto aguantarse»<sup>22</sup>.

Tal solución es contradictoria con el concepto jurídico de nulidad que todos conocemos y hemos estudiado en la facultad; si lo nulo, nulo es y nulo se queda, se entiende muy mal que una cláusula aquejada de nulidad absoluta, radical e insubsanable pueda producir algún efecto, de ahí que la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>23</sup>, que arregla el desatino al confirmar que la nulidad implica la devolución íntegra de cantidades, haya provocado, además de la alegría entre los consumidores afectados, una cierta tranquilidad entre los juristas.

Podemos intentar entender las razones por las que el Tribunal Supremo español, en una labor de malabarismo jurídico, se decanta por la solución anunciada, pero es indudable que choca contra los principios básicos de nuestro derecho de contratos y la esencia del concepto mismo de nulidad.

<sup>22</sup> Bonet Navarro, A. (2015, pp. 96 y ss.), respecto a la sustitución y activo protagonismo judicial en las justificaciones y búsqueda de sentido de la ley tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, afirma que «los tribunales llegaron más allá de lo que permite el estado de derecho. Abrieron una brecha que, de forma inmediata, resolvía un problema individual, pero que generaba la inseguridad futura para el acreedor que quisiera ofrecer su crédito en el mercado hipotecario a futuros deudores. El acreedor que leyera la ley, tal y como estaba publicada y promulgada, advirtió que no estaba en manos del legislador sino del juez. El gobierno de las normas había sido sustituido por el gobierno de los hombres».

<sup>23</sup> Orduña Moreno, F. J. (2017, p. 5) señala que la sentencia confirma «un modelo o concepción de la aplicación de la Directiva que apuesta por el carácter normativo de la transparencia, como expresión de la necesaria calidad de negociación de la contratación bajo condiciones generales. Aspecto que constituye en la actualidad una exigencia irrenunciable en el contexto social y económico del siglo XXI. Exigencia que, a la vez, confluye con las aspiraciones de la Agenda europea tanto para profundizar en los mandatos constitucionales de protección a los consumidores (la Europa de los ciudadanos), como en la mejora de la competitividad de las empresas y el fortalecimiento de seguridad jurídica. Dicha confirmación concuerda, además, con la convicción general de la sociedad española en donde la noción de la transparencia, como ideal o valor de lo justo, ya ha arraigado plenamente como un Principio General del Derecho».

Con todo, muchos nos temíamos que la sentencia europea iba a seguir los criterios expuestos por la Abogada General, quien defendió en sus conclusiones la *retroactividad media* en la que se amparó nuestro Alto Tribunal. Sin embargo, en contra de todo pronóstico y para gozo de consumidores, el TJUE declara la retroactividad sin límites y, en consecuencia, obliga a las entidades a devolver lo percibido de más, sin límite temporal alguno<sup>24</sup>. Entendemos que no podía ser de otra manera, pero lo cierto es que, dado que la Gran Sala pocas veces se aparta de los criterios sostenidos por el Abogado General, los presagios en este sentido no eran muy halagüeños<sup>25</sup>.

A raíz del pronunciamiento del TJUE, afirmando la retroactividad absoluta, los tribunales españoles han ido adaptando sus resoluciones a la misma; el propio Tribunal Supremo, en fecha reciente, ha procedido a adaptar su jurisprudencia y, en Sentencia de 14 de febrero de 2017<sup>26</sup>, sentencia que es de Pleno, confirma otra de la Audiencia Provincial de Barcelona que acordaba la retroactividad total<sup>27</sup>.

## b) Concepto de consumidor: ¿lo es quien actúa con ánimo de lucro?

Traemos a colación en este punto una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, también de Pleno, de 16 de enero de 2017<sup>28</sup> que si bien no refiere el concepto de consumidor al caso particular de las cláusulas suelo, ofrece un matiz novedoso y, por ello, creemos que susceptible de importar al caso que ahora nos ocupa. La sentencia aclara el concepto de consumidor a efectos de la legislación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, y la cuestión jurídica que se plantea es la de si el ánimo de lucro excluye o no la condición de consumidor de una persona física. Pues bien, partiendo del concepto general de consumidor o usuario que postula el artículo 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, en el supuesto específico

<sup>24</sup> Pazos Castro, R. (enero 2017, p. 4) considera que la resolución no hace un análisis exhaustivo de en qué medida una facultad de limitar en el tiempo los efectos de una sentencia, *con carácter puntual y extraordinario y por parte de un órgano jurisdiccional nacional supremo*, es compatible con el Derecho europeo. Pero esta conclusión, que sin duda garantiza a los consumidores un mayor nivel de protección, puede ser objeto de controversia. Por eso creo que el Tribunal de Justicia debería haber sido más claro y detallado en sus razonamientos, e incluso haber intentado anticiparse a las posibles críticas o argumentos en contra».

<sup>25</sup> Callejo Carrión, S. (2017, p. 22).

<sup>26</sup> Rec. núm. 740/2014 (NCJ062113); ponente Pedro José Vela Torres.

<sup>27</sup> Sentencia que resulta doblemente interesante pues hace una serie de consideraciones sobre la cosa juzgada y el planteamiento de la cuestión prejudicial a las que haremos referencia más adelante.

<sup>28</sup> Rec. núm. 2718/2014 (NCJ062038); ponente Pedro José Vela Torres. La sentencia, en cualquier caso, contiene un voto particular discrepante emitido por el magistrado Antonio Salas Carceller, que considera que no es aplicable el TRLGDCU, sino la vieja Ley de Defensa de los Consumidores de 1984, según la cual es consumidor el destinatario final del bien o servicio, no pudiéndose reputar como tal, a su juicio, a quien adquiere un bien para revenderlo.

en el que se preveía la posibilidad de reventa, la sentencia declara que el ánimo de lucro implícito en la propia reventa no excluye la aplicación del concepto de consumidor.

Tal conclusión la fundamenta el Tribunal Supremo en la propia jurisprudencia del TJUE, que en sentencias de 10 de abril de 2008 y de 25 de octubre de 2005<sup>29</sup> reconocía esta posibilidad.

En síntesis, manteniendo la clara distinción entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, solo se advierte que el ánimo de lucro opera como circunstancia excluyente para la segunda. Por consiguiente, tratándose de una persona física que actúe al margen de una actividad empresarial, puede afirmarse su carácter de consumidora aunque tenga o actúe con ánimo de lucro.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo afirma que, sin apartarse de la regulación vigente, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º del Código de Comercio.

### **c) Responsabilidad del Estado por inobservancia de la jurisprudencia comunitaria**

Los tribunales nacionales están obligados a seguir sin fisuras la jurisprudencia del TJUE, de manera que tal y como ha recordado este último en diversas resoluciones, las cláusulas abusivas no pueden vincular al consumidor, e incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula abusiva, de tal manera que se considere que dicha cláusula no ha existido nunca. Más específicamente, en relación con la denominada cláusula suelo y la doctrina que había sentado el Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 9 de mayo de 2013, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 advierte que los órganos jurisdiccionales deben abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia anteriormente citada, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Referidas, respectivamente, a los requisitos del derecho de desistimiento en un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria, y en un contrato de inversión.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, SSTJUE de 5 de octubre de 2010 (C-173/09 [NSJ036416]) y 19 de abril de 2016 (C-441/14 [NSJ053882]), entre otras. Dicho del mismo modo en que lo hace la propia STS de 24 de febrero de 2017 (rec. núm. 740/2014): «Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE –actualmente o en sus denominaciones anteriores– (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70 ; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77 ; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85 ; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06), como

Sentadas así las cosas, hay que poner encima de la mesa la cuestión de la vinculación de los jueces y tribunales nacionales (desde los juzgados de Primera Instancia hasta el Tribunal Supremo) a la jurisprudencia comunitaria merced al principio de primacía del Derecho comunitario. O, por mejor decir, cuáles son las consecuencias derivadas de la inobservancia por estos de la referida jurisprudencia<sup>31</sup>.

Lo anterior no es ninguna novedad, sin embargo, es cierto que, en gran parte, probablemente debido a la falta de «conciencia comunitaria», nuestros tribunales en muchas ocasiones han obviado la norma comunitaria y la interpretación que de la misma verifica el TJUE<sup>32</sup>. Es por ello, por lo que últimamente se insiste, y, dicho sea de paso, miedo da que se abra la veda en este sentido, en la responsabilidad del Estado si los órganos internos no proceden en consecuencia<sup>33</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la primacía del Derecho comunitario, declarando que los jueces y tribunales ordinarios, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, deben inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma del Derecho de la Unión, sin que le corresponda al Tribunal Constitucional realizar un control de validez del Derecho adoptado por las instituciones de la Unión, sino al TJUE a través de las cuestiones prejudiciales que se puedan plantear<sup>34</sup>. En particular, la STJUE de 21 de abril de 2016 afirma que no podría alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional no estuviera obligado a apreciar de oficio el cumplimiento de las exigencias resultantes de las normas de la Unión en la materia de consumidores. De la misma

---

del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero ; 58/2004, de 19 de abril ; 78/2010, de 20 de octubre ; y 145/2012, de 2 de julio, entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

<sup>31</sup> Muy interesantes los comentarios de Díaz González, G. M. (30 de diciembre de 2016).

<sup>32</sup> Sintomático es en este punto lo acontecido respecto de la Directiva 93/13/CEE, pues solo muchos años después y en plena vorágine de la crisis económica con el aumento considerable de las ejecuciones hipotecarias, es cuando algún juzgado nacional se acuerda de esta norma y, plantea cuestión prejudicial cuestionando la esencia del proceso ejecutivo, a saber, la limitación de las causas de oposición y, con ello, de defensa por parte del deudor ejecutado. Tal es el caso de la cuestión prejudicial que resolvió el TJUE mediante Sentencia de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) y que supuso, claramente, un antes y un después en la materia. Hasta el momento, el proceso de ejecución hipotecaria había sido aplicado durante años en nuestros tribunales sin que se pusiera en tela de juicio su injusticia, ni su contrariedad respecto de la norma comunitaria. Sencillamente los órganos internos aplicaban la letra estricta de la LEC en el entendimiento de que nuestro proceso ejecutivo debía ser especialmente estricto para con el ejecutado y un instrumento privilegiado concebido para que los acreedores hipotecarios pudieran reclamar eficazmente sus derechos de crédito, máxime cuando están garantizados con hipoteca.

<sup>33</sup> Es muy ilustrativo el artículo de Achón Bruñén, M. J. (19 de enero de 2017), al examinar cada uno de los supuestos en que los afectados por una cláusula suelo nula o abusiva van a poder reclamar todo lo indebidamente pagado por su indebida aplicación, así como en qué circunstancias esta cláusula se puede estimar válida y eficaz.

<sup>34</sup> Entre otras, en SSTC 145/2012 (NCJ057249), de 2 de julio; 26/2014 (NCJ058238), de 13 de febrero, y 232/2015, de 5 de noviembre. Igualmente, SSTJUE de 22 de junio de 2010 (asunto C-188/2010) y de 21 de abril de 2016 (asunto C-377/14 [NCJ061099]). Al respecto, *vid.*, también, Ballugera Gómez, C. (28 de marzo de 2017).

manera que se impone a todos los Estados miembros la obligación de adaptar sus legislaciones a la normativa comunitaria, resulta que también las autoridades judiciales están vinculadas, debiendo los órganos judiciales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan.

En este contexto, es importante trasladar el mensaje de que la vinculación de los jueces nacionales a la jurisprudencia del TJUE no es cuestión irrelevante o meramente secundaria, pues al dejarla de aplicar, podrían hacer incurrir al Estado español en responsabilidad por los daños causados a los particulares derivados de las vulneraciones del Derecho de la Unión. No obstante, el propio TJUE, en Sentencia de 28 de julio de 2016<sup>35</sup>, subrayó los requisitos que deben conjungarse al efecto. Así, es necesario que la vulneración del Derecho comunitario proceda de un órgano interno que resuelva en última instancia e infrinja manifiestamente el Derecho aplicable o se aparte de jurisprudencia reiterada en la materia.

Esta misma resolución declara que el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le sean imputables es inherente al sistema de los tratados en los que esta se funda, y ese principio rige en cualquier supuesto de violación del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro, al margen de quién sea la autoridad pública responsable de la violación.

A mayor abundamiento, la sentencia citada reconoce la función esencial que desempeña el Poder Judicial en la defensa de los derechos de los ciudadanos, con lo que se mermaría la plena eficacia de las normas y se debilitaría la protección de los particulares si estos no pudieran obtener una reparación, en determinadas condiciones, de los perjuicios que les provoque una violación del Derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia.

Con todo, es menester, para poder afirmar la responsabilidad del Estado, que la vulneración de la norma comunitaria esté suficientemente caracterizada, que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que exista relación de causalidad entre esa violación y el daño sufrido por los ciudadanos<sup>36</sup>.

#### **d) La cláusula suelo y la cosa juzgada**

A medida que los pronunciamientos judiciales se sucedían y, muy especialmente, tras la sentencia europea que reconocía la retroactividad absoluta (STJUE 21 de diciembre de 2016), obligando a las entidades a devolver todo lo indebidamente cobrado, surgen nuevas cuestiones jurídicas a resolver.

<sup>35</sup> Asunto C- 168/15 (NCJ061574).

<sup>36</sup> Interesante el artículo publicado en la materia por Sánchez García, J. (octubre 2016, pp. 10 a 14).

En esta ocasión, la cuestión que se trae a colación es la relacionada con la cosa juzgada; en definitiva, qué pasa en aquellos casos ya resueltos judicialmente, o en aquellos otros en que las partes hayan llegado a acuerdos más o menos satisfactorios. Y, especialmente, si cabe apreciar la cosa juzgada al amparo de una acción colectiva cuando se ejercitan nuevas acciones individuales reclamando la nulidad por abusiva de la conocida como cláusula suelo.

Separemos los dos escenarios: uno, asuntos resueltos judicialmente en virtud de sentencia de fondo firme; y, otro, el de los acuerdos o pactos de renuncia firmados por los clientes a favor de los bancos.

En este punto, en relación con lo ya resuelto, sin ningún género de duda, gracias a la Sentencia de 9 de mayo de 2013, pero también a todas las que le han sucedido (SSTS 705/2015<sup>37</sup> –NCJ060752–, 138/2015 –NCJ059806–, 139/2015 –NCJ059724– y la más reciente STS 123/2017), no podemos por menos que afirmar que lo juzgado, juzgado esta; por consiguiente, no se pueden revisar aquellas situaciones sobre las que hubiere recaído sentencia firme porque en aras de la seguridad jurídica debe prevalecer la cosa juzgada; lo contrario supondría un caos judicial monumental. Ahora bien, para que opere el efecto de cosa juzgada deben conjugarse una serie de identidades, tanto objetivas como subjetivas, identidades que no concurren en el supuesto que resuelve la STS 123/2017 (NCJ062113); primero, porque la cláusula suelo de esta tiene una redacción diferente de la que fue objeto de la STS 241/2013 (NCJ057740) y, segundo, porque aunque la entidad haya sido parte en los dos procedimientos (BBVA), en el que ocupa a la STS 123/2017 (NCJ062113), lo ha sido por una doble sucesión procesal al adquirir de la entidad, a su vez, de la que se había fusionado la acreedora inicial, y no fue quien predispuso e impuso en el contrato de préstamo la cláusula litigiosa<sup>38</sup>.

Asimismo, en relación con la cosa juzgada entre acciones colectivas y acciones individuales, con cita de la STJUE de 14 de abril de 2016, el propio Tribunal Supremo declara, y citamos textualmente por su interés, que «el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo 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».

<sup>37</sup> STS, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2658/2013 [NCJ060752] ponente Pedro José Vela Torres).

<sup>38</sup> En esta línea argumentativa, véase fundamento de derecho tercero, punto 1.



Por tanto, según confirma el Tribunal Supremo, las acciones colectivas e individuales tienen objetos y efectos jurídicos distintos, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13/CEE. En síntesis, para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen «objetos y efectos jurídicos diferentes»<sup>39</sup>.

Por último, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en la Sentencia 123/2017 (NCJ062113), cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al artículo 15 de la LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el artículo 222.3 de la misma ley. Una interpretación conjunta de los artículos 15, 221 y 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1.1 a) de la LEC.

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad

<sup>39</sup> Por su parte, el Tribunal Constitucional se pronuncia en el mismo sentido al declarar en la Sentencia 148/2016, de 19 de septiembre (NCJ061670), que «la identidad –que no mera similitud– de objeto entre ambos procesos [acción colectiva y acción individual], de otro lado, resulta cuando menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de «su» contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el juzgado *a quo*, al dictar sentencia sobre el fondo, deba tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula. Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada, derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes solo por él conocidas».

o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2o LEC). Como dijo el Tribunal Supremo en la Sentencia 375/2010, de 17 de junio, «el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción».

Por otro lado, cabe preguntarse qué solución merecen aquellos que habiendo firmado acuerdos o, incluso, pactos de renuncia a favor de los bancos, decidan reclamar con posterioridad a la vista de las nuevas vicisitudes jurisprudenciales. En un principio, cabría argumentar que los pactos están para cumplirse (*pacta sunt servanda*), no obstante, somos de la opinión de que tales pactos no pueden limitar la posibilidad de demandar a los sujetos interesados, toda vez que muchos de esos pactos, seguramente firmados al amparo de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en la Sentencia 241/2013, estarían bajo la influencia de la misma y, por tanto, de entrada negaban cualquier posibilidad de éxito judicial. Habiendo cambiado las circunstancias jurídicas merced a la Sentencia del TJUE es lógico reabrir la posibilidad de reclamación. Nótese que no estamos refiriéndonos a aquellas reclamaciones judiciales resueltas con sentencia firme, y, por tanto, con efecto de cosa juzgada, sino a los «arreglos» extrajudiciales parciales. A pesar de lo anterior, hemos de reconocer que la cuestión no es pacífica en el seno de la doctrina y que hay voces discrepantes. Así, Magro Servet<sup>40</sup> considera que no pueden reclamar todos aquellos que firmaron un acuerdo extrajudicial con su banco antes de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. La razón que argumenta este autor es que no se trata de pactos de adhesión, sino de negociaciones individuales pactadas con el banco por quienes reclamaban extrajudicialmente la aplicación de la abusividad de la cláusula suelo. Por tanto, a su juicio, el acuerdo firmado es eficaz y si se pactó con el banco una limitación temporal en la retroacción de la abusividad de esas cláusulas, hay que atenerse a lo pactado sin poder reclamar la aplicación de la sentencia del TJUE. Igualmente, Magro considera que quienes pactaron con sus bancos convertir sus hipotecas variables en otras a tipo fijo, también deben estar a lo pactado. Por último, este autor coincide en señalar que no cabe la aplicación de la sentencia europea a aquellos procedimientos con sentencia firme.

### e) ¿Cabe la revisión de sentencias firmes al amparo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016?

Una vez que queda resuelto el tema de la cosa juzgada<sup>41</sup>, pronto se plantea una cuestión jurídica que si bien ya había sido solventada por el Tribunal Supremo, resurge con fuerza tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016; tanto es así que, de nuevo, el Tribunal Supremo en Pleno se ha visto obligado a pronunciarse en relación con un asunto controvertido y, puede decirse, que a golpe de «revuelo mediático».

<sup>40</sup> Magro Servet, V. (16 de enero de 2017, p. 2).

<sup>41</sup> Sánchez García, J. (enero de 2017).

De lo que se trata ahora es de decidir si esta última sentencia comunitaria puede servir de fundamento a efectos de un hipotético recurso extraordinario de revisión y, por consiguiente, si cabe la impugnación del efecto de cosa juzgada de todas aquellas resoluciones judiciales firmes que la hubieren producido.

Como decimos, el Tribunal Supremo se había pronunciado en Sentencia de 18 de febrero de 2016<sup>42</sup> para negar esta posibilidad, a saber, que una sentencia posterior del TJUE pudiera servir de base o motivo de un recurso extraordinario de revisión; en definitiva, se trataba de dilucidar si una sentencia comunitaria encajaba en el concepto de documento que postula la LEC en su artículo 510.1.1.<sup>o</sup><sup>43</sup> a efectos de este recurso extraordinario. En aquel entonces, la respuesta fue una negativa contundente. Para el Tribunal Supremo, la demanda de revisión fundamentada en una ulterior sentencia del TJUE no puede prosperar, en primer lugar, porque una sentencia no es un documento a los efectos procesales pretendidos (sentencias de esta Sala de 8 de junio de 1992, 17 de junio de 1995, 24 de septiembre y 23 de noviembre de 2002 y 25 de enero de 2005), sino una resolución jurisdiccional que establece determinada doctrina legal. El citado artículo 510.1.1.<sup>o</sup> de la LEC se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados o a su contenido.

En segundo lugar, en aquel caso concreto, la sentencia del TJUE era de fecha posterior a la resolución cuya revisión se pretendía, por lo que no tiene encaje en el artículo 510.1 de la LEC. Como fácilmente se puede colegir, una sentencia posterior no puede constituir tal documento decisivo, por la razón evidente de que no existía al dictarse la que se pretende revisar. Por último, el Tribunal Supremo afirmaba que tampoco es un documento retenido por la otra parte, ni su falta de disposición por la demandante se debió a fuerza mayor.

<sup>42</sup> Rec. núm. 67/2013 (NCJ061002); ponente Pedro José Vela Torres.

<sup>43</sup> Según este precepto habrá lugar a la revisión de una sentencia firme «si después de pronunciada, se recobren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado». Los pilares sobre los que el Tribunal Supremo ha sentado este motivo de revisión son: a) Que los documentos se hayan obtenido (o, en su caso, recobrado) después de pronunciada la sentencia firme cuya rescisión se pretende; b) que no se haya podido disponer de los documentos para el proceso en que hubiera recaído dicha sentencia por causa de fuerza mayor o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado la sentencia; c) que se trate de documentos decisivos para el pleito, esto es, con valor y eficacia para resolverlo; y d) que los requisitos expresados se prueben por la parte demandante, a quien incumbe la correspondiente carga procesal (SSTS de 12 de abril de 2011, 4 de julio y 13 de diciembre de 2012 y 8 de mayo y 29 de octubre de 2015). Asimismo, ha de tenerse en cuenta que la revisión de sentencias firmes, por su naturaleza extraordinaria, supone una excepción al principio esencial de irrevocabilidad de las sentencias que hayan ganado firmeza, al estar en juego el principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución y el principio procesal de autoridad de cosa juzgada. También tiene dicho esta sala que el documento recobrado ha de tener existencia con anterioridad al momento en que precluyó para la parte la posibilidad de aportarlo al proceso, en cualquiera de las instancias, ya que la causa de no haber podido el demandante de revisión disponer de él ha de ser, en la previsión legal, no su inexistencia en aquel momento, sino la fuerza mayor o la actuación de la otra parte (SSTS de 4 de mayo de 2005, 31 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, 18 de marzo de 2009, 22 de diciembre de 2010 y 10 de junio de 2013). Es decir, es preciso que los documentos en los que se funde la pretensión revisora ya existieran con anterioridad a la sentencia cuya revisión se pretende, si bien no pudieron tenerse en cuenta en el momento de dictarla, por fuerza mayor o por obra de la otra parte.

En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que, no dándose los presupuestos anteriores, no cabe admitir la revisión de una sentencia firme con fundamento en otra posterior del TJUE. Asimismo, para cerrar su negativa, el Alto Tribunal nacional recuerda que, en nuestro ordenamiento jurídico, no existe previsión legal respecto de esta posibilidad y, es más, el legislador español ha tenido ocasión de subsanar esta imposibilidad a través de la reforma producida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y, sin embargo, creemos que, deliberadamente, no lo hizo<sup>44</sup>. En efecto, con esta reforma únicamente se prevé un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apdo. 2 del art. 510 LEC), sin embargo, no se ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE.

Pues bien, si como apuntábamos anteriormente, el Tribunal Supremo ya había resuelto la cuestión en los términos expuestos, lo cierto es que la primera vez que lo hace en relación con los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo es en el año 2017; más concretamente, en el Auto del Pleno de la Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2017<sup>45</sup>. En esta ocasión, sin apartarse de su jurisprudencia consolidada, el tribunal vuelve a considerar que no es posible obtener la revisión de una resolución firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la anterior. Esa sentencia posterior no es un «documento» a efectos de lo previsto en la regulación de las demandas de revisión en la LEC.

Por otro lado, y en línea con lo antedicho, el Tribunal Supremo subraya que el ordenamiento jurídico español preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia, adoptadas por propia iniciativa del Tribunal Supremo o impuestas por la doctrina sentada en las resoluciones del Tribunal Constitucional, y solo permite, tras la reciente reforma de la Ley Orgánica 7/2015, la revisión de una resolución civil firme en ciertos casos excepcionales cuando una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que la del tribunal nacional ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En definitiva, y como era de esperar, el Tribunal Supremo ha aplicado la jurisprudencia del TJUE, que ha reconocido la importancia del principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia.

La aplicación de los principios de efectividad y equivalencia no determina, en estos casos, la revisión de las sentencias firmes por el hecho de que con posterioridad se haya dictado una sentencia por el TJUE que sienta una doctrina incompatible con la de la sentencia firme del tribunal nacional.

<sup>44</sup> Con toda probabilidad, vaticinando la que se venía encima con la masiva interposición de cuestiones prejudiciales por los tribunales nacionales ante el TJUE.

<sup>45</sup> Rec. núm. 7/2017 (NCJ062222); ponente Rafael Sarazá Jimena.

## f) El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo (BOE de 21 de enero)

Como muestra evidente de que nuestro legislador o, como es el caso, nuestro gobierno, en no pocas ocasiones actúa solo como reacción frente a una acción, surge el presente real decreto; la acción viene representada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que dio al traste con la *retroactividad media* que defendió el Tribunal Supremo, mientras que la reacción es la norma citada<sup>46</sup>. En definitiva, los «creadores de normas» siempre a remolque de la realidad social o de las exigencias jurisprudenciales. Y es que, para entonces, el revuelo social y mediático en torno a las cláusulas abusivas era de todo punto imparable.

Tal y como confiesa la exposición de motivos del Real Decreto 1/2017, la norma surge con la vocación de pretender avanzar en las medidas de protección a los consumidores, estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria.

El objeto de la norma lo constituye únicamente la devolución de cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de una cláusula suelo inserta en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.

Para ello, las entidades deben implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales que tendrá carácter voluntario para el consumidor<sup>47</sup>. Recibida la reclamación, la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitir comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo<sup>48</sup>. Si la entidad considera que no procede la devolución, comunicará las razones en que motiva su decisión y se dará por concluido el procedimiento extrajudicial.

El plazo máximo para que la entidad y el consumidor lleguen a un acuerdo será de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación, y mientras se solventa, el real decreto prohíbe expresamente el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales en relación con el objeto de la reclamación previa.

Mención especial merece la regulación que en cuanto a las costas procesales verifica el artículo 4 (y último) del decreto, pues, desde nuestro punto de vista, la norma no pierde la oportu-

<sup>46</sup> De modo semejante a lo que pasó con la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), que fue la acción, y la reacción de nuestro legislador, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas de protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*.

<sup>47</sup> Lo de voluntario habría que ponerlo entre comillas, pues si el consumidor omite la reclamación previa interponiendo directamente la demanda judicial, esto puede tener efectos en cuanto a las costas procesales.

<sup>48</sup> Dadas las malas experiencias que se empiezan a tener en este sentido, se recomienda a los consumidores que se asesoren a través de un experto sobre la cantidad que debe devolver el banco, pues se están produciendo errores habituales en los cálculos.

nidad de realizar un cierto guiño (*contra legem*) a las entidades en perjuicio del consumidor. Así, solo en el caso en que el consumidor, habiendo rechazado la cantidad ofrecida, presente demanda y obtenga en el proceso una sentencia más favorable que la oferta recibida por la entidad, se impondrán las costas a esta última. Es decir, que el real decreto margina la regulación que contiene en este sentido la LEC, norma de orden público que impone el criterio del vencimiento a la hora de condenar en costas, no el de «mejor vencimiento» por el que parece optar el real decreto ley.

Asimismo, si el consumidor interpone demanda sin haber acudido antes a la reclamación previa, y la entidad se allana antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal a efectos de lo previsto en el artículo 395.1, segundo párrafo de la LEC.

Si se trata de un allanamiento parcial, siempre que la entidad consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada. En este último extremo, parece que el legislador ha confiado a ciegas en la buena fe de las entidades; pensemos que no consignarán menos de lo debido «adrede» para obligar al consumidor a seguir con el proceso judicial hasta el final. No se puede «penalizar» con carácter general a las entidades pero las noticias que nos llegan en aplicación de esta norma es que muchas liquidaciones se están verificando a la baja, de ahí la conveniencia de hacer cálculos a través de expertos contables, pues de otra forma, el consumidor estará casi obligado a hacer un acto de fe respecto de lo que la entidad oferte.

De otro lado, el real decreto contempla la posibilidad de sustituir la entrega de dinero en efectivo por medidas compensatorias distintas en la disposición adicional primera, que declara que una vez convenida la cantidad a devolver, el consumidor y la entidad de crédito podrán acordar la adopción de una medida compensatoria distinta de la devolución del efectivo. En este caso, la entidad de crédito deberá suministrarle una valoración que le permita conocer el efecto de la medida compensatoria y concederle un plazo de 15 días para que manifieste su conformidad. La aceptación de una medida compensatoria requerirá que el consumidor haya recibido información suficiente y adecuada sobre la cantidad a devolver, la medida compensatoria y su valor económico. La aceptación de la medida compensatoria informada con esta extensión deberá ser manuscrita y en documento aparte en el que también quede constancia del cumplimiento del plazo previsto<sup>49</sup>.

## g) A propósito de la intervención de los notarios

Uno de los aspectos que se han puesto de manifiesto con la crisis hipotecaria y las cláusulas abusivas ha sido la intervención de los notarios, en el sentido de fijar si esta ha sido lo sufi-

<sup>49</sup> Creación de un departamento o servicio especializado en las entidades, gratuidad del procedimiento extrajudicial y regulación de los procedimientos judiciales en curso, son otras de las normas que establece el Real Decreto 1/2017. Sobre el mismo, véase Gómez-Gállego, J. (enero-febrero 2017, pp. 6 a 11). Igualmente García de Pablos, J. F. (enero-febrero 2017, pp. 24 y 25).

cientemente eficaz para prevenir las conductas abusivas por parte de muchas entidades o, si, por el contrario, ha sido insuficiente. La STS 464/2014 (NCJ058799), de Pleno, de 8 de septiembre de 2014<sup>50</sup>, enfatizó la relevancia de su intervención y, al mismo tiempo, lo tardío de la misma en estos términos: «Sin perjuicio de la importante función preventiva que los notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia»

En definitiva, ya el Tribunal Supremo advertía en aquella resolución sobre la necesidad de implementar protocolos específicos en aras del cumplimiento del deber de transparencia.

Asimismo, según recuerda la resolución últimamente citada, debe tomarse en consideración que «el artículo 84 del TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el artículo 7.3.2 c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, al prever que el notario advertirá sobre los «límites a la variación del tipo de interés», establece que «en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes».

Por último, se subraya que quizás la intervención del notario llegue tarde, pues «tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada».

De la anterior regulación, puesta en evidencia por la STS 464/2014, se infiere que, en verdad, los notarios poco más pueden hacer<sup>51</sup>, lo que nos conduce a plantear la cuestión de si sería oportuno ampliar el ámbito de sus competencias en un intento por asegurar una mayor y eficaz protección de los consumidores en la fase precontractual y contractual. En este sentido Gomá Lanzón considera que el notario no puede erigirse, sin atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva, en una especie de juez preventivo que anule cláusulas según su particular criterio y sin un juicio contradictorio con audiencia de las partes y sin posibles recursos. Su misión, sigue apuntando Gomá, es canalizar la libertad contractual y adaptarla a las normas vigentes, dar cer-

<sup>50</sup> Rec. núm. 485/2012 (NCJ057740); ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

<sup>51</sup> Perea González, A. (20 de abril de 2016, p. 18) indica que ante la indefinición y la poca precisión de las cláusulas, el notariado no puede asumir funciones de naturaleza jurisdiccional pero sí puede ser un instrumento para que los actores fundamentales, consumidores y empresarios, puedan conocer, con carácter preliminar, cuáles son las cláusulas que por abusividad no deben comprenderse en ese contrato.

teza de su contenido y aconsejar a las partes sobre el fondo, advirtiendo en su caso de la existencia de estipulaciones o efectos dudosos sobre los particulares<sup>52</sup>.

Partiendo de una realidad incontestable, cual es que los prestatarios no suelen hacer uso de la facultad de comparecer en la notaría con tres días de antelación para examinar el proyecto de escritura, Gomá considera que esta opción debería potenciarse legalmente estableciendo la consulta anticipada de la oferta vinculante en las notarías, pero, eso sí, con total libertad para elegir notario por parte del consumidor<sup>53</sup>.

Por su parte, Callejo Carrión<sup>54</sup> se muestra partidaria de la implantación de un consentimiento informado que garantice al consumidor un conocimiento exacto de lo que firma y de las consecuencias aplicables a su relación crediticia con el banco. A su juicio, a pesar de que todos los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales han incentivado la modificación del proceso ejecutivo, urge tutelar de una manera efectiva los derechos del consumidor, desde antes del inicio de la ejecución hipotecaria, garantizando una real negociación contractual y una información veraz y precisa de lo que se acepta, firma y de las consecuencias derivadas de todo ello.

La realidad de lo antedicho se confirma máxime si se toma en consideración que el préstamo hipotecario es un verdadero contrato de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (la entidad bancaria) y el adherente es el deudor hipotecario (el particular), pues cumple con los requisitos básicos de cualquier contrato de adhesión.

En definitiva, las condiciones particulares en que se desarrolla la mayor parte de los contratos de préstamo hipotecario determinan que en un porcentaje muy elevado de casos no exista verdadero consentimiento por parte del cliente, pues se ve compelido a firmar un contrato (si quiere adquirir un inmueble que, en muchos casos, es vivienda habitual), cuyas cláusulas y efectos no alcanza a comprender. No es cuestión de tratar al consumidor como un menor de edad, pero lo cierto es que, en la mayoría de las ocasiones, su desconocimiento de la materia y las condiciones en que se produce la contratación le dejan inerte frente a posibles abusos por parte de su entidad financiera.

Naturalmente, el consentimiento informado entendido como el resultado de una información previa, transparente, clara y concisa no puede suponer en la práctica la implantación de un requisito puramente formal que a la postre se convierta en un simple trámite vacío de contenido

<sup>52</sup> Así lo declarada el autor citado, Gomá Lanzón, I. (enero-febrero 2017).

<sup>53</sup> En parecidos términos se pronuncia Pérez Hereza, A. (enero-febrero 2017, pp. 26 a 29). También Nieto Carol, U. (2015, p. 2) advierte que «lo que el Notario no puede hacer es sustituir a los Jueces. El artículo 83 del TRLGDCU establece que "el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato...". No puede así excluir de su autorización una cláusula que él pueda percibir como abusiva si no hay certeza de ello por jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Y, obviamente, tampoco puede sustituir al legislador y aplicar lo que uno pueda considerar abusivo, porque el notario está para cumplir la Ley y no para crearla».

<sup>54</sup> Callejo Carrión, S. (2015, pp. 142 a 145).



o de eficacia; debe ser real, es decir, no puede traducirse en una simple firma del cliente que justifique a las entidades de cara a futuras reclamaciones.

En este sentido, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, en su artículo 6, bajo el título *fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de préstamos hipotecarios*, exige que en la escritura pública se incluya junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. No obstante lo anterior, el consentimiento informado que aquí se predica nada tiene que ver con la mencionada expresión manuscrita. Si no se despliega un rigor informativo extremo en el *iter* negocial de los préstamos hipotecarios, el cliente seguirá firmando complejos contratos que, como lego en la materia, le son de difícil comprensión, y la posterior ejecución hipotecaria se verá siempre afectada de una sospecha de abuso de superioridad por parte de la entidad.

El consentimiento informado bien podría ser emitido ante el notario, aunque entendemos que debería ser distinto al que estuviera encargado de firmar la operación crediticia para evitar susceptibilidades o posibles parcialidades derivadas de la vinculación de este con la entidad o las partes y la premura por firmar el contrato.

## B) LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Si la denominada cláusula suelo ha generado polémica por doquier, puede afirmarse otro tanto respecto de la de vencimiento anticipado. Sin entrar en profundidades conceptuales y doctrinales, pues ese no es el objeto del presente trabajo, la idea es determinar finalmente cómo están las cosas también respecto de esta estipulación, después de que la prolija jurisprudencia tanto interna como comunitaria se haya tenido que pronunciar reiteradamente sobre la misma. Y con todo, aún queda una cuestión prejudicial pendiente de resolver.

Hasta que no estalla la crisis económica en nuestro país no se somete a una profunda revisión esta cláusula. En efecto, tan solo de forma exponencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 declaró su nulidad, originando en su día una gran controversia entre las entidades de crédito y los operadores jurídicos<sup>55</sup>.

Sin embargo, el devenir bancario posterior demostró que la amenaza que inicialmente representó la citada sentencia no estuvo justificada<sup>56</sup>, pues la nulidad que postuló no tuvo continuidad

<sup>55</sup> La Sentencia de 27 de marzo de 1999 declaró la nulidad de determinados pactos de vencimiento anticipado y, de paso, a modo de *obiter dicta*, resolvió, sin ser el objeto principal del asunto planteado, y, por tanto, sin declararlo en el fallo, que la facultad de exigir el cumplimiento íntegro de la cantidad prestada, previo el impago parcial, era contraria a la ley y, consiguientemente, nula.

<sup>56</sup> Chamorro Posada (2000) escribía sobre la confusión generada en nuestro ordenamiento respecto de este tipo de cláusulas y calificaba de ligereza, en clara alusión a la STS de 27 de marzo de 1999, lo dispuesto con relación al vencimiento anticipado.

en la jurisprudencia, y la práctica totalidad de las entidades siguieron incluyendo el vencimiento anticipado por el impago de algún plazo en sus contratos.

Actualmente, partiendo de la absoluta legalidad de la cláusula, prevista expresamente en la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tal y como se configura tras la reforma producida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, hemos de dilucidar si la estipulación es o no abusiva; y la respuesta al presente interrogante no difiere en demasía de lo que ya se ha afirmado respecto de la cláusula suelo y otras tantas, es decir, que no es necesariamente abusiva, sino en función de las circunstancias concurrentes. No obstante, hasta llegar a esta conclusión, han tenido que dictarse muchas resoluciones judiciales en direcciones muy opuestas.

Punto de inflexión en este sentido lo representó la STS 705/2015 (NCJ060752), de 23 de diciembre<sup>57</sup>; esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil sostiene que la validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado no excluye la posibilidad de que sean consideradas abusivas, y, por tanto, nulas, atendiendo a las circunstancias del caso, en la forma explicada por el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz). En aquel caso específico, la cláusula pre-dispuesta no superaba los estándares exigibles, al no modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, no permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación y posibilitar la resolución del préstamo por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial.

Sobre los efectos de la abusividad, la sentencia razona que la nulidad de la cláusula no siempre conllevará el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria. Para el Tribunal Supremo, la tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas que, bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica efectos perniciosos para el consumidor, y cita algunos como la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, la imposibilidad de adquirir vivienda en propiedad. El mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir la interpretación de la cláusula del vencimiento anticipado revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva al procedimiento declarativo para obtener la resolución del préstamo, con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista.

Asimismo, la sala declara que si la nulidad del vencimiento anticipado conllevara el cierre del proceso ejecutivo, incluso en los supuestos en que la gravedad del incumplimiento justificara el ejercicio de la acción hipotecaria, se privaría al deudor de las especiales ventajas que contiene este tipo de procedimiento, como la fijación de un límite de tasación para la subasta, las posibilidades de liberar la vivienda, la facultad de rehabilitar el contrato o la liberación de responsabilidad para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el precio obtenido en la subasta fuera insuficiente para pagar la deuda.

<sup>57</sup> Rec. núm. 2658/2013 (NCJ060752); ponente Pedro José Vela Torres.

Por último, el Tribunal Supremo afirma que la nulidad de la cláusula sí puede producir el sobreseimiento de la ejecución si se dan las condiciones mínimas establecidas en la LEC (el impago de tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente) y el tribunal valora además, en el caso concreto (STS 705/2015 [NCJ060752]), que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado no está justificado en función de los criterios fijados por el TJUE: carácter esencial y no secundario de la obligación incumplida, importe impagado en relación con la cuantía y duración del préstamo y la posibilidad real de que el consumidor haya tenido de evitar la consecuencia del vencimiento anticipado<sup>58</sup>.

Más tarde, el tribunal reitera esta doctrina en la STS 79/2016 (NCJ061068), de 18 de febrero<sup>59</sup>, insistiendo con ello en que la nulidad del vencimiento anticipado no siempre debe conllevar el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, dado que este no siempre se considera en todo caso favorable para el consumidor, como tampoco resulta adecuado obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual, con cierre de la vía ejecutiva especial.

No obstante, en el pronunciamiento del Tribunal Supremo no iba a terminar la polémica respecto del vencimiento anticipado referido al impago de cuotas<sup>60</sup>. Recientemente, el TJUE en Sentencia de 26 de enero de 2017<sup>61</sup>, en relación con la apreciación por un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un periodo limitado, ha confirmado que incumbe a este tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por

<sup>58</sup> El Tribunal Supremo en este punto no se aparta de la STJUE de 14 de marzo de 2013, que reconoció la validez del vencimiento anticipado y, por ende, su falta de validez cuando se aplica ante incumplimiento no esencial en el marco de la relación contractual, debiendo ser el incumplimiento de carácter suficientemente grave respecto a la duración y la cuantía del préstamo. Posteriormente, el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 reconoce que el mero hecho de que la cláusula resulte contraria al artículo 693.2 de la LEC no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de la cláusula, sino que para ello es necesario que cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones. Por su parte, el Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016, en la misma línea, declara que los artículos 3, apartado 1 y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo de una cláusula que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 693 de la LEC.

<sup>59</sup> Rec. núm. 2211/2014 (NCJ061068); ponente Pedro José Vela Torres.

<sup>60</sup> El vencimiento anticipado puede «pactarse» por incumplimientos de distinta índole, o supuestos variados como el embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia (declarado abusivo por el Tribunal Supremo en Sentencia 792/2009 [NCJ051159], de 16 de diciembre de 2009 [rec. núm. 2114/2005]), por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro, por fallecimiento del deudor o fiador, por concurso del deudor o fiador, por expropiación del inmueble, por el incumplimiento del deber de pagar contribuciones o impuestos que graven la finca, por disminución del valor del inmueble, por deterioro o incendio. En todos ellos, la jurisprudencia las ha considerado abusivas.

<sup>61</sup> Asunto C-421/14 (NCJ062005).

parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Por último, y para concluir, en la misma línea que había establecido el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, la Sentencia de 26 de enero de 2017 mantiene que la circunstancia de que la 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. Ahora bien, aquí lo controvertido es determinar exactamente cuáles son los efectos de la declaración de abusividad: sobreseimiento de la ejecución o continuación del proceso ejecutivo.

En este punto, el Tribunal Supremo, mediante Auto de 8 de febrero de 2017<sup>62</sup>, acaba de plantear nueva cuestión prejudicial preguntando al TJUE si en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago del capital o intereses, resulta conforme a la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes; igualmente le plantea al TJUE si un juez nacional tiene facultades, una vez declarada la abusividad del vencimiento anticipado, para sobreseer el proceso de ejecución hipotecaria, aunque la aplicación supletoria del derecho nacional determine el inicio o prosecución del mismo, y si es más ventajoso para el consumidor sobreseer el proceso y dejarle expuesto a una ejecución ordinaria tras sentencia dictada en proceso declarativo.

### C) LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

Como es bien sabido, las deudas pecuniarias, y más las derivadas de préstamos bancarios, generan intereses de dos tipos: remuneratorios u ordinarios y moratorios. Estos últimos se conciben en esencia como una sanción al deudor que cumple tardíamente o, incluso, no cumple con su obligación de pago. A la hora de fijar el porcentaje de los intereses, tradicionalmente el criterio rector, como en otras tantas cláusulas que conforman el contenido del contrato, ha sido el de la autonomía de la voluntad. Bastaba con este principio para admitir la validez de porcentajes de hasta el 24%. Sin embargo, a raíz del incremento muy considerable de las ejecuciones hipotecarias, debido a la crisis económica, también este aspecto pasa a cuestionarse.

En lo que respecta a los intereses moratorios en préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, la reforma producida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medi-*

<sup>62</sup> Rec. núm. 1752/2014 (NCJ062026); ponente Pedro José Vela Torres.

das de protección del deudor hipotecario, reestructuración de la deuda y alquiler social, vino a imponer un límite a estos intereses en el sentido de establecer que no podían ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo se devengarían sobre el principal pendiente de pago; matiz este último que suponía una prohibición expresa de la figura del anatocismo. A raíz de la citada reforma legal lo cierto es que hubo oscilaciones en los juzgados debido a que algunos admitían un recálculo de los intereses conforme a la nueva disposición normativa, mientras que otros empezaron a declarar nula la cláusula con la consiguiente inaplicación de la misma.

Puestas así las cosas, el Tribunal Supremo tiene que fijar criterios objetivos en la materia; si bien, aunque se ha pronunciado tanto en relación con los préstamos sin garantía hipotecaria, como en los préstamos hipotecarios, el criterio ha sido el mismo para ambos. En cuanto a los primeros, la STS, de Pleno, 265/2015 (NCJ059868), de 22 de abril<sup>63</sup>, declara que es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. La consecuencia de esta declaración de abusividad consiste en que el préstamo devengará exclusivamente el interés remuneratorio, eliminando completamente el incremento porcentual en que consiste el interés de demora abusivo.

En la misma sentencia el Supremo declara que en los contratos bancarios concertados con consumidores, se presume que las cláusulas constituyen condiciones generales de la contratación, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe cumplidamente la existencia de negociación y las contrapartidas que en ella obtuvo el consumidor.

De otra parte, para los préstamos con garantía real, la STS 364/2016 (NCJ061286), de 3 de junio<sup>64</sup> (igualmente sentencia de Pleno) fija el mismo criterio que en el caso anterior. El tribunal afirma primeramente que corresponde al profesional que contrata con el consumidor, en este tipo de contratos, acreditar que la cláusula fue negociada, para evitar la aplicación del régimen legal de protección de consumidores y, asimismo, declara el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora de un préstamo hipotecario en el 19%. Conforme a la doctrina del TJUE, el límite legal previsto en el artículo 114.3 de la LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. En consecuencia, procede extender el mismo criterio establecido en la Sentencia 265/2015 (NCJ059868) para los intereses de demora en préstamos personales a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad lo fija en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

Asimismo, es relevante el pronunciamiento que contiene la sentencia, por cuanto elimina dudas prácticas en torno a la imposibilidad de recalcular las deudas, de manera que la nulidad de la cláusula abusiva no da lugar a una *reducción conservativa* del incremento del tipo de interés, sino a su eliminación total. Pero eso no conlleva suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente

<sup>63</sup> Rec. núm. 2351/2012 (NCJ059868); ponente Rafael Sarazá Jimeno.

<sup>64</sup> Rec. núm. 2499/2014 (NCJ061286); ponente Ignacio Sancho Gargallo.

es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo, pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Ahora bien, este mismo tribunal, a medida que se van suscitando nuevas cuestiones jurídicas por los particulares afectados, se encuentra en la tesitura de pronunciarse expresarse sobre dilemas que él mismo consideró resueltos; fruto de sus diatribas, recientemente ha elevado cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante Auto de 22 de febrero de 2017<sup>65</sup>; en dicho auto el tribunal se pregunta si se opone a la directiva sobre protección de consumidores la doctrina jurisprudencial que establece el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio, y, sobre todo, si la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo. Entiende el Tribunal Supremo que no debe ser consecuencia de la declaración de nulidad de la abusividad de dicha cláusula la supresión del devengo del interés remuneratorio. Según su saber y entender solo debe ser eliminada la cláusula abusiva por ser desproporcionadamente alta, mientras que el interés remuneratorio sigue teniendo el carácter de «proporcionado». Ambos intereses responden a causas diferentes. Así, el remuneratorio es la retribución que el prestatario paga al prestamista por disponer del capital prestado hasta su restitución, mientras que el de demora es una sanción al incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago. Si dicha sanción es desproporcionadamente alta, no debe vincular al consumidor, pero manteniendo el devengo del remuneratorio, por cuanto su supresión no estaría justificada al ser el precio del servicio. Para el Tribunal Supremo ello no supone una integración del contrato mediante la moderación del interés de demora hasta límites admisibles.

Considerando que existen dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE en este punto, acuerda el Tribunal Supremo plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para que este determine si la referida doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula que contiene el interés de demora es o no compatible con el Derecho de la Unión, y como cuestión subsidiaria, si son compatibles con él las soluciones adoptadas por algunos tribunales españoles sobre las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de interés de demora.

En definitiva, queda en manos del TJUE determinar si la nulidad del interés moratorio acarrea la del interés remuneratorio, como han sostenido algunos tribunales nacionales, lo que podría suponer otorgar peor trato al prestatario cumplidor. Para el Tribunal Supremo esta es una «realidad» que no debe incentivarse, de manera que debe mantenerse la retribución al prestamista por la disponibilidad del dinero prestado; dicho en otros términos, la nulidad del interés moratorio no debe conllevar paralelamente la del interés remuneratorio, sin que eso implique una integración del contrato que está vedada por la jurisprudencia del TJUE.

<sup>65</sup> Rec. núm. 2825/2014; ponente Rafael Saraza Jimena.

## D) LA CLÁUSULA DE VENTA EXTRAJUDICIAL

Las opciones que asisten al acreedor hipotecario, una vez constatada la situación de mora por parte del deudor, para reclamar su derecho de crédito son variadas; desde las puramente procesales (ejecución ordinaria, ejecución hipotecaria, declarativo ordinario o monitorio)<sup>66</sup>, pasando por la opción extraprocesal clásica, la venta extrajudicial ante notario, que comparativamente hablando con las vías procesales pocas veces se articula, si bien, se incluye como una posibilidad más en la práctica totalidad de las escrituras públicas.

Superada su presunta inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el carácter abusivo de la referida estipulación en la STS 483/2016 (NCJ061434), de 14 de julio<sup>67</sup> y lo ha hecho para constatar su validez. En efecto, en el caso específico que resuelve esta resolución de Pleno, cuando se interpuso la demanda, la venta y adjudicación del bien garantizado estaban a punto de concluir, lo que ocurrió antes de que se proveyera esta; en la demanda se ejercitó una acción individual que requiere un juicio concreto de abusividad de la cláusula en atención al desequilibrio que provoca; pero no se indicaba qué concretas cláusulas se consideraban abusivas, respecto de las que, de haber tenido un cauce procesal adecuado, la parte hubiera pretendido la nulidad y se hubiera opuesto a la ejecución; frente al régimen vigente tras las reformas introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo y Ley 19/2015, de 13 de julio, que dota al consumidor de la posibilidad de hacer valer ante los tribunales la nulidad de cláusulas abusivas con suspensión automática del procedimiento de ejecución, por el contrario, en el régimen aplicable al caso (redacción originaria del art. 129 LH), no había una concreta previsión en torno a la posibilidad de impugnación del procedimiento de ejecución (venta extrajudicial notarial) y su paralización por la existencia de cláusulas abusivas; ello obligaba a que el juicio de abusividad se hiciera con arreglo a las circunstancias del caso, justificando el consumidor la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba acudir obligatoriamente, por mor de la cláusula litigiosa (11.a), al procedimiento de venta notarial; esta exigencia no se ha respetado, porque en la demanda solo se pidió la nulidad de la referida estipulación 11.a, «y no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida».

## E) LA CLÁUSULA DE GASTOS Y TRIBUTOS

Finalizamos el análisis somero de las cláusulas abusivas más importantes trayendo a colación de nuevo la STS 705/2015 (NCJ060752), de 23 de diciembre, que, en este punto, aunque tardó en levantar polémica, ha tenido efectos mediáticos imparables. La sentencia, como se dijo

<sup>66</sup> Montero Aroca, J. (2012, pp. 302 a 324).

<sup>67</sup> Rec. núm. 1668/2014 (NCJ061434); ponente Ignacio Sancho Gargallo.

anteriormente, trata de la abusividad de un buen número de cláusulas contractuales, pero en lo que aquí interesa, se pronuncia igualmente sobre aquella que repercute ciertos gastos al consumidor, a saber, los derivados de la concertación del contrato, tales como la intervención notarial y registral y el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es el banco. Asimismo, otras cláusulas consideradas nulas son las que imponen al consumidor el pago de los gastos preprocesales, procesales o de honorarios de abogado y procurador contratados por la entidad prestamista, en casos de incumplimiento de su obligación de pago; las que impiden al prestatario variar el destino del inmueble sin la autorización expresa del banco; y las que equiparan la aceptación por el cliente de una oferta telefónica a su firma manuscrita y a la asunción de las condiciones particulares del contrato. La abusividad proviene de su imposición unilateral al consumidor, a pesar de que muchas son para beneficio exclusivo de la entidad; en el caso de los gastos procesales, se da el añadido de que son estipulaciones que contrarían una norma de orden público como es la LEC.

#### IV. CONCLUSIÓN

Visto lo anterior, quizás debamos concluir tal y como empezábamos: por mucho que hiera sensibilidades, la cláusula suelo y otras tantas puede que no sean abusivas. Ello dependerá de las circunstancias del caso. Por consiguiente, *a sensu contrario*, no puede mantenerse su nulidad generalizada. En este punto, si bien asistimos a una realidad incontestable, cual es que el papel atribuido desde antaño al principio de autonomía de la voluntad se está reformulando a golpe de resoluciones jurisprudenciales, creemos que es necesario reforzarlo, no desde una ficción jurídica sino desde parámetros actuales; así lo permite el artículo 3 del Código Civil. No basta con la firma del consumidor, por mucho que actualmente se enfatice que tenga que ser manuscrita, para entender que quiso y conoció el contenido del préstamo hipotecario en todos sus extremos. Hay que preocuparse de que su conocimiento sea verdadero y real. Ello permitirá dotar a las entidades de una mayor legitimidad (moral, porque la jurídica se la otorga la ley) al reclamar judicialmente sus derechos de crédito sin sombras de abuso o subterfugios que permitan considerar que el consumidor estaba indefenso de antemano. Cualquier ejecución que se inicie bajo esta sospecha estará viciada porque una cosa es que las entidades hagan uso legítimo de sus derechos y otra bien distinta que lo hagan sobre la base de maniobras previas para lograr la contratación del particular a toda costa y en circunstancias poco o nada transparentes, lo cual no debe permitirse ni siquiera en la contratación en masa o por adhesión.



## Referencias bibliográficas

- Achón Bruñén, M. J. (19 de enero de 2017). Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no. *Diario La Ley*, 8.904.
- Arias Rodríguez, J. M. (3 de febrero de 2016). Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, 8.694.
- Ballugera Gómez, C. (4 de julio de 2016). Los requisitos de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente. *Diario La Ley*, 8.795.
- Ballugera Gómez, C. (28 de marzo de 2017). La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado. Integración de cláusulas abusivas y falta de confianza del Supremo en el mercado hipotecario. Comentario del auto TS 8 febrero 2017. *Diario La Ley*, 8.950.
- Bonet Navarro, A. (2015). *La experiencia procesal del fracaso del Derecho*. Prensa de las universidades de Zaragoza.
- Chamorro Posada (2000). Vencimiento anticipado por incumplimiento en las obligaciones financieras (los préstamos con garantía hipotecaria). *Diario La Ley*, Ref. D-263, tomo 7.
- Callejo Carrión, S. (2015). *Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas*. La Ley.
- Callejo Carrión, S. A. (2017). Propósito de la cláusula suelo y la historia de un desencuentro: Tribunal de Justicia de la Unión Europea vs. Tribunal Supremo. *Lex Mercatoria, Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación, RLM*, 4, artículo 4.
- Díaz González, G. M. (30 de diciembre de 2016). (¿Nuevas?) precisiones sobre el concepto de violación manifiesta como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción jurisdiccional del Derecho de la Unión. STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15 (La Ley 87262/2016): Milena Tomášová. *La Ley Unión Europea*, 43.
- García de Pablos, J. F. (enero-febrero 2017). La reclamación previa de las cláusulas suelo de las hipotecas. *Revista el Notario del siglo XXI*, 1.
- Gomá Lanzón, I. (enero-febrero 2017). Los Notarios y las cláusulas suelo. *Revista el Notario del Siglo XXI*, 71.
- Gómez-Gálligo, J. (enero-febrero 2017). Cláusulas suelo y cláusulas abusivas. *Revista el Notario del Siglo XXI*, 71.
- Jimeno Bulnes, M. (2016). El impacto de la crisis económica en la justicia civil. En A. Neira Pena (Dir.) y F. Bueno de Mata (Coord.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*. Barcelona: Atelier.
- Magro Servet, V. (16 de enero de 2017). Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, 8.901.
- Montero Aroca, J. (2012). *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria* (pp. 302 a 324). Tirant lo Blanch.
- Nieto Carol, U. (2015). A favor de: Justicia encargará a notarios y registradores el control de cláusulas abusivas. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 906.
- Orduña Moreno, F. J. (2017). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: delimitación básica del contexto valorativo de la Directiva 93/13. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2.

- Pazos Castro, R. (enero 2017). Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo: A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo). *La Ley Unión Europea*, 444.
- Perea González, A. (20 de abril de 2016). Cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *Diario la Ley*, 8.745.
- Pérez Hereza, A. (enero-febrero 2017). Transparencia y seguridad jurídica. *Revista el Notario del Siglo XX*, 71.
- Sánchez García, J. (octubre 2016). La debida observancia de la jurisprudencia del TJUE a fin de evitar la responsabilidad del Estado. Comentarios a la sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15. *Revista Actualidad Civil*, 10.
- Sánchez García, J. (enero 2017). Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Vlex*, 152.
- Senés Guerrero, A. (mayo-junio 2016). Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas e intereses de demora: estudio jurisprudencial. *Práctica de Tribunales*, 120. *La Ley*.
- Senés Motilla, C. (mayo-junio 2016). Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria. *Práctica de Tribunales*, 120.