

LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: CUESTIONES ACTUALES

Directores: **Esther Arroyo Amayuelas** y **Ángel Serrano de Nicolás**



EACEA

Educations, Audiovisual
and Culture Executive Agency



**LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO:
CUESTIONES ACTUALES**

LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: CUESTIONES ACTUALES

Esther ARROYO AMAYUELAS
Ángel SERRANO DE NICOLÁS
(Dirs.)

Cátedra Jean Monnet
de Derecho Privado Europeo
de la Universidad de Barcelona
Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Esther Arroyo Amayuelas y Ángel Serrano de Nicolás (dirs.)

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-190-5

Depósito legal: M. 43.189-2016

Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2016



Sumario

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS.....	9
PRESENTACIÓN (Esther ARROYO AMAYUELAS y Ángel SERRANO DE NICOLÁS) .	13
NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO DE CONTRATOS EUROPEO Y CUESTIONES ESPECÍFICAS ACERCA DE LA REGULACIÓN DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES (Reiner SCHULZE).....	15
LA RÉGLEMENTATION DES CONTRATS DE FOURNITURE DE CONTENUS NUMERIQUES: L'APPRÉCIATION DES ASPECTS NUMERIQUES (Judith ROCHFELD)	29
LA DIRECTIVA 2014/17/UE, SOBRE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y SU PREVISIBLE IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL (Miriam ANDERSON).....	45
NO VINCULAN AL CONSUMIDOR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DEL DERECHO CIVIL AL PROCESAL Y ENTRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO (Esther ARROYO AMAYUELAS).....	65
CONTROL NOTARIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (Ángel SERRANO DE NICOLÁS)	97
THE EUROPEANIZATION OF COMMERCIAL AGENCY LAW (Dieter KRIMPHOVE).....	129

Abreviaturas

AC	Marginal jurisprudencial del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi - Westlaw
ACQP	<i>Principles of the Existing EC Contract Law</i> [RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), <i>Principles of the Existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual Obligations. Conclusion of Contract. Unfair Terms</i> , Sellier, München, 2007; y <i>Contract II. (General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)</i> , Sellier, München, 2009]
AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
AAP	Auto Audiencia Provincial
ABE	Autoridad Bancaria Europea
art.	artículo
AJUE	Auto Tribunal de Justicia de la Unión europea
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
B2C	Relaciones de Empresario a Consumidor
B2B	Relaciones de Empresario a Empresario
CA	<i>Commercial Agency</i>
CC	Código Civil español
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
cfr	confróntese
CESL	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, <i>relativo a una normativa común de compraventa europea</i> [COM (2011) 635 final]
CRD IV	<i>Capital Requirement Directive (Directive 2013/36/EU)</i>
DA	Disposición Adicional
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> [Borrador de Marco Común de Referencia sobre Derecho privado europeo]
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Directiva
dir.	director
DO	<i>Diario Oficial</i>
DT	Disposición Transitoria
DTI	Debt-to-income (relación entre deudas e ingresos)

ELI	European Law Institute
ECJ	European Court of Justice
ed.	editor
EM	Exposición de Motivos
<i>ERCL</i>	<i>European Review of Contract Law</i>
<i>ERPL</i>	<i>European Review of Private Law</i>
spéc.	<i>spécialement</i>
EU	European Union
EULA	End User Licence Agreements
FD	Fundamento de Derecho
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
FJ	Fundamento Jurídico
Hrsg.	Herausgeber (editor)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IoT	Internet of Things
<i>JORF</i>	<i>Journal Officiel République Française</i>
JUR	Marginal jurisprudencial del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi - Westlaw
L.	Ley
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
<i>LN</i>	<i>LaNotaria</i>
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LTV	Loan-to-value (proporción entre el valor del bien gravado y el de la deuda contraída)
NNP	<i>Net National Product</i>
núm.	número
PECL	Principles of European Contract Law (COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. <i>et al.</i> [dirs.] <i>Principles of European Contract Law</i> , Kluwer Law International, The Hague, vols. I-III, 2000-2003)
OM	Orden Ministerial
p./pp.	página/s
<i>RCDP</i>	<i>Revista Catalana de Dret Privat</i>
RCGC	Reglamento de Condiciones Generales de la Contratación
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto Ley
<i>RGDP</i>	<i>Revista General de Derecho Procesal</i>
<i>RIEPA</i>	<i>Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje</i>
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi – Westlaw
RN	Reglamento Notarial

RRDGN	Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
seq./ss	siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TVA	<i>Taxe sur la valeur ajoutée</i>
TIC	Tecnologías de la Información y de la Comunicación
TR-LGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre.
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UTCCR	<i>Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999</i>
<i>Vid./vid.</i>	<i>Videtur</i>
<i>vs.</i>	<i>versus</i>
<i>ZEuP</i>	<i>Zeitschrift für europäisches Privatrecht</i>

Presentación

Esther ARROYO AMAYUELAS
(*Cátedra J. Monnet. U. Barcelona*)

Ángel SERRANO DE NICOLÁS
(*Colegio Notarial de Cataluña*)

El libro que el lector tiene entre sus manos, *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, refleja y amplía los resultados de la Jornada que tuvo lugar en el Colegio de Notarios de Cataluña, los pasados días 15 y 16 de junio de 2016, respetando el idioma en que disertó cada conferenciante. El libro se publica gracias a la estrecha colaboración entre el Colegio de Notarios y la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Barcelona, con el fin de informar a abogados, estudiantes, consumidores, funcionarios de la Administración y, en general, cualquier persona interesada, de los desafíos que plantea actualmente la armonización del Derecho privado europeo, en distintos ámbitos del Derecho contractual. Se abordan temas variados y desde distintas perspectivas. Así, a raíz de la reciente Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015, son objeto de análisis los contratos sobre contenidos digitales (Reiner SCHULZE; Judith ROCHFELD), a lo que sigue el estudio de algunos aspectos de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de créditos para bienes inmuebles de uso residencial, y su previsible impacto en el Derecho español (Miriam ANDERSON). Les acompaña un examen de la jurisprudencia española y europea sobre cláusulas abusivas y, en particular, a propósito de la apreciación de oficio y la integración del contrato (Esther ARROYO AMAYUELAS), que se completa con el control notarial en el otorgamiento de pólizas y escrituras de préstamo (Ángel SERRANO DE NICOLÁS). Las ventajas e inconvenientes de la armonización también se abordan desde el análisis económico, a partir del ejemplo que proporciona la Directiva 86/653/EEC, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, sobre agentes comerciales independientes (Dieter KRIMPHOVE).

Los coordinadores del libro estarán satisfechos si el mismo merece una buena acogida, como mínimo tan buena como la que en su día tu-

vieron las Jornadas. Será un buen indicador de que la colaboración entre la profesión y la academia es provechosa y que debe continuar en el futuro. Esta vez ha sido entre el Colegio Notarial y las Universidades de Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Münster y Paderborn (Alemania) y, por supuesto, siempre, Barcelona. Aquí se ha contado, además, con el apoyo de los proyectos MINECO DER2014-54267 y *Generalitat de Catalunya* 22 SGR 2014.

Barcelona, 9 de septiembre de 2016.

Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales

Reiner SCHULZE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CAMBIO ACTUAL DEL DERECHO CONTRACTUAL.—III. NECESIDAD DE MODERNIZACIÓN.—IV. CONTINUIDAD E INNOVACIÓN: 1. Conformidad con el contrato. 2. Estructura de los remedios.—V. PERSPECTIVAS.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La revolución digital ha cambiado profundamente las bases del Derecho contractual a nivel mundial y en el mercado común. El suministro de contenido digital se ha convertido en un factor clave para el desarrollo de muchos sectores económicos¹, tal y como demuestran algunas cifras, que ilustran la importancia cuantitativa y cualitativa de ese sector en la contratación: en los países del G-20, se estima que, en 2016, el sector de Internet alcanzará un valor de 4,2 billones de dólares americanos. Si Internet fuera un Estado independiente, tendría un PIB superior al de Alemania².

* Profesor de Derecho civil alemán y europeo en la Universidad de Münster. Dedico este trabajo a mi maestro, Gerhard Dilcher, en su 85 cumpleaños, en íntima y profunda vinculación. En 1985, el mismo año en que mi primer viaje a Barcelona me abrió los ojos a la riquezas intelectuales y culturales de esta ciudad, su seminario de historia del Derecho me introdujo por vez primera al mundo de la ciencia. La pasión por el conocimiento que Gerhard Dilcher despertó en mí y la pasión que siento por Barcelona me acompañan desde hace décadas. Ahora se dan cita en este volumen, que es fruto de una conferencia ofrecida en Barcelona, en agradecimiento a mi maestro.

¹ Sobre el tema, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Baden-Baden, Nomos, 2016; también A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016; C. WENDEHORST y B. ZÖCHLING-JUD (eds.), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?*, Wien, Manz, 2016.

² Expert Group on Taxation of the Digital Economy, «Working Paper: Digital Economy – Facts & Figures» (Digit/008/2014, 4 de marzo de 2014), pp. 4-5.

Para reaccionar ante estos cambios, la práctica del Derecho contractual se ha servido, en gran medida, de la autonomía de la voluntad, lo que puede verse reflejado, a modo de ejemplo, en el *cloud computing*, mediante el desarrollo de diferentes tipos de contratos estándar. Los legisladores de distintos Estados miembros de la Unión Europea han empezado ya a prestar atención a este ámbito. Un ejemplo de ello lo hallamos en el Reino Unido, con la *Consumer Rights Act 2015*³, que contiene disposiciones especiales sobre las garantías de los consumidores en contratos de contenidos digitales. El legislador de la Unión Europea ha sido pionero a la hora de situar estos nuevos acontecimientos en el marco del Derecho contractual, como demuestra que, en el año 2011, la Comisión europea propusiera una normativa común sobre la compraventa europea (en adelante, CESL, siglas en inglés)⁴ que incluía el suministro de contenidos digitales dentro de los tipos contractuales. Tras la retirada de esta propuesta, inicialmente aprobada por el Parlamento europeo, pero criticada por distintos Estados miembros, la Comisión europea ha propuesto una Directiva⁵ (en adelante, Directiva Digital), que se encuentra ahora mismo en el centro de todas las discusiones sobre el futuro desarrollo del Derecho contractual europeo.

La propuesta de Directiva Digital se dio a conocer en diciembre de 2015, coincidiendo con la publicación de otra propuesta de Directiva, sobre los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia⁶. Ambas son parte de la «Estrategia para el Mercado único digital»⁷. Tanto los rápidos avances tecnológicos como la legislación de los Estados miembros en esta área presionan al legislador europeo para dar una respuesta rápida y adecuada, pero la experiencia nos dice que, debido a una gran variedad de normas en los distintos sistemas jurídicos, será difícil conseguir la armonización de máximos prevista⁸. Será nece-

³ Sobre el tema, D. BARRY *et al.*, *Blackstone's Guide to the Consumer Rights Act*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea COM (2011) 635 final. Sobre el CESL, *vid.*, entre otros, J. PLAZA PENADES y L. MARTÍNEZ VELENCOSO (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Berlin, Springer, 2015; R. SCHULZE (Hrsg.), *Common European Sales Law - Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2012.

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales, COM (2015) 634 final. Sobre esta propuesta, con algunas modificaciones, se reproducen aquí las consideraciones que ya antes se publicaron en inglés en R. SCHULZE, «Supply of Digital Content - A New Challenge for European Contract Law», en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 127 y ss.

⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, COM (2015) 635 final.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una Estrategia para el mercado único digital de Europa, COM (2015) 192 final.

⁸ Ya sucedió contra la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final]. Para una visión crítica, *vid.* R. SCHULZE y G. HOWELLS (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier, 2009. Sobre la transposición de la norma en España y Alemania, *vid.* A. ORTI VALLEJO y M. JIMÉNEZ HORWITZ (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: Análisis de la Transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

sario mantener una discusión extraordinariamente intensa en el futuro inmediato, con el fin de lograr lo antes posible una legislación europea que evite cuanto antes una fragmentación del Derecho que regula los contenidos digitales en el mercado interior.

A continuación se realizará un análisis breve y sinóptico de los retos de los que se ocupa la propuesta de Directiva:

a) El cambio actual del Derecho contractual europeo, bajo el cual se presentará esta propuesta.

b) Algunas materias de Derecho civil que, tras los nuevos avances tecnológicos, necesitan regulación.

c) El deber de adaptar conceptos existentes en el Derecho contractual europeo (como la conformidad con el contrato y la estructura de los remedios jurídicos) a enfoques o planteamientos innovadores.

d) La posible contribución de las nuevas disposiciones sobre contenido digital al futuro desarrollo del Derecho de contratos europeo.

II. EL CAMBIO ACTUAL DEL DERECHO CONTRACTUAL

A propósito del desarrollo del Derecho contractual, podemos empezar por destacar una tendencia que surgió en los años ochenta: la internacionalización, que se expresaba en la aplicación transfronteriza de conceptos y modelos contractuales y en la creciente influencia del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convenio de Viena) en la legislación de distintos países y regiones del mundo⁹. Existen varios elementos característicos de esta influencia en el Derecho contractual moderno. Por ejemplo, la validez del acuerdo sin necesidad de añadir requisitos adicionales, a diferencia de lo que hasta ahora ha sido lo normal en el Derecho francés, que exige una causa para cualquier contrato; sin embargo, esta se ha acabado eliminando en la reciente reforma de 2016¹⁰, siguiendo el ejemplo del Convenio de Viena. Otro ejemplo radica en el concepto de conformidad y la falta de conformidad con el contrato, como presupuesto de ejercicio de los remedios jurídicos y la renuncia al principio de responsabilidad por culpa, en beneficio de una responsabilidad objetiva. Tras la firma y ratificación del Convenio de Viena, numerosos países, desde China y Europa del Este, hasta Holanda, Alemania y ahora también Francia, han modernizado su Derecho de obligaciones y contratos y, de un modo

⁹ Sobre el tema, F. FERRARI (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, München, Sellier, 2008.

¹⁰ La causa se regula actualmente en el art. 1.131 *Code Civil*. La reforma del Derecho de obligaciones y contratos francés entrará en vigor a partir del 1 de octubre de 2016 y a partir de entonces la causa ya no será un requisito de validez de los contratos. *Vid. Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Sobre el particular, *vid.* G. WICKER, «La réforme du droit français du contrat: de la cause à la causalité juridique», en G. MÄSCH, D. MAZEAUD y R. SCHULZE (eds.), *Nouveaux défis du droit des contract en France et en Europe*, München, Sellier, 2009, pp. 53-80.

u otro, han tenido en cuenta este Derecho internacional de la compraventa¹¹. Se puede decir que el Convenio marcó el inicio de una nueva era en el desarrollo del Derecho contractual¹² y, en particular, en Europa, proyectó su influencia sobre la Directiva sobre compraventa de bienes de consumo¹³, los PECL¹⁴ o el DCFR¹⁵. Todos esos textos utilizan el Convenio como la base de un Derecho contractual *general*, exactamente igual que los Principios Unidroit, aunque estos operan en un contexto global¹⁶.

Con todo, el desarrollo del Derecho contractual europeo ha ido más allá de los contenidos del Convenio de Viena. Este no incluye los contratos de consumo y, en cambio, la legislación de la Unión Europea, sí los considera materia armonizable; a propósito de la moderna contratación en masa, la Unión Europea ha elaborado criterios para el control de las cláusulas no negociadas y ha legislado en el ámbito de la formación del contrato, sobre las declaraciones y los deberes precontractuales¹⁷. El legislador europeo también puso sus semillas en el recién arado campo del comercio electrónico¹⁸, que era una materia completamente desconocida al tiempo en que se redactó el Convenio de Viena¹⁹. En relación con el suministro de contenidos digitales, la Unión Europea realizó avances en el año 2011 con el CESL. Este intento de regulación hubiera supuesto la codificación, por vez primera, de la consecución de un Derecho europeo de la compraventa; a escala mundial, era una de las primeras propuestas en incluir el contenido digital en un sistema contractual completo. Con todo, y a pesar de que la propuesta ha sido retirada, será una base importante para el futuro desarrollo del Derecho contractual europeo, tal y como muestran, por ejemplo, las nuevas propuestas de Directivas a las que antes me he referido²⁰.

¹¹ Sobre los trabajos de reforma en Europa, R. SCHULZE y F. ZOLL (eds.), *The Law of Obligations in Europe*, München, Sellier, 2013.

¹² R. SCHULZE, «The New Shape of European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, pp. 139 y ss., esp. p. 144.

¹³ Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, DO L 171, de 7 de julio de 1999.

¹⁴ O. LAND y H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 1999.

¹⁵ C. VON BAR, E. CLIVE y H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR Outline Edition)*, München, Sellier, 2009.

¹⁶ Unidroit Principles for International Commercial Contracts (2010), disponible en: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

¹⁷ R. SCHULZE, «The New Shape...», *op. cit.*

¹⁸ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (2005). Mucho antes, Uncitral Model Law on Electronic Commerce (1996).

¹⁹ El texto completo del convenio y las notas explicativas del secretariado de Uncitral se encuentran *online* en la siguiente dirección: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

²⁰ COM (2015) 634 final, p. 2, COM (2015) 635 final, p. 2.

III. NECESIDAD DE MODERNIZACIÓN

Desde hace algunas décadas estamos en la fase de modernización del Derecho de contratos a nivel mundial bajo la influencia del Convenio de Viena, pero ahora entramos en una segunda fase de esta modernización, que está capitaneada por la «revolución digital» y, en particular, por lo que se conoce como «internet de las cosas» (*Internet of Things*; en adelante, IoT). Es algo que se manifiesta, por ejemplo, en el proceso de formación del contrato²¹. Efectivamente, hasta la fecha, las discusiones sobre comercio electrónico tenían el foco puesto en la perfección del contrato mediante la comunicación electrónica entre dos personas, pero, contrariamente, en el IoT, el contrato no se concluye entre dos personas o, por lo menos, no directamente, sino entre dos máquinas²². Estas no solo analizan las existencias en un almacén y, en función de ello hacen o aceptan los pedidos, sino que van mucho más allá y analizan la situación del mercado y modifican el precio u otras condiciones del contrato. Están programadas de tal modo que ellas mismas pueden decidir la celebración de un contrato o incluso pueden llegar a confeccionarlo. Habrá que recapacitar sobre si se puede aplicar fácilmente a este tipo de contratación automatizada, propia del IoT, las normas tradicionales como, por ejemplo, las relativas al error y la anulabilidad.

Además, hay que tener en cuenta que la modernización del Derecho contractual también exige adaptaciones o reajustes en otros ámbitos del Derecho para adaptarlos a los cambios de la revolución digital (por ejemplo, la protección de datos y una regulación distinta de Derecho público). Dentro del Derecho civil, los contratos de suministro de contenidos digitales están normalmente muy unidos a la concesión de licencias y de ahí que también estén muy vinculados a los Derechos de autor o, en general, a la propiedad intelectual. A menudo, bajo la óptica del cliente, la puesta a disposición del contenido digital a través del suministrador solo es válida si, tras la obtención de la licencia, se transmiten también los correspondientes derechos de los usuarios. A nivel europeo, aún están por desarrollar los conceptos de «propiedad» de datos o de contenidos digitales²³. En qué medida o, hasta qué punto, procede y es posible una aproximación o armonización de los Derechos de los Estados miembros, sigue siendo hoy en día una cuestión por resolver.

²¹ En Alemania, las comunicaciones electrónicas han influido en los conceptos y la doctrina tradicional, como puede verse en F. J. SÄCKER, «Einleitung», en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, München, C. H. Beck, 2015, Rn. 183 et seq.; *vid.*, también, R. BRADGATE y G. HOWELLS, «When Surfers Start to Shop: Internet Commerce and Contract Law», *Legal Studies*, 19, 1999, pp. 287 y ss., esp. p. 314.

²² W. SUSAT y G. STOLZENBURG, «Gedanken zur Automation», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1957, pp. 146-147.

²³ *Vid.* S. CÁMARA, «La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales», en ORTI VALLEJO y JIMÉNEZ HORWITZ (dirs.), *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 229 y ss., esp. pp. 232-233.

También puede ser muy importante para el cliente saber cuál es la responsabilidad de terceros, al margen de su relación contractual con el suministrador. A menudo, una pequeña empresa venderá el contenido digital como un juego u otra aplicación para una *tablet*, pero el suministro previo o continuado de este contenido y, especialmente, la plataforma que posibilita su uso, así como las actualizaciones necesarias para los clientes, corresponderá a una empresa de mayores dimensiones con la que el cliente no necesariamente tiene que tener una relación contractual (y a menudo solo está unido con el suministrador a través de una larga cadena de distribución). Por ello es necesario complementar la responsabilidad contractual en la relación entre usuario, es decir, el cliente final, y el suministrador, mediante la responsabilidad de, en particular, el programador o diseñador. En este área del Derecho nos hallamos, sobre todo, frente al desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual y por productos defectuosos, que incluye el reto de tener que desarrollar la materia de la responsabilidad por productos defectuosos hasta extenderla a la mala calidad de los datos²⁴. Aquí habrá que considerar también instrumentos como los que existen en algunos Derechos nacionales y, en particular, la acción directa, así como la acción de regreso del último suministrador contra el programador o diseñador y contra otros eslabones de la cadena contractual con transacciones transfronterizas. En particular, hay que tener en cuenta que los nuevos avances en esta área del Derecho no se dirigen únicamente a la protección del consumidor o cliente final y que no puede recaer en el suministrador final (con frecuencia, una empresa sin gran capital social, ni capacidad de decisión) toda la carga de la protección del consumidor. No puede olvidarse la parte que es responsable del desarrollo del contenido digital, ni la responsabilidad de la empresa que ejerce un control sobre el suministro.

Por todo ello, el legislador europeo tiene ante sí una extensa labor. Con todo, las medidas que podrá tomar serán limitadas y, probablemente, dado el creciente grado de euroescepticismo, tan solo constituirán pequeños pasos. Una de esas medidas es el recientemente aprobado Reglamento de protección de datos²⁵. Pero la Comisión europea ha anunciado otras y algunas las ha sometido a debate; entre ellas, las normas sobre plataformas digitales y sobre «la libre circulación de datos en el mercado interior»²⁶.

Una de las medidas más importantes es la Propuesta de Directiva sobre el suministro de contenidos digitales, que, con todo, no regula completamente la materia, sino que, como ya anuncia su rúbrica, tan solo se ocupa de «determinados aspectos» de tal suministro. En particular, la propuesta

²⁴ B. KOCH, «Product Liability for Information in Europe?», en J. POTGIETER, J. KNOBEL y R. JANSEN (eds.), *Essays in Honour of / Huldigungsbandel vir Johann Neethling*, Durban, Lexis-Nexis, 2015, pp. 245-257; D. FAIRGRIEVE, «Product Liability Directive», en P. MACHNIKOWSKI (ed.), *European Product Liability*, Cambridge, Intersentia (en prensa).

²⁵ DO L 119, de 4 de mayo de 2016. El Reglamento entró en vigor el pasado 24 de mayo, pero no será aplicable hasta el 25 de mayo de 2018.

²⁶ La computación en la nube es citada en COM (2015) 192 final, p. 14.

regula la conformidad y destina algunas disposiciones a la modificación y la resolución de los contratos de contenido digital. En cambio, no incluye, por ejemplo, ninguna regla sobre la formación del contrato.

El ámbito de aplicación de esta propuesta de Directiva es lo suficientemente amplio como para incluir cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, el consumidor paga un precio o facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos (art. 3.1 Directiva Digital). Hay dos cosas que merece la pena destacar: en primer lugar, el concepto de contenido digital, que no solo incluye datos suministrados en formato digital (como vídeos, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de *software*), sino también prestaciones de servicios [entre otras, la creación de datos en formato digital o los servicios que permiten la interacción con datos; art. 2.1 letras *b*) y *c*)]. En segundo lugar, se prevé expresamente lo que se acaba de mencionar, esto es, contratos en que el consumidor no paga dinero sino que, como contraprestación, «tan solo» facilita o aporta datos. La propuesta de Directiva tiene en cuenta, así, el alto significado económico que pueden tener los datos para el proveedor de contenidos digitales (ya sea para uso propio o para venderlos a empresas que almacenan datos y obtienen un gran valor gracias a su comercialización). Cuando el cliente cede sus datos a una empresa, les está dando un valor considerable o por lo menos posibilita la creación de dicho valor. Pero, a su vez, estos datos no se pierden como parte de su esfera personal o de su «patrimonio» sino que él también puede disponer de ellos. Ello permite la clasificación de esta materia a caballo entre los derechos de la personalidad y los derechos patrimoniales, pero, sin duda, serán necesarios más debates. La Directiva Digital no puede ni quiere dar ninguna respuesta general. Se limita a calificar los datos personales como contraprestación en el Derecho contractual como un término medio que no deja de ser problemático: valora fundamentalmente los datos personales como «contraprestación». Pero no engloba todos los datos personales, sino que se limita a datos que el consumidor facilita de forma activa. Es dudoso que el criterio de facilitación de «forma activa» garantice la protección de los intereses de los consumidores, a la vista de las extendidas prácticas de acceso a datos de índole personal. Sea como fuere, hay que celebrar que los datos empiecen a aceptarse como contraprestación en el Derecho contractual y que, de este modo, los contratos sinalagmáticos se adapten a la «revolución digital».

IV. CONTINUIDAD E INNOVACIÓN

Aquí no pueden abordarse todas las disposiciones de la Directiva Digital y, por eso, bastará, a modo de ejemplo, referirse al concepto fundamental de conformidad con el contrato y a la estructura de los remedios jurídicos.

1. Conformidad con el contrato

La conformidad con el contrato se ha convertido en un concepto clave de aplicación flexible en el Derecho contractual moderno. En la compraventa, el concepto permite distinguir según el vendedor no haya procedido a la entrega de la cosa (falta de cumplimiento) o sí que la haya entregado, pero no según lo pactado en el contrato. En este último caso, se puede considerar no conforme al contrato todo el conjunto de anomalías o irregularidades de la prestación debida que, en la terminología tradicional de algunos ordenamientos jurídicos, se describen como vicios de la cosa o vicios jurídicos (como, por ejemplo, los «vicios ocultos», *vices cachés*). El concepto de conformidad no solo ha viajado desde el Convenio de Viena hasta los Derechos nacionales, sino que también ha pasado por el Derecho de contratos europeo a través de la Directiva 99/44 y del DCFR²⁷. El CESL lo reguló de forma expresa relacionándolo con el suministro de contenidos digitales. En todos esos textos, la conformidad tiene en cuenta criterios subjetivos (es decir, criterios que dependen del acuerdo de las partes) y criterios objetivos (como los usos a los que ordinariamente se destinen los bienes), aunque en los distintos textos se especifica de manera distinta. En esta misma línea, la Directiva Digital ha elaborado un concepto de conformidad que actúa como fundamento de la responsabilidad del proveedor y de los remedios jurídicos de que disponen los consumidores (arts. 10-12).

Aunque el nuevo proyecto legislativo para el mundo digital hace gala de una notoria continuidad conceptual con el Derecho europeo vigente, también incorpora considerables modificaciones que se traducen en un concepto de conformidad más detallado que trata de distinguir entre la entrega de una cosa y el suministro de contenidos digitales. Eso es algo que no estaba suficientemente desarrollado en el CESL.

Así, la propuesta de Directiva muestra estas modificaciones innovadoras, por primera vez, en un listado de características y requisitos que, en su mayoría, cobran especial importancia para los contenidos digitales. Según el catálogo no cerrado del art. 6.1 de la Directiva Digital, los contenidos digitales son conformes al contrato cuando, entre otros, cumplan con los requisitos de cantidad, calidad, duración y versión, funcionalidad, interoperabilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad acordados²⁸. Ello perfila de forma específica la conformidad de los contenidos digitales. Por otra parte, lo que en la Directiva 99/44 es una falta de conformidad por los defectos derivados de una instalación incorrecta realizada por el vendedor o como consecuencia de un error en las instrucciones de ins-

²⁷ En particular, art. IV.A.2.-301 ss. DCFR. Antes, en los Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), sobre todo, arts. 7:B-01 ss., 8:B-03 ss. ACQP. Publicados en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (Acquis Group), *Contract II - General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, München, Sellier, 2009.

²⁸ Para la cuestión de los deberes precontractuales de información en relación con la funcionalidad e interoperatividad de los contenidos digitales, *vid.*, también, CÁMARA, «La protección...», en ORTI VALLEJO y JIMÉNEZ HORWITZ (dirs.), *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 236-247.

talación (art. 2.5)²⁹, en el art. 7 Directiva Digital se traduce en una falta de conformidad para el caso de que los contenidos digitales fueran integrados por el proveedor o bajo su responsabilidad, o estuviera previsto que fueran integrados por el consumidor y su incorrecta integración se debió a deficiencias en las instrucciones. Es decir, se mantiene este concepto, que proviene del actual acervo de consumo, ante las nuevas necesidades de protección en el contexto digital, lo cual no solo es conveniente, sino que además sirve para ilustrar hasta qué punto es posible compatibilizar la continuidad y la innovación a la hora de adaptar el Derecho contractual europeo a los desafíos digitales.

Finalmente, una valoración similar podría aplicarse a la necesidad de que los contenidos digitales estén libres de derechos de terceros, aunque en este aspecto sería muy deseable que se tuvieran más en cuenta las especificidades de los contenidos digitales. Por ejemplo, falta aclarar que los *End User Licence Agreements* o acuerdos de finalización de uso de la Licencia (EULA, siglas en inglés) no deben afectar la posición legal de los consumidores³⁰.

A pesar de lo dicho, la evolución del concepto de conformidad exige poner de relieve tres aspectos de la dimensión temporal de la prestación, tal y como se expondrá a continuación:

1. Los contenidos digitales no se pueden suministrar en una única entrega. Más bien será habitual que se suministren de forma continuada durante un periodo de tiempo. Por eso, la conformidad no puede referirse a un momento concreto en el tiempo, sino que la exigencia debe mantenerse en el tiempo. Una de las diferencias con los tipos de compraventa en los que no solo se produce un único intercambio de prestaciones, sino que se prevén prestaciones continuadas (por ejemplo, la entrega mensual de productos) es que en estos contratos la conformidad debe apreciarse en momentos determinados en el tiempo, pero no a lo largo de un periodo o espacio temporal. El suministro de contenidos digitales de forma continuada en el tiempo no se corresponde tanto con la compraventa, cuanto con la prestación propia de los contratos de servicios y, por eso mismo, la proximidad entre el suministro de contenidos digitales y este tipo de contratos indica la posibilidad de la transposición del concepto de conformidad de la compraventa a los contratos de servicios, o incluso a la teoría general de los contratos, lo cual permitiría aplicarlo a todo tipo de contratos, incluidos los contratos de servicios (§323 BGB).

Sin llegar a plantear la posibilidad de una generalización tan amplia, la Directiva Digital sí que se ha pronunciado a favor de usar el concepto

²⁹ *Vid.*, también, G. SPINDLER, «Verträge über digitale Inhalte - Haftung, Gewährleistung und Portabilität. Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte», *Multimedia und Recht*, 2016, p. 219.

³⁰ También, CÁMARA, «La protección...», en ORTI VALLEJO y JIMÉNEZ HORWITZ (dirs.), *Estudios...*, *op. cit.*, p. 267, que considera necesario aclarar la relación con el derecho de propiedad intelectual. Para otras cuestiones sobre EULAs, *vid.* C. WENDEHORST, «Consumer Contracts and the Internet of Things», en SCHULZE - STAUDENMAYER (eds.), *Digital Revolution...*, *op. cit.*, pp. 197-198.

de conformidad en el suministro de contenidos digitales a lo largo de un periodo de tiempo. La Directiva Digital prevé que los contenidos digitales deben ser conformes con el contrato «durante este periodo» (art. 6.3). En consecuencia, la responsabilidad del suministrador por cualquier falta de conformidad se aprecia en dos momentos: por un lado, al tiempo de suministrar el contenido digital; y, por otro, durante el plazo de suministro de los contenidos digitales [art. 10 letras *b*) y *c*)].

La tradicional normativa sobre la transmisión del riesgo (que, en principio, tiene lugar en el momento de la entrega de la cosa al comprador)³¹ y la carga de la prueba deben modificarse en función de las particularidades del suministro de contenidos digitales. Ello tiene una serie de consecuencias que ahora no se pueden explicar con detalle. Solo nos centraremos en un aspecto. Como sucedía en la Directiva 99/44, la carga de la prueba de la conformidad recae en el suministrador (y desde luego no solo durante seis meses). En este aspecto, es decisiva la diferencia entre el momento de suministro y el periodo de tiempo de suministro (según lo pactado), como se muestra en los arts. 9 y 10 Directiva Digital.

2. El segundo aspecto a mencionar brevemente es la actualización (o, haciendo uso del término inglés, *updating*), que a menudo es necesaria para permitir al cliente hacer un uso prolongado de los contenidos digitales. Según el art. 6.1 letra *d*) de la Directiva Digital, los contenidos digitales tan solo son conformes con el contrato cuando se pueden actualizar según la forma prevista en el contrato. Pese a la correcta posición que ha adoptado la Directiva en este aspecto, surgen algunas cuestiones. Por ejemplo: cómo determinar exactamente el marco temporal para la obligación de actualización (hay que cuestionarse aquí si son válidos los estándares de la normativa de compraventa para la reserva de acumulación de *stocks*)³²; o, hasta qué punto este elemento subjetivo de conformidad (el art. 6 dispone «cuando el contrato establezca») corresponde al elemento objetivo del art. 6.2 Directiva Digital (especialmente bajo el aspecto de «continuidad» cuando falta este término); y si la actualización debe considerarse como parte subsiguiente del suministro de contenido digital debido y si, por consiguiente, está cubierta por la presunción de los arts. 9 y 10 de la Directiva Digital.

3. Como aspecto adicional, se indican algunos criterios de conformidad contractual, especialmente la «continuidad» y la «accesibilidad», que no solo son subjetivos, sino que, en virtud del art. 6.2 de la Directiva

³¹ Art. 20 Directiva 2011/83; *vid.*, también, art. IV.A.-5:102 DCFR; arts. 142-143 CESL.

³² El Derecho alemán desde siempre ha reconocido que el requisito de la buena fe del §242 BGB obliga al suministrador a una obligación colateral e implícita de suministrar piezas de recambio durante todo el tiempo en que se espera que el bien sea operativo. *Vid.*, por ejemplo, las sentencias del *Amtsgericht* de München, de 6 de mayo de 1970 (*Neue Juristische Wochenschrift* 1970, p. 1852) y de Rüsselsheim, de 30 de enero de 2004 (*Deutsches Autorecht*, 2004, p. 280). La necesidad de incorporar tal exigencia en la ley fue discutida en el Reino Unido en los años 80 y fue finalmente rechazada. *Vid.* Law Commission, *Sale and Supply of Goods*, Law Com. No. 160, 1987, párrafo 3.66.

Digital, también forman parte de los criterios objetivos de conformidad. Ello no hace sino resaltar la importancia de la dimensión temporal en el concepto de conformidad, si bien requerirá ulterior concreción por parte de la doctrina y jurisprudencia.

2. Estructura de los remedios

Como se acaba de ver, la Directiva Digital combina elementos nuevos con enfoques que ya pueden considerarse tradicionales en el Derecho de la compraventa europeo. Lo demuestran los conceptos de conformidad y de responsabilidad por falta de la misma (arts. 6-10), pero también el sistema de remedios. Aquí no se pueden discutir todos los rasgos y puntos débiles de la propuesta (como lo poco claros que están los plazos para ejercer estos remedios y los requisitos para el derecho a una indemnización por daños y perjuicios)³³ y, por eso, baste referir un par de ejemplos para ilustrar lo que se acaba de apuntar. Parece que la estructura básica de remedios es la que ya configuraron la Directiva 99/44 y el CESL: la corrección del cumplimiento, la reducción del precio, la resolución (o terminación) del contrato y la indemnización por daños y perjuicios (art. 12). La Directiva Digital sigue el modelo de la Directiva 99/44, también respecto de la primacía de la corrección del cumplimiento³⁴. En consonancia con este principio, la Directiva Digital coloca en la cúspide de los remedios por falta de conformidad el derecho del comprador a exigir el suministro de conformidad con el contrato, sin cargo alguno (art. 12.1). Sin embargo, la norma tiene en cuenta el diferente objeto contractual, que ya no son mercancías, sino contenidos digitales. De hecho, no recoge los distintos modos de cumplimiento posterior (reparación o sustitución; art. 3.2 Directiva 99/44) y, en consecuencia, tampoco recoge las normas que regulan el derecho de las partes a elegir entre uno u otro modo de cumplimiento. Además, la Directiva Digital muestra claramente las singularidades del suministro de productos digitales a la hora de regular la resolución del contrato. Por ejemplo, el proveedor debe tomar medidas para abstenerse de utilizar los datos obtenidos por parte del consumidor y debe además facilitarle la recuperación de los datos puestos a su disposición. El consumidor, por su parte, entre otros deberes, tiene el de eliminar los contenidos digitales recibidos o bien hacerlos ilegibles (art. 13.2)³⁵.

³³ Para más detalles sobre algunas cuestiones de la Propuesta de Directiva, B. KOCH, «Rechtsbehelfe des Verbrauchers bei Verträgen über digitale Inhalte», en WENDEHORST y ZÖCHLING-JUD (eds.), *Ein neues Vertragsrecht...*, op. cit., pp. 131 y ss.

³⁴ Por ejemplo, vid. M. BIANCA, «Art. 3 Consumer Sales Directive», en S. GRUNDMANN y M. BIANCA (eds.), *EU Sales Directive*, Cambridge, Intersentia, 2002, pp. 168-169.

³⁵ Otra cosa es cómo estos instrumentos regulan la terminación del contrato y la devolución de las prestaciones; vid., por ejemplo, KOCH, «Rechtsbehelfe...», en WENDEHORST y ZÖCHLING-JUD (eds.), *Ein neues Vertragsrecht...*, op. cit., pp. 141 y ss.

V. PERSPECTIVAS

Lo acabado de exponer acerca de la estructura de los remedios pone de manifiesto que, igual que en relación con el concepto de conformidad, existe una parecida tendencia a adoptar principios extraídos de la regulación europea de la compraventa. Con todo, la transferencia de conceptos tradicionales al nuevo mundo de los contenidos digitales va acompañada de un enriquecimiento y modificación a través de componentes innovadores, como la consideración de la dimensión temporal del suministro y la relación entre los contenidos digitales y el entorno digital («interoperabilidad», «accesibilidad», «integración con el entorno digital»). Conceptos afines a la compraventa se acabarán aplicando al ámbito de las prestaciones de servicios y, en un futuro próximo, es posible que solo limitadamente a algunos ámbitos, como el del suministro de contenidos digitales o los contratos de viajes, según la reciente versión de la Directiva de viajes combinados³⁶. Son puntos de partida que, a largo plazo, permitirán construir una terminología global para un contrato europeo de prestación de servicios. Las disposiciones sobre contenidos digitales podrían resultar un primer paso en el camino hacia la creación de una base conceptual que dote de coherencia y fortalezca el Derecho contractual europeo en su conjunto, de forma que la nueva Directiva europea de suministro de contenidos digitales no solo tendría un significado innegable para el mercado interior, sino que también constituiría un primer paso para la consecución de aquel resultado.

VI. CONCLUSIONES

Tras esta perspectiva, se pueden obtener en cinco puntos, las siguientes conclusiones:

a) Tras la modernización del Derecho contractual bajo la influencia del Convenio de Viena, tanto en Europa como en otros países del mundo se perfila la necesidad de una nueva modernización a nivel internacional, a la vista de los desafíos de la revolución digital.

b) En el nuevo Derecho contractual europeo deben confrontarse los conceptos originados bajo la influencia del Convenio de Viena (como «la conformidad con el contrato») con reglas y planteamientos adicionales distintos (algunos con vista a la contratación en masa) que se adapten a estos retos.

c) En el suministro de contenidos digitales las nuevas normas perpetúan algunos conceptos del Derecho contractual europeo, sobre todo en relación con los aspectos de la prestación que se refieren a la accesibilidad y la integración del objeto de la prestación en el entorno digital del receptor.

³⁶ Directiva 2015/2302 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, *relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados* (DO L 326, de 11 de diciembre de 2015).

d) En particular, la Directiva Digital tiene más en cuenta que el CESL las particularidades del suministro de contenidos digitales y adopta con los necesarios cambios el clásico concepto de conformidad y la estructura de los remedios.

e) La combinación entre lo viejo y lo nuevo y, en particular, la adaptación de los conceptos y estructuras esenciales del acervo comunitario y su extensión más allá del contrato de compraventa, proporciona la oportunidad de elaborar un catálogo de principios generales aplicables tanto a la compraventa como a la prestación de servicios. Es posible, de esta forma, aproximarse más a un Derecho contractual general. Al afrontar los desafíos que plantea la revolución digital se puede aspirar a conseguir aquello que tantas veces han soñado Ole LANDO y otros pioneros del Derecho contractual europeo.

La réglementation des contrats de fourniture de contenus numériques : l'appréciation des aspects numériques

Judith ROCHFELD*

SOMMAIRE : I. INTRODUCTION.—II. LA MYSTÉRIEUSE DÉFINITION DES CONTENUS NUMÉRIQUES : 1. La définition des contenus numériques. 2. Les ambiguïtés de la définition de contenus numériques.—III. L'OCCULTATION DU RÔLE DES PLATEFORMES DANS LA MISE À DISPOSITION DES CONTENUS NUMÉRIQUES : 1. La définition du fournisseur : l'occultation des plateformes. 2. La définition du fournisseur : l'intégration des plateformes au titre d'un contrôle matériel.—IV. LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCONOMIE SPÉCIFIQUE DES CONTRATS DE FOURNITURE DE CONTENUS NUMÉRIQUES : 1. La reconnaissance de l'échange « contenus contre données ». 2. Les conséquences de la reconnaissance de l'échange « contenus contre données » en cas de résiliation du contrat.

I. INTRODUCTION

La réglementation des contenus numériques s'inscrit dans un contexte spécifique : celui de l'échec, pour l'heure, des politiques européennes. La croissance du commerce électronique transfrontière est en effet jugée décevante¹ ; les initiatives de l'Union visent donc à la développer, en usant de la solution devenue habituelle, à savoir l'uniformisation des règles applicables censées simplifier la vie des entreprises, faire disparaître la concurrence entre elles et construire la confiance des consommateurs dans le

* Professeur de droit privé à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS).

¹ La part du commerce électronique dans l'ensemble du secteur du commerce de détail reste nettement plus faible en Europe qu'aux États-Unis : en 2014, elle était de 7,2 % dans l'UE contre 11,6 % aux États-Unis, cf. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Contrats numériques pour l'Europe. Libérer le potentiel du commerce électronique », 9 décembre 2015, COM (2015) 633 final, spéc. p. 2. La Commission y regrette que le commerce électronique, moteur de la croissance, soit encore un potentiel insuffisamment exploité. Par ailleurs, on peut relever que seuls 18 % des consommateurs ayant utilisé l'internet à des fins privées ont effectué des achats en ligne de produits situés dans un autre pays de l'UE, alors que 55 % ont fait des achats dans leur propre pays ; cf. Enquête Eurostat sur l'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC) par les ménages et les particuliers (2014).

bénéfice de quelques droits identiques et accessibles². Le tout s'inscrit dans la *Stratégie pour un marché unique numérique*, présentée en mai 2015 comme une priorité de la Commission européenne³, et à nouveau précisée dans la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, intitulé « Contrats numériques pour l'Europe. Libérer le potentiel du commerce électronique », du 9 décembre 2015⁴. C'est cette stratégie qui donne aujourd'hui lieu, entre autres, à deux propositions de directives, prenant la suite du projet de règlement pour un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011, aujourd'hui abandonné⁵. Ces textes sont présentés comme adoptant une « approche complète et ciblée »⁶ et se décline en :

a) Une Proposition de directive sur certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, en date du 9 décembre 2015⁷. Celle-ci se déploie en 20 articles et entend unifier quelques droits contractuels considérés comme soulevant des difficultés spécifiques : le premier article de la Proposition de directive énumère ainsi « les règles concernant la conformité du contenu numérique au contrat, les modes de dédommagement en cas de non-conformité et les modalités d'exercice correspondantes, ainsi que les règles de modification et de résiliation de ces contrats », notamment de contrats de fourniture de contenus numériques à long terme.

b) Une Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, du 9 décembre 2015 également⁸.

c) En parallèle, une Proposition de règlement relatif à la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne se trouve à l'étude⁹.

² *Commission Européenne*, « Contrats numériques... », p. 5 : « les consommateurs pourront effectuer des achats en ligne ou accéder à des contenus numériques dans d'autres pays de l'UE aussi facilement et avec la même confiance que dans leur propre pays ».

³ *Commission Européenne*, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM (2015) 192, dont le texte est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/index_fr.htm.

⁴ *Commission Européenne*, « Contrats numériques... ».

⁵ Cf. *Commission Européenne*, « Stratégie... », *op. cit.*, notes 25 et 26 : « le passage d'une unique proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente à deux propositions de directives, l'une sur la vente en ligne de biens, l'autre sur le contrat de fourniture de contenu numérique ne manquera pas d'entraîner de nombreuses questions de frontières et d'articulation des deux textes, (dont certaines sont expressément résolues par les deux nouvelles propositions) car les hypothèses de biens contenant des contenus numériques (DVD, CD, Internet des objets...) ou de biens fabriqués grâce à des contenus numériques ne cessent de se multiplier (impression 3D...) ».

⁶ *Commission Européenne*, « Contrats numériques... », *op. cit.*, spéc. p. 7 ; v. également l'article 4 de la Proposition de directive sur certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique interdisant aux États membres d'adopter ou de maintenir, dans le domaine relevant du champ d'application de la directive, des dispositions législatives d'une portée inférieure ou supérieure aux exigences de la directive ; néanmoins, dans les domaines non couverts par la directive, les États peuvent adopter ou maintenir des solutions nationales.

⁷ Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 décembre 2015, COM (2015) 634 final.

⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, 9 décembre 2015, COM (2015) 635 final.

⁹ D'autres mesures sont également annoncées, portant sur les charges liées à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), « la mise en place de services de livraison transfrontières de colis de bonne

Le domaine de ces initiatives, enfin, est limité au commerce B2C¹⁰, la Commission renvoyant, pour les règles applicables aux petites et moyennes entreprises —à l'égard desquelles il est admis que, en tant « parties plus faibles aux capacités de négociation moins importantes, (elles) se heurtent elles aussi à des difficultés liées au droit des contrats, surtout lorsqu'elles utilisent des contenus numériques »— à « d'autres initiatives »¹¹.

Si l'on s'attache spécifiquement à l'étude du premier de ces projets —la Proposition de directive sur certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique—, il faut en outre préciser qu'il est censé harmonieusement s'articuler avec les autres textes en vigueur venant régir la matière. La Commission européenne a ainsi insisté, tout d'abord et dans la présentation de ses propositions, sur l'idée que cette nouvelle directive doit venir compléter celle 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, pour ce qui concerne les aspects non traités par ce texte qui seraient spécifiques aux contenus numériques. Ensuite, elle a bien spécifié que « toutes règles sur les contenus numériques devraient, autant que possible, se fonder sur les règles applicables aux biens, les écarts ne se justifiant que pour tenir compte des spécificités des contenus numériques »¹². Enfin, en cas de conflit entre la directive (si elle était adoptée) et un autre acte de l'Union, le second devrait prévaloir. A cet égard, on pense tout particulièrement au Règlement européen de protection des données personnelles adopté le 27 avril 2016¹³, tant les interactions entre les données personnelles et les contenus numériques ne font que s'accroître (contenus numériques comprenant des données personnels ; objets connectés, etc.).

En resserrant donc l'analyse sur ce que la proposition de directive comporte de spécifique à la matière numérique, on doit s'intéresser à son objet, juridiquement non identifié (les « contenus numériques »), ainsi qu'à l'appréhension réalisée de leur environnement de distribution. On s'intéressera ainsi, tout d'abord, à son champ d'application matériel et à la définition livrée des contenus numériques, pour constater que cette dernière se teinte d'un certain mystère qui pourrait rendre délicat son maniement, aussi bien que la délimitation des champs d'application des deux propositions de directive parallèlement présentées (celle relative aux contenus numériques et celle sur les ventes à distance) (II). On s'interrogera, ensuite, sur le champ d'application personnel de la directive, c'est-

qualité », « la modernisation du cadre en matière de droit d'auteur », la suppression du blocage géographique, etc., cf. *Commission Européenne*, « Contrats numériques... », *op. cit.*, spéc., p. 6.

¹⁰ Art. 3 Proposition de directive sur les contenus numériques.

¹¹ *Commission Européenne*, « Contrats numériques... », *op. cit.*, spéc. p. 6.

¹² *Commission Européenne*, « Contrats numériques... », *op. cit.*, spéc. p. 9.

¹³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). Pour cette articulation, cf. art. 3, 7° Proposition de directive sur les contenus numériques.

à-dire le choix effectué, en l'état de la proposition, de laisser en dehors des « fournisseurs », professionnels tenus des obligations et responsabilités posées, les acteurs importants de la distribution des contenus numériques que sont les plateformes (III). On examinera, enfin, l'un des grands apports du texte, à savoir la reconnaissance de l'échange tout à fait particulier qui peut s'opérer au sein des contrats de fourniture de contenus numériques : celui de la fourniture de contenus contre des données (IV).

II. LA MYSTÉRIEUSE DÉFINITION DES CONTENUS NUMÉRIQUES

La proposition de directive est, avec l'ancien projet de règlement pour un droit commun européen de la vente, l'un des premiers textes à reconnaître la spécificité des « contenus numériques » et à tenter d'en donner une définition (1). Pour autant, celle-ci n'est pas sans ambiguïtés et risque de prêter le flanc à des difficultés d'application et de délimitation de son champ (2).

1. La définition des contenus numériques

L'article 2,1°, de la proposition de directive définit les contenus numériques de façon « délibérément vaste » et possiblement évolutive¹⁴, énumérant à ce titre :

- a)* « Les données produites et fournies sous forme numérique, par exemple des vidéos, enregistrements audio, applications, jeux numériques et autres logiciels,
- b)* tout service permettant la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies par le consommateur, et
- c)* tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies par d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données ».

On voit bien quelles pratiques le texte tente de régir derrière cette liste hétéroclite. En ce qui concerne la fourniture de données (décrite au *a*) : la fourniture de musique sous format électronique, d'applications, de jeux, de films, etc. En ce qui concerne les services portant sur les données (décrits aux *b* et *c*) : ceux de stockage en nuage (Dropbox par exemple), ceux de communication en ligne (Skype), ceux permettant la diffusion, par le consommateur, de contenus qu'il crée (Youtube), etc.¹⁵. Ce faisant, cette proposition s'adapte à une « consommation » — de musique, de film, d'images — passée d'un support tangible, objet de propriété — le disque ou le DVD par exemple — au téléchargement.

¹⁴ Considérant n° 11, Proposition de directive sur les contenus numériques, ce, afin de « s'adapter aux progrès technologiques rapides et (...) préserver le caractère évolutif du concept de contenu numérique ».

¹⁵ Cf. la liste donnée par la Proposition de directive sur les contenus numériques, p. 3.

ment de fichiers, puis à la consommation à la demande. Aujourd'hui, on « écoute à la demande » de la musique, titre par titre (que ce soit sur des sites illégaux ou dans le cadre d'abonnement à des sites dédiés comme Deezer, Spotify et Itunes, qui ont d'ailleurs concentré leurs offres sur le « streaming ») ; on regarde des films sur des sites également dédiés (comme Netflix). De la sorte, il n'existe pratiquement plus de distribution matérielle de supports de contenus numériques. En France, un Rapport sur les politiques culturelles, devenu célèbre sous le nom de Rapport Lescure (du nom de son coordinateur), a d'ailleurs posé le « constat que, à moyen terme, il n'y aurait plus de copie numérique mais des accès au contenu en flux »¹⁶. De façon bienvenue, le projet de texte prend donc acte de ces évolutions massives en saisissant ces « contenus numériques ».

Il ne s'arrête pas là puisqu'il définit et régit la nouvelle catégorie de contrat, assez innovante dans la philosophie qui la porte, qu'appellent ces contenus. Bien que la Commission européenne laisse en effet les États membres libres de la qualification à leur donner, les « contrats de fourniture de contenus numériques » se distinguent bien de la vente et du contrat de prestation de services (ce, même si les règles destinées à s'y appliquer restent globalement communes)¹⁷. Ils ont en effet pour spécificité de se couler dans le modèle de l'accès, formalisé notamment par Jeremy Rifkin dans les années 2000, dans son ouvrage *L'Age de l'accès*¹⁸ : en face de contenus dits non-rivaux promus par l'ère numérique — l'usage qu'un individu en fait ne diminue pas l'usage des autres, ni ne porte atteinte à la substance de la ressource — et par une société rapide, qui délaisse le propriété, il s'agit de donner temporairement accès à l'utilité de biens plutôt que de rester attachés à un modèle d'appropriation. Appliquée aux flux de données et aux services sur les données, il s'agit ici de reconnaître que l'on ne devient plus propriétaire de ces contenus et que le contrat en question n'est plus une vente ; que l'on n'en devient pas plus locataire ; que l'on a « seulement » accès, en flux et pour un temps donné, à des contenus (à la limite, on peut s'inspirer davantage du modèle de la location que de celui de la vente). C'est pourquoi le texte — avec raison — traite, non de la vente, modèle longtemps resté hyper-dominant¹⁹ et opérant un transfert de la propriété à titre définitif d'un support matériel, mais de cette « fourniture » de contenus qu'il définit précisément comme le fait de « donner accès à un contenu numérique ou (de) le rendre dispo-

¹⁶ Rapport LESCURE (dir.), Mission « Acte II de l'exception culturelle », *Contribution aux politiques culturelles à l'ère du numérique*, p. 23.

¹⁷ Ce, bien que la Commission entende laisser aux États la liberté de qualifier ce type de contrat, cf. *Proposition de directive sur les contenus numériques*, p. 7 : « la proposition ne détermine pas si le contrat de fourniture de contenu numérique doit être considéré comme un contrat de vente, un contrat de location ou un contrat sui generis ; cette décision appartiendra aux États membres ».

¹⁸ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, traduit de l'anglais par M. SAINT-UPÉRY, La Découverte, 2005 [*The Age of Access : The New Culture of hypercapitalism*, 2000].

¹⁹ Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1.134 du Code civil », dans *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?*, *Droit & Patrimoine*, 1998 (Mars), p. 46, parlant de « modèle cognitif de la vente ».

nible »²⁰. Notons néanmoins que la qualification n'était pas complètement inconnue pour avoir déjà été promue par le projet de règlement pour un droit commun européen de la vente, qui prévoyait que ses règles s'appliqueraient aux « contrats de fourniture d'un contenu numérique que l'utilisateur peut stocker, traiter et réutiliser, ou auquel il peut avoir accès, que ce contenu soit fourni ou non sur un support matériel »²¹.

Malgré cette avancée, deux types d'ambiguïtés viennent néanmoins marquer la définition des contenus numériques livrée par la proposition de texte.

2. Les ambiguïtés de la définition de contenus numériques

D'une part, la définition des « contenus numériques » traite, dans une même description, des données (article 2, 1^o, a) et des services sur les données (article 2, 1^o, b et c), alors qu'il n'est pas certain que ces deux types de « contenus » puissent se régir de la même façon.

En outre, pour chacune de ces catégories, les définitions proposées présentent des imperfections. La première définition livrée — celle des « données produites et fournies sous forme numérique » (article 2, 1^o, a) — est ainsi intrinsèquement problématique car elle en appelle indifféremment aux données fournies par un professionnel — par exemple un film en lecture à la demande — et par un consommateur — comme un contenu mis en ligne par un consommateur sur un site de visionnage comme YouTube —, sans que le texte distingue les deux hypothèses. Ce n'est qu'en lisant les autres descriptions que l'on se rend compte que ce sont les données fournies par des professionnels qui se trouvent davantage visées²². Par ailleurs, la distinction effectuée au sein des b et c de l'article 2, 1^o — en ce qui concerne les services sur les données cette fois — ne renvoie pas à une véritable opposition : elle confronte des services sur les données selon que ceux-ci peuvent ou non s'accompagner d'un partage ; or, tous les services actuels — que ce soit les services de stockage de données, de communication à distance, etc. — peuvent entraîner, aujourd'hui, un partage du fait du consommateur²³.

²⁰ Article 2.10, Proposition de directive sur les contenus numériques. Sur ce contrat, cf. J. SÉNÉCHAL, « Le contrat de fourniture de contenus numériques en droit européen et français : une notion unitaire ou duale? », *Revue de l'Union européenne*, 2015, n^o 590 (juillet-août), p. 443.

²¹ Art. 5 b, Projet de règlement pour un droit commun européen de la vente (Bruxelles, le 11.10.2011, COM (2011) 635 final).

²² A l'égard de cette première définition, en outre, certains informaticiens font également ressortir qu'une distinction n'est pas suffisamment posée entre l'exploitation locale des données — elles sont alors téléchargées par le consommateur, qui peut exécuter « en local », chez lui, un service, en toute indépendance à l'égard du fournisseur (l'achat d'un film en dvd par exemple — et l'exploitation *via* un service distant. Dans ce cas, l'usage que le consommateur va en faire sera constamment relié et visible pour le fournisseur et, sans ce dernier, le contenu ne peut être utilisé. La distinction s'avère d'autant plus importante qu'un service « local » n'est jamais payé en données (exemple de service d'éditeur de texte tel que Word), cf. GROUPE DE TRAVAIL DE TRANS EUROPE EXPERTS, *Etude de la proposition de directive sur les contenus numériques*, à paraître.

²³ *Ibid.*

D'autre part, au vu de cette définition des contenus numériques et de celle livrée par la proposition de directive émise le même jour sur le contrat de vente à distance, on peut douter que les frontières entre les deux textes soient aisées à tracer.

D'un côté, la proposition de directive sur les contenus numériques entend régir des données produites et fournies sous forme numérique, que celles-ci soient livrées sur support matériel (DVD, CD) ou sans support matériel (films, musique, applications, logiciels dématérialisés, etc.). En témoigne la teneur de ses considérants 11 et 12 et de son article 3, 3^o. Le considérant 11, par exemple, précise bien que « la présente directive devrait s'appliquer à tous les contenus numériques, indépendamment du support utilisé pour leur transmission », mêlant dans une description des contenus numériques « les services qui permettent la création, le traitement ou le stockage de données » et tous les « nombreux moyens de fournir du contenu numérique, comme la transmission sur support durable, le téléchargement par les consommateurs sur leurs appareils, la diffusion en flux sur le Web, l'autorisation d'accès à des capacités de stockage de contenu numérique ou l'accès à l'utilisation des médias sociaux ». L'article 3, 3^o, inclut, lui, dans le champ des contenus numériques les contenus fournis sur « support durable », « lorsque ce support durable sert exclusivement à transporter le contenu numérique »²⁴. On peut comprendre cette volonté : elle tient à celle de ne pas exclure du champ d'application des hypothèses, devenues rares néanmoins, de fourniture de contenu sur support matériel ; on peut seulement supputer que certains aspects du régime seront difficilement applicables aux contenus fournis sur support durable, comme quand la proposition prévoit, en son article 16 consacré au « droit de résiliation des contrats de long terme » conféré au consommateur, qu'à l'issue de la résiliation, « s'il y a lieu, le consommateur supprime tout copie utilisable du contenu numérique, rend celui-ci inintelligible ou, à défaut, s'abstient de l'utiliser, notamment en le rendant accessible à un tiers » (on voit bien que le texte vise davantage le contenu sans support matériel).

D'un autre côté, la proposition de directive sur la vente à distance entend, ainsi qu'en témoignent son considérant 13 et son article 1^{er}, 3^o, ne pas s'appliquer aux produits tels que les DVD et les CD supportant des contenus numériques²⁵.

Tout serait clair dans le meilleur des mondes si une hypothèse n'était pas visée qui remet quelque peu en question, par la difficulté de frontière qu'elle va soulever, la ligne de démarcation ainsi tracée. Elle

²⁴ Rappelons que le « support durable » est défini, notamment à l'article 2, 11^o de la proposition de directive sur les contenus numériques, comme « tout instrument permettant au consommateur ou au fournisseur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement, pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

²⁵ Article 1, 3 Proposition de directive sur la vente de biens en ligne. *Adde* Article 20.

concerne les contenus numériques incorporés dans des produits : la directive sur les contenus numériques met à l'écart ces derniers s'ils sont « incorporés dans des produits de telle sorte qu'il opère en tant que partie intégrante desdits produits et que (leurs) fonctions sont subordonnées aux principales fonctionnalités des produits »²⁶ ; celle relative à la vente en ligne entend, elle, régir les biens tels que des « appareils ménagers ou jouets lorsque le contenu numérique est intégré de telle sorte que ses fonctions sont subordonnées aux principales fonctionnalités du produit et opère en tant que partie intégrante de celui-ci »²⁷. Il faudra donc à l'avenir distinguer, si les textes étaient adoptés en l'état, les biens tangibles fonctionnant uniquement comme support du contenu numérique et ceux intégrant des contenus numériques, support de leurs fonctionnalités... Or, la distinction ne manquera pas d'être problématique quand tous nos objets du quotidien seront connectés et composeront à la fois le support de contenus numériques, contenus conditionnant leurs fonctionnalités également. *Quid* d'une fourchette connectée qui analyse notre alimentation ou notre rythme de mastication et les traduit en données? *Quid* d'un frigo connecté pouvant livrer des recettes de cuisines — contenu numérique — au vu des ingrédients qu'il garde au frais : fonctionnalités ? Le considérant 17 semble les exclure²⁸, au même titre que les biens produits par impression 3D²⁹. Mais est-ce bien pertinent d'instituer une telle différence, à l'orée de la diffusion de ces biens qui promet d'être exponentielle. Dans la négative, on le voit, la frontière entre les deux textes ne sera pas facile à respecter...

Une autre définition est à même de créer d'importantes difficultés.

²⁶ Cf. considérant n° 11, Proposition de directive sur les contenus numériques : restent à l'écart les contenus numériques « incorporés dans des produits de telle sorte qu'il opère en tant que partie intégrante desdits produits et que (leurs) fonctions sont subordonnées aux principales fonctionnalités des produits ». Le considérant n° 12 précise que le texte devrait s'appliquer aux produits tels que les DVD et CD, lesquels intègrent du contenu numérique de telle sorte qu'ils ne fonctionnent qu'en tant que transporteur de contenu numérique. Elle devrait s'appliquer au contenu numérique fourni sur support durable, qu'il fasse l'objet de vente à distance ou en face à face, afin d'éviter la fragmentation entre les différents canaux de distribution. La directive 2011/83/UE devrait continuer à s'appliquer à ces produits, notamment aux obligations relatives à la livraison des biens, aux modes de dédommagement en cas de non-livraison et à la nature du contrat en vertu duquel sont fournis les biens. La présente directive est également sans préjudice du droit de distribution applicable à ces biens en vertu de la législation sur le droit d'auteur.

²⁷ Proposition de directive sur la vente en ligne, ajoutant que, « dans le cas de contrats de vente portant à la fois sur la vente de biens et la prestation de services, la présente directive s'applique uniquement à la partie relative à la vente de biens ».

²⁸ Au moins pour ce qui concerne les questions de responsabilité qu'ils peuvent soulever, l'exclusion n'étant peut-être pas générale, cf. considérant n° 17 : « Il convient cependant d'aborder les questions de responsabilité spécifiques à l'Internet des objets, y compris la responsabilité en matière de données et de contrats de machine à machine, séparément ».

²⁹ Considérant n° 16, Proposition de directive sur les contenus numériques.

III. L'OCCULTATION DU RÔLE DES PLATEFORMES DANS LA MISE À DISPOSITION DES CONTENUS NUMÉRIQUES

La définition des « fournisseurs » de contenus numériques livrée par le texte (1) occulte de façon regrettable le rôle d'acteurs extrêmement importants de la distribution de ces contenus, à savoir les plateformes de distribution qu'il faudrait donc voir réintégrées *via* le critère du contrôle matériel desdits contenus (2).

1. La définition du fournisseur : l'occultation des plateformes

Le fournisseur de contenu est défini à l'article 2, 3°, de la proposition de directive comme « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³⁰. La définition est proche de celle du « professionnel », qu'il est tout à fait classique de trouver dans un texte de droit de la consommation. A ce stade de la lecture de la proposition, le champ d'application personnel de la future directive semble par ailleurs large : l'utilisation de la conjonction de coordination « ou » — le texte visant « l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte » —, peut tout à fait inclure tout intermédiaire agissant pour son propre compte, mais au nom du fournisseur et, partant, les acteurs majeurs de la distribution de contenus en ligne que sont les plateformes.

Pour autant, celles-ci se trouvent en réalité exclues de la qualité de fournisseur par l'article 5 de la proposition consacré à la « fourniture de contenus numériques ». Cette disposition présente en effet le tiers à la fourniture en décrivant ce dernier comme celui « qui exploite un lieu de fourniture physique ou virtuel mettant le contenu numérique à la disposition du consommateur ou permettant à celui-ci d'y accéder et qui a été choisi par le consommateur pour recevoir le contenu numérique ». Or, on reconnaît ici la description des plateformes qui, en l'état de la proposition, ne sont donc pas assimilées aux fournisseurs. Certes, on pourrait nuancer le propos en avançant dans le débat l'article 2, 10° et la définition de la fourniture comme le fait de « rendre disponible » le contenu, rôle que les plateformes endossent effectivement. Mais l'article 5 serait là pour le contredire.

Dès lors et sauf à ce qu'une plateforme soit considérée comme « fournisseur » quand elle fournira en son nom et pour son propre compte des « données produites et fournies sous forme numérique », que ce soit ou non sur support matériel (plateformes audiovisuelles et musicales fournissant des contenus en leur nom et pour leur propre compte...),

³⁰ *Vid.* également le considérant n° 23.

ou encore des services relatifs à des données transmises par le consommateur (plateformes de partage de vidéos, réseaux sociaux, moteurs de recherche...) ³¹, cet acteur n'est pas considéré, en l'état du texte, comme celui sur qui pèse les obligations et responsabilités que la directive pose.

Or, il peut paraître très regrettable de ne pas les intégrer ainsi aux acteurs réglementés ³². D'une part et en pratique, la « fourniture » de contenus numériques s'opère non seulement du fait de « l'éditeur » du contenu (celui qui les met disposition), identifié comme le « fournisseur » dans le texte, mais également grâce à l'intercession d'intermédiaires techniques ou juridiques (l'hébergeur, le fournisseur d'accès, la plateforme de courtage, etc.). Il ne suffit donc pas de régir juridiquement la relation entre l'éditeur de contenus et l'utilisateur ; il faut intégrer dans le régime les intermédiaires. D'autre part et en pratique toujours, les rapports de force peuvent être en défaveur des éditeurs, ce qui obèrera le respect de leurs obligations vis-à-vis de leurs usagers. En effet, « l'éditeur » de contenus se trouve la plupart du temps à la merci des conditions générales des plateformes qui réalisent « concrètement » la mise en relation ; l'éditeur de contenu n'a guère le choix de s'y opposer, sauf à développer lui-même ses propres outils. Cette dépendance technique ne permettra donc pas à l'éditeur, par exemple, de garantir l'accès permanent à son client, tout tributaire qu'il est de la continuité du service des fournisseurs d'accès et de l'hébergeur (qui, en outre, cherchent à imposer sur ce point des clauses léonines) ; la précarité de l'accès du client à « ses » contenus se trouve donc liée aux conditions générales d'utilisation des prestataires techniques. De là la nécessité de construire également un régime d'obligations légales à la charge des intermédiaires, dont ferait partie celle de maintien de l'accès aux contenus dont ils opèrent la transmission, gèrent le stockage ou organisent la consultation.

2. La définition du fournisseur : l'intégration des plateformes au titre d'un contrôle matériel

Il apparaît donc nécessaire d'intégrer, au sein de l'article 5, 1, *b*, les plateformes au titre de fournisseurs « contrôlant », techniquement et dans les faits, la mise à disposition. On peut, pour se faire, procéder en deux temps.

Selon un premier, il faut définir le critère autorisant à les traiter comme des « fournisseurs » tenus de certaines obligations posées par le texte. Or,

³¹ J. SÉNÉCHAL, « La diversité des services fournis par les plateformes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats » dans CH. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA y F. ZOLL, « The rise of the Platform Economy », *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 1 (5), p. 3. Plus généralement, sur la notion de plateformes et les obligations à leur imposer, Réponse de Trans Europe Experts à la Consultation de la Commission européenne, « L'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage ainsi que l'économie collaborative », 30 décembre 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.transeuropeexperts.eu>.

³² Dans le même sens, SÉNÉCHAL, « La diversité... », *op. cit.*

pour refléter de la meilleure façon le rôle des plateformes, d'aucuns proposent avec raison de les intégrer à la catégorie de « fournisseurs » sur le fondement du critère de la maîtrise ou du contrôle matériel(le) de la mise à disposition des contenus. Plus avant, dans la présentation de la Commission européenne de son agenda pour l'économie collaborative du 2 juin 2016³³, ainsi que dans les travaux de *European Law Institute*³⁴, il est actuellement avancé une définition de ce contrôle sur le fondement de la série de critères non exhaustive suivante : lorsque la conclusion du contrat entre le fournisseur et le client est effectuée uniquement au travers des moyens techniques fournis par la plateforme ; lorsque le mécanisme de paiement est fourni exclusivement par la plateforme ; lorsque les termes et les conditions du contrat entre le fournisseur et le client sont essentiellement régis par la plateforme ; lorsque la plateforme revêt les apparences du fournisseur (du fait des marques qui apparaissent, du marketing effectué, de l'image uniforme imposée par la plateforme à tous ceux qui distribuent des produits par son biais, etc.). En conséquence de quoi, pour intégrer les plateformes dans la définition de l'article 2, 3°, il faudrait ajouter l'idée selon laquelle : « Est assimilé au fournisseur toute personne physique ou morale exerçant une activité d'intermédiation en ligne lui permettant de détenir le contrôle de la mise à disposition du contenu numérique »³⁵, précision étant donné par ailleurs — à l'article 2, 12° —, du faisceau de critères établie selon la liste proposée³⁶.

Dans un second temps, il s'agirait de se demander si toutes les obligations dévolues au « fournisseur » doivent identiquement être endossées par la plateforme. D'un côté, on pourrait plaider pour une assimilation totale, sur le fondement de l'idée qu'elles détiennent le même contrôle que les fournisseurs, ainsi que du constat de leur poids économique dans cette distribution. D'un autre côté, elles pourraient être traitées comme des tiers spéciaux et une sélection pourrait être effectuée parmi les obligations et responsabilités incombant au fournisseur. Dans ce choix, il faudra nécessairement tenir compte des discussions parallèles qui se tiennent à

³³ *Commission Européenne*, « A European agenda for the collaborative economy », 2 juin 2016, pp. 7-8.

³⁴ ELI, propositions du Groupe de travail sur la réglementation des plateformes en ligne, sous la direction de H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, CH. BUSCH et A. WIEWOROWSKA, dont la Proposition de définition du contrôle émise par C. WENDEHORST.

³⁵ A l'article 5, Proposition de directive sur les contenus numériques, il y aurait alors lieu de préciser que le tiers est celui « qui, n'ayant pas le contrôle de la mise à disposition du contenu numérique (au sens de l'article 2.12), exploite un lieu de fourniture physique ou virtuel mettant le contenu numérique à la disposition du consommateur ou permettant à celui-ci d'y accéder et qui a été choisi par le consommateur pour recevoir le contenu numérique ».

³⁶ Il pourrait être ainsi rédigée, selon les propositions effectuées supra note n° 32 : « [L]es critères suivants peuvent être notamment considérés comme des indices de contrôle de la mise à disposition du contenu numérique : marque le contrôle matériel de la fourniture de contenus numériques ; la fourniture des moyens techniques permettant l'exécution du contrat de fourniture de contenu numérique ; la fourniture de moyens de paiement permettant l'exécution du contrat de fourniture de contenu numérique ; la détermination substantielle des termes et conditions du contrat de fourniture de contenu numérique ; l'utilisation d'éléments créant une apparence laissant penser au consommateur que le contrat de fourniture de contenu numérique s'opère avec un fournisseur de contenu numérique ».

l'égard de la consécration d'une « loyauté » des plateformes en droit européen³⁷, ainsi que du sens des révisions envisagées des directives « Service, Médias, audiovisuelles » et « e-commerce ».

IV. LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCONOMIE SPÉCIFIQUE DES CONTRATS DE FOURNITURE DE CONTENUS NUMÉRIQUES

Nonobstant ces difficultés de définition, le texte porte en lui un très grand apport : celui de la reconnaissance de l'échange non monétaire réalisé au sein des contrats de fourniture de contenus numériques (1), à savoir celui de contenus contre des données, échange dont il tient compte pour régir ces contrats (2).

1. La reconnaissance de l'échange « contenus contre données »

Le véritable apport du texte à la réalité de l'économie numérique tient en la reconnaissance de l'échange particulier qui peut sous-tendre la fourniture de ce type de contenus, à savoir celui de ces contenus contre des données, le tout sur des marchés bifaces ou multifaces ouvrant précisément à la valorisation indirecte des données des utilisateurs (les consommateurs n'ont pas conscience de livrer leurs données en échange de services « gratuits » ; celles-ci sont traitées et valorisées dans divers circuits impliquant d'autres acteurs, notamment à des fins de publicités ciblées ou de prédictibilité généralisée de tous les besoins et envies des utilisateurs, permettant aux grands opérateurs d'anticiper voire d'orienter la demande ; plus les utilisateurs sont nombreux, plus la valeur des données augmentent, alimentant les différents marchés en question). Le point est clairement reconnu, dans le considérant 13 de la proposition de directive énonçant que, « (d)ans l'économie numérique, les acteurs du marché ont souvent et de plus en plus tendance à considérer les informations concernant les particuliers comme ayant une valeur comparable à celle de l'argent » ; qu'« (i)l est fréquent que du contenu numérique soit fourni, non pas en échange d'un paiement, mais moyennant une contrepartie non pécuniaire, c'est-à-dire en accordant l'accès à des données à caractère personnel ou autres ». Et le texte d'ajouter, pour justifier de ne pas faire de différence entre les hypothèses de contreparties pécuniaires et non pécuniaires, que, comme « (c)es modèles commerciaux spécifiques sont appliqués sous de multiples formes sur une grande partie du marché », « (é)tablir une distinction en fonction de la nature de la contrepartie serait discriminatoire pour certains modèles commerciaux. Cela inciterait inutilement les entreprises à s'orienter vers une offre de contenu numérique en contrepartie de données. Or il convient d'établir des conditions de concurrence équitables. En outre, il se peut que de moins bonnes ca-

³⁷ Cf. *Commission Européenne*, Consultation sur « L'environnement réglementaire... », *op. cit.*

ractéristiques de performance du contenu numérique fourni moyennant une contrepartie non pécuniaire aient des répercussions sur les intérêts économiques des consommateurs ». La proposition de directive prend donc en considération, à très juste raison et pour la première fois de façon si claire, le fait que les contrats puissent apparaître comme conclu à titre gratuit, sans contrepartie apparente et selon le slogan bien connu pour tant du monde numérique : « quand c'est gratuit, c'est vous le produit ».

Une nuance est néanmoins introduite, propre à grandement nuancer, voir anéantir, l'apport ainsi réalisé. Le considérant n° 14 de la proposition prévoit en effet que, « (e)n ce qui concerne la fourniture de contenu numérique non pas en échange d'un paiement, mais moyennant une contrepartie non pécuniaire, la présente directive devrait exclusivement s'appliquer aux contrats en vertu desquels le fournisseur *demande* des données, comme un nom et une adresse électronique ou des photos, et le consommateur les lui communique de *façon active*, directement ou indirectement, par exemple selon une procédure d'enregistrement individuel ou sur la base d'un contrat qui autorise l'accès aux photos du consommateur ». A l'inverse, précise encore le texte, « (l)a directive ne devrait pas s'appliquer aux cas où le fournisseur recueille les données requises pour que le contenu numérique fonctionne conformément au contrat, par exemple la localisation si elle est nécessaire au bon fonctionnement d'une application mobile, ou à la seule fin de satisfaire à des exigences légales, par exemple lorsque l'enregistrement du consommateur est requis, pour des raisons de sécurité et d'identification, par les législations applicables. De même, la présente directive ne devrait pas non plus s'appliquer aux cas où le fournisseur recueille des informations, y compris des données à caractère personnel, comme l'adresse IP, ou d'autres informations générées automatiquement, comme les informations recueillies et transmises par un cookie, sans que le consommateur ne les ait *fournies activement*, même si le consommateur accepte le cookie. Elle ne devrait pas non plus s'appliquer aux cas où des annonces publicitaires ciblent le consommateur uniquement afin d'accéder à du contenu numérique ». Dans le même sens, l'article 3 pose cette condition que la contrepartie apportée sous forme de données le soit « de façon active par le consommateur »³⁸ et exclut qu'elle soit considérée comme telle lorsque les données font l'objet d'un traitement « strictement nécessaire à l'exécution du contrat ou au respect d'obligations légales, et dans la mesure où le fournisseur ne procède à aucun autre traitement de ces données qui soit incompatible avec cette finalité »³⁹. Autant dire — et c'est tout à fait regrettable — que le

³⁸ Article 3 al. 1^{er} Proposition de directive sur les contenus numériques, consacré au « Champ d'application » : le texte « s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire (...) ».

³⁹ Article 3.4 : « La présente directive ne s'applique pas non plus à toutes autres données que le fournisseur demande au consommateur de lui procurer afin de s'assurer que le contenu numérique soit conforme au contrat ou de respecter des obligations légales, dans la mesure où le fournisseur n'utilise pas ces données à des fins commerciales ».

texte scie la branche sur laquelle il tentait très justement de s'asseoir en excluant les traitements de données les plus fréquents et massifs.

2. Les conséquences de la reconnaissance de l'échange « contenus contre données » en cas de résiliation du contrat

Nonobstant cette importante nuance, qu'il faudrait penser à minimiser, la conséquence de cette analyse est la suivante : le régime proposé, qui se resserre sur quelques règles particulières issues prioritairement du droit de la vente, tient compte de cette spécificité. Cela se lit dans la mise en œuvre du droit de résiliation du consommateur, en cas de non-fourniture du contenu (article 11), de non-conformité de ce dernier (article 13) ou encore lorsque le contrat est à long terme, de durée indéterminée ou d'une durée de plus de 12 mois (article 16).

Dans ce cas, en effet, le fournisseur prendre « toutes les mesures attendues pour s'abstenir d'utiliser la contrepartie non pécuniaire que le consommateur a apportée en échange du contenu numérique et toutes autres données qu'il a collectées dans le cadre de la fourniture du contenu numérique, y compris tout contenu fourni par le consommateur, à l'exception des contenus générés conjointement par le consommateur et d'autres personnes qui continuent à en faire usage (...) » (article 13, 2°, et 16, 4°)⁴⁰. Le considérant 37 précise que l'obligation de s'abstenir d'utiliser les données signifie, au cas où la contrepartie consiste en données à caractère personnel, « que le fournisseur devrait prendre toutes les mesures afin de se conformer aux règles de protection des données en les supprimant ou en les anonymisant de telle sorte que le consommateur ne puisse être identifié par aucun moyen raisonnablement susceptible d'être utilisé par le fournisseur ou toute autre personne. Sans préjudice des obligations d'un responsable du traitement en vertu de la directive 95/46/CE, le fournisseur ne devrait pas être tenu de prendre d'autres mesures concernant les données que le fournisseur a légalement communiquées à des tiers au cours de la durée du contrat de fourniture de contenu numérique ». Le considérant 38 ajoute, lui, que, après résiliation, le fournisseur devrait également éviter d'utiliser le contenu généré par le consommateur.

⁴⁰ Article 13, 2, b et c : quant aux contenus, précisément, le « fournisseur » a l'obligation de procurer « au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu gratuitement, sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé ». La règle emporte des conséquences sur la possibilité de résiliation partielle, cf. considérant n° 42 Proposition de directive sur les contenus numériques : « face à la nécessité de concilier les intérêts légitimes des consommateurs et des fournisseurs, si le contenu numérique fourni sur une certaine période de temps en échange d'un paiement donne lieu à résiliation, le consommateur devrait avoir le droit de résilier uniquement la partie du contrat qui correspond à la période de non-conformité du contenu numérique au contrat. Cependant, dès lors que le contenu numérique est fourni moyennant une contrepartie non pécuniaire, la résiliation partielle est exclue car il est impossible de répartir proportionnellement une telle contrepartie ».

Par ailleurs, sujet actuel s'il en est, qui concerne à la fois le droit de la concurrence⁴¹ et celui de la consommation, un droit à la portabilité de ses contenus se trouve également reconnu. Le considérant 39 précise que, « (a)fin de veiller à ce que le consommateur bénéficie d'une protection efficace quant au droit de résilier le contrat, le fournisseur devrait autoriser le consommateur à récupérer l'ensemble des données que celui-ci a téléchargées, qu'il a produites à l'aide du contenu numérique ou qui ont été générées par son utilisation du contenu numérique. Cette obligation devrait s'étendre aux données que le fournisseur est tenu de conserver en vertu du contrat de fourniture du contenu numérique, ainsi qu'aux données que le fournisseur a effectivement conservées en rapport avec le contrat ».

Cependant, dans les cas où du contenu a été généré par plus d'un consommateur donné, le fournisseur a le droit de continuer à utiliser le contenu généré par ce consommateur dès lors que les autres consommateurs en font aussi usage.

⁴¹ Cf. considérant n° 46 Proposition de directive sur les contenus numériques : « Afin de favoriser cette concurrence, les consommateurs devraient avoir la possibilité d'accepter des offres concurrentielles et de changer de fournisseur. Pour que cela fonctionne dans la pratique, ils devraient pouvoir le faire sans se heurter à des obstacles juridiques, techniques ou pratiques, notamment certaines clauses contractuelles ou l'incapacité de récupérer l'ensemble des données que le consommateur a téléchargées, qu'il a produites à l'aide du contenu numérique ou qui ont été générées par son utilisation du contenu numérique ». Cette préoccupation justifie le droit reconnu aux consommateurs devraient de résilier les contrats à long terme, sous certaines conditions équitables.

La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español

Miriam ANDERSON*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA.—III. ¿QUÉ CAMINO SEGUIRÁ EL LEGISLADOR ESPAÑOL?—IV. LA FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE.—V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: EL CRÉDITO Y LA GARANTÍA.—VI. DOS ASPECTOS ESPECIALMENTE DESTACADOS DE LA DIRECTIVA: 1. El control de solvencia y la tasación del inmueble. 2. La «tolerancia razonable» ante el incumplimiento (¿y la necesidad de reformas no explicitadas?).—VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo recoge en lo esencial la contribución realizada en las jornadas que, bajo el título *La Europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, tuvieron lugar en Barcelona los días 16 y 17 de junio de 2016, bajo los auspicios del Colegio Notarial de Cataluña y la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo que lidera la Dra. Esther ARROYO AMAYUELAS en la Universitat de Barcelona.

Las jornadas y la preparación de este trabajo son, por tanto, anteriores a la publicación del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de 26 de julio de 2016¹, que ha llegado a mis manos dos días antes de presentar el texto para su publicación y al cual se hará referencia únicamente de manera puntual y, por supuesto, apresurada. Cabe apuntar ya desde el inicio, sin embargo, que, como era de esperar, el texto es decepcionante. El grueso de la norma se dedica a la ordenación

* Profesora Agregada de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2014-54267-P y forma parte de los estudios realizados en el seno del Grup d'Estudi de Dret Civil Català (2014 SGR 22) y de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo, de la Universidad de Barcelona, de la que es titular la Dra. Esther ARROYO AMAYUELAS. El texto se cierra para la publicación el 28 de julio de 2016.

¹ Disponible en: <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/sleg7880.pdf> (último acceso: 28 de julio de 2016).

de intermediarios, representantes y prestamistas, sin tocar las cuestiones de mayor calado que, en general, quedan pendientes de desarrollo por parte del Ministerio de Economía y Competitividad o no se abordan en absoluto.

En las páginas que siguen, por razones de tiempo en las jornadas y de espacio aquí, no se analizan todos los aspectos posibles en que la Directiva 2014/17/UE, sobre créditos relativos a inmuebles de uso residencial, podría comportar reformas en el ordenamiento español².

El objetivo es, por supuesto, mucho más modesto. Tras una mirada al estado de transposición de la Directiva en la Unión y una breve reflexión acerca de las posibles vías por medio de las cuales se podría transponer en el ordenamiento español, teniendo en cuenta cuál es, para quien suscribe, la finalidad perseguida por la norma europea, se aportarán algunas reflexiones en torno a su ámbito de aplicación (por razón del objeto, tanto en cuanto a la naturaleza del crédito como al inmueble vinculado o conexo al mismo), y a dos cuestiones que parecen especialmente relevantes y que inciden de manera importante en el panorama español: el análisis de la solvencia (y las consecuencias de su incumplimiento) y los requisitos de tolerancia razonable que se imponen a los acreedores con anterioridad a entablar la vía judicial demandando la efectividad del crédito. Adelanto ya que la primera cuestión se remite, en el Anteproyecto, a desarrollo por parte del Ministerio; la segunda, ni siquiera se aborda.

II. EL ESTADO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

En cuanto al estado de la transposición de la Directiva, que debía haberse llevado a cabo antes del 21 de marzo de este año, destaca (aunque ello no es extraño, especialmente en el ámbito financiero) que la transposición total únicamente se ha llevado a cabo, al tiempo de cerrar estas líneas, en 10 países, otros 4 países la han incorporado parcialmente y se ha iniciado procedimiento por infracción contra 14 países, entre los cuales se encuentran algunos de los sospechosos habituales (como Bulgaria, Rumanía, Croacia y, por supuesto, Grecia, España y Portugal), pero también aparecen otros no tan sospechosos o no tan habituales, como Finlandia, Países Bajos o Suecia³. Esto debe de ser señal de que,

² Esto lo hizo ya, muy tempranamente, uno de los organizadores de la jornada: *vid.* Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *La Notaría*, 1, 2014, pp. 93-98, y, más extensa y recientemente, el mismo autor en «Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE», en I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y M. D. OLMEDO CARDENETE (eds), *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 301-353. Han seguido, por supuesto, otros estudios; se hará referencia puntual a algunos de ellos.

³ «European Commission, Banking and Finance, Monitoring implementation and enforcement of Directives», disponible en: http://ec.europa.eu/finance/enforcement/directives/index_en.htm#mortgage-credit (último acceso: 28 de julio de 2016).

o bien los cambios que introduce la Directiva son importantes para ciertos sistemas y chocan con el lobby del sector financiero; o bien generan costes de transacción relevantes y que se perciben como innecesarios (puede ser el caso, por ejemplo, respecto de la sustitución o complementación de la Ficha de Información que establece la orden de transparencia española de 2011 por el Formulario Estandarizado de Información Personalizada que prevé la Directiva)⁴, o bien, en tercer lugar, aunque en conexión con el primero, se teme que puedan comportar un cambio de sistema desde el punto de vista jurídico, con implicaciones, por supuesto, en el mercado. Quizá este sea el caso de algunos países escandinavos, que tradicionalmente han contado con un procedimiento de ejecución hipotecaria más rápido, seguidos a una cierta distancia tras la crisis por España⁵.

Surge la duda de si estos países, reacios a transponer, ven las previsiones de la Directiva en cuanto a tolerancia ante incumplimientos, por ejemplo, en clave de reforma integral del sistema, quizá de la mano de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que viene sugiriendo entre líneas, para el caso español, que el procedimiento de ejecución hipotecaria es demasiado agresivo. Tal vez ello sea cierto, pero también lo es que abandonar la acción real hipotecaria de la primera mitad del siglo pasado o edulcorarla en extremo alterará —y tal vez para bien, no lo prejuzgo— la configuración del crédito hipotecario en España. Sobre esta cuestión se volverá en breve.

⁴ Téngase en cuenta que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011), se aprobó con posterioridad a la publicación de la Propuesta de Directiva de 31 de marzo de 2011 (COM/2011/0142 final), con lo que tanto la FIPER como la FIPRE (y, por tanto, la oferta vinculante) siguen de manera bastante fiel el esquema del FEIN que prevé la Directiva. Hay algunas salvedades, como la inclusión del apartado relativo a los intermediarios o las advertencias en la publicidad, pero en líneas generales la Orden de 2011 satisface los requisitos previstos en el art. 14 de la Directiva y en su Anexo II. Sin embargo, el ámbito de aplicación que marca el art. 19, al quedar restringido a préstamos o créditos hipotecarios, deja fuera algunos de los supuestos que contempla la Directiva [art. 3.1 letra b)]. Por otro lado, se ha sugerido que, para que tenga consecuencias civiles y no únicamente administrativas, el contenido de la Orden, con las adaptaciones necesarias, debería tener rango de ley; así, A. CASADO NAVARRO, «La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores», 8636, *Diario La Ley*, 2016, Ref. D-403. A mi modo de ver, no obstante, la Directiva no impone el tipo de consecuencias que deban derivarse de la mayoría de sus previsiones. Es, quizá, uno de los puntos débiles más acusados de la norma europea. El FEIN se menciona solo de manera tangencial en el Anteproyecto (art. 10, al transponer el art. 23 de la Directiva sobre préstamos denominados en moneda extranjera) y sencillamente se autoriza al Ministerio de Economía y Competitividad para dictar las normas de transparencia correspondientes (art. 5 del Anteproyecto). Todo apunta, pues, a que el FEIN se incorporará como una corrección a los formularios ya existentes y con el mismo rango.

⁵ Recientemente, puede verse P. KENNA, L. BENJAMINSEN, V. BUSCH-GEERTSEMA y S. NASARRE-AZNAR, *Pilot project - Promoting protection of the right to housing - Homelessness prevention in the context of evictions*, European Commission, 2016, p. 69.

III. ¿QUÉ CAMINO SEGUIRÁ EL LEGISLADOR ESPAÑOL?

En segundo lugar, nos planteábamos en las jornadas qué haría el legislador español cuando finalmente abordase la transposición de la Directiva.

Esto lo formulé durante las jornadas como pregunta, puesto que no me atrevía a asegurar nada. Tenía en mente el recuerdo de otra jornada celebrada en el Colegio de Notarios de Cataluña, en que me correspondió hablar de la transposición de la segunda Directiva de multipropiedad. La Directiva 2008/122 se transpuso con más de un año de retraso e, incluso entonces, por medio de un RDL de urgencia⁶, que sorprendió a muchos.

En nuestro caso se sospechaba que podría ocurrir lo mismo. Aunque la falta de Gobierno, todavía al cerrar estas líneas, sugiriese que la preocupación de la clase política estaba centrada en otros temas, no era de extrañar que, en cualquier momento, apareciese un texto de urgencia para transponer la Directiva 2014/17 y evitar así la sanción.

Si ello ocurriera —comentábamos durante las jornadas— las expectativas no serían buenas. Como en el caso de la propiedad a tiempo compartido, nos podríamos encontrar con una mera transcripción literal de los preceptos de la Directiva, combinados o no con legislación preexistente, que quizá no se aviniese bien con los preceptos de la norma europea, salvo, quizá, en aquellos aspectos (el FEIN y la TAE)⁷ en que la armonización es máxima. Durante el debate que siguió a la ponencia se comentó que tal vez la Directiva 2014/17 no es proclive a esta técnica de incorporación, puesto que en muchos aspectos los términos que emplea son vagos y requieren de un pronunciamiento por parte de los Estados. Sin embargo, también la Directiva 2008/122 adolecía de este defecto en distintos puntos y ello no fue óbice a que se empleara el expediente de la mera copia para salir del paso. Por otro lado, si hacemos caso a algunos de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los últimos meses⁸, quizá se entienda que muchos de los aspectos que trata la Directiva 2014/17 (incluida, por ejemplo, la necesidad de que los acreedores muestren una «tolerancia razonable» antes de iniciar la vía judicial), ya los satisface la legislación española.

Junto a esta (indeseable) «técnica» de transposición, cabía la posibilidad de que, debido a la cantidad de normas en juego, se nos presentase un texto inmanejable (como lo es la L. 15/2015, *de jurisdicción voluntaria*), con múltiples reformas de otras disposiciones y con previsiones transitorias, adicionales y finales contradictorias entre sí.

⁶ El RDL 8/2012, de 8 de marzo, que luego se convertiría en la L. 4/2012, de 6 de julio.

⁷ Aspectos estos, por cierto, que el Anteproyecto no aborda.

⁸ Estoy pensando, en particular, en la STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5714) y en la STS de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016\619), que ponen el acento en las «bondades» del procedimiento de ejecución hipotecaria y en los beneficios que el Tribunal considera que reporta al deudor.

Y, por último, se planteaba la alternativa de que se abordase la cuestión con calma y se decidiese si se quiere mantener el sistema hipotecario y de ejecución actual, cómo se integra de manera efectiva la normativa específica de protección de consumidores en el ámbito inmobiliario y si se estima conveniente dotar a la vivienda de un régimen privilegiado o si, por el contrario, esto generaría más inconvenientes que ventajas⁹.

En cualquier caso, a la vista del Anteproyecto de Ley de 26 de julio de 2016, parece claro que el legislador español no está por la labor de sopesar la conveniencia o no de realizar modificaciones de enjundia. Si bien no se ha decantado por la elaboración de una ley aglutinadora de los distintos aspectos que regula la Directiva, es de prever que genere abundante normativa de desarrollo, lo que no dejará de ocasionar problemas de dispersión. Tampoco adopta en esta ocasión la técnica de la legislación de urgencia, pero, como queda dicho, la tan esperada transposición de la Directiva 2014/17/UE puede quedar, si se mantiene este camino, en una normativa básicamente de ordenación y supervisión de los operadores en el área del crédito inmobiliario, junto con la adopción de ciertas normas de la Directiva de modo prácticamente literal.

IV. LA FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE

Ya durante las jornadas se presentaba como improbable que España tuviese la serenidad necesaria para llevar a cabo estas reformas (o, como mínimo, esta reflexión) de calado, lo que me daba pie para cuestionar si efectivamente la Directiva lo exige, lo incentiva o bien si sigue una línea distinta y responde a directrices también distintas.

La Directiva toca muchos aspectos que requieren de una adecuada y cuidadosa transposición al ordenamiento interno, a algunos de los cuales pretendo referirme en breve, pero creo que no es descabellado decir que su pieza estrella, que, además, como queda dicho, es objeto de armonización máxima, es el FEIN, un documento de información precontractual personalizada y estandarizada en todo el territorio de la Unión, que persigue garantizar la transparencia y permitir que el consumidor compare la oferta que se le formula con otras de competidores.

El modelo, que ocupa cinco páginas en letra de anexo del *DOUE* y va acompañado de otras cinco páginas y media de instrucciones para complementarla, no deja de enmarcarse en la línea de la que hasta a hora la UE considera la forma más eficaz de protección de consumidores: la información. Ni que decir tiene que esta técnica puede conducir y de hecho conduce, a una saturación de información que la puede rendir inservible,

⁹ Desde una perspectiva distinta a la recogida en el texto y con mayor detalle, recientemente ha contemplado las distintas vías de transposición posibles K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial», *Revista de Derecho Privado*, 5-6, 2016 [pp. 3-72], pp. 10-16.

especialmente si no se proporciona de manera gráfica. Desde hace tiempo, Sergio NASARRE se pregunta por qué no se ha elaborado un formulario en forma de tabla, donde se pueda ver, de lado, en columnas, qué ofrece una determinada entidad en comparación con otra. Además, se genera un interrogante que planteó no hace mucho uno de los estudiantes de la Clínica en Derecho Inmobiliario y Mediación Residencial (ClinHab) que llevamos en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona¹⁰. El interrogante que formuló nuestro alumno era por qué tanto interés en estandarizar la información precontractual y no el modelo de contrato en sí mismo. Ya sabemos que la información precontractual es esencial para tomar una decisión y que el contrato posterior debe conformarse a ella, pero ¿por qué una misma entidad financiera puede manejar 30 o 40 minutos de préstamo o crédito hipotecario distintas sin una justificación clara? ¿Por qué una misma entidad redacta de modo distinto una misma cláusula suelo? Aventuro que quizá la solución que sugería Josep M.^a Jiménez Villanueva, así se llama nuestro exalumno y ahora técnico de vivienda, remediaría muchos problemas¹¹.

En este sentido, al menos, el Anteproyecto de 26 de julio de 2016 representa un pequeño paso adelante puesto que, aunque en modo alguno estandariza los contratos, sí se pueden encontrar supuestos en los que se delega en el Ministerio de Economía y Competitividad la fijación de aspectos que deben integrar el contenido de los contratos [así, el art. 5.1 letra a) o el art. 12]. Bienvenida sea, pues, esta iniciativa, que excede de lo que exige la Directiva.

En cualquier caso, entiendo que la Directiva se presenta, en su esencia, como una norma de protección de consumidores, que emplea unas técnicas específicas y se añade a la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas, al tiempo que complementa la Directiva de 2008 de crédito al consumo.

Ahora bien, como es de todos conocido, la protección de los consumidores en el marco de la UE es un instrumento para el buen funcionamiento del mercado interior y, en este caso, surge la duda más que razonable acerca de si lo que persigue es la estabilidad del sistema financiero, por encima de la mejora de las condiciones de vida de los prestatarios. No hay duda de que ambos aspectos deben equilibrarse y pueden (y deberían) ir de la mano, pero la timidez y las expresiones vagas que emplea la Directiva en los ámbitos que más polémica social han generado (el carácter implacable de las ejecuciones, los gastos que se imputan al deudor y que

¹⁰ Desde hace ya cuatro años, la Clínica atiende de manera gratuita consultas sobre vivienda que plantean los particulares, las administraciones públicas o las entidades del tercer sector. La Clínica se enmarca en los proyectos académicos de administración-servicio y de transferencia de conocimientos, de modo que, junto con la formación de los estudiantes en el ámbito de trabajo y en las relaciones con los usuarios, se pretende un retorno directo a la sociedad de parte de lo que se invierte en la formación pública superior. Más información: www.clinhab.com

¹¹ Sin llegar tan lejos, señala también como uno de sus defectos que la Directiva, además de promover un nivel de protección del consumidor relativamente bajo, renuncia a establecer ni siquiera un contenido mínimo de los contratos de crédito ALBIEZ, «Opciones legales...», *op. cit.*, pp. 6-8.

podrían acabar incrementando exponencialmente la deuda residual¹², la reivindicación —a mi juicio equivocada— de una dación en pago obligatoria para el acreedor, etc.) inducen a pensar que la balanza se decantó a favor del sistema financiero, al que se busca proteger de sus propias prácticas de préstamo irresponsable y blindar ante futuras reclamaciones por parte de los consumidores, incrementando (o, al menos, estandarizando) las obligaciones de transparencia formal.

Dicho esto, no obstante, algunas de las previsiones de la Directiva que quizá pasan más desapercibidas pueden tener un impacto importante en el funcionamiento de las entidades de crédito (y repercusiones en la concesión de financiación). Así, por ejemplo, las normas recogidas en el art. 7 de la Directiva sobre remuneración de empleados responsables de la evaluación de solvencia, que impiden condicionarla al número de préstamos o créditos concedidos, deberían repercutir en los salarios, no únicamente del personal de los departamentos de riesgo de las entidades financieras, sino también en el de todos aquellos que tengan delegación de riesgo, como puede ser el caso de los directores de oficinas (al menos, para ciertos tipos de operaciones y siempre que el *scoring* sea positivo). Esta medida en general me parece positiva, aunque tendrá que ser conciliada con la normativa de la propia Unión Europea sobre ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito¹³. Pese a que la política de remuneraciones en España es bastante conservadora, lo cierto es que para los empleados percibir más o menos variables resulta esencial en aras de mantener su nivel de vida. En este punto, en el Anteproyecto (art. 8) se hace una distinción importante: se prohíbe vincular la remuneración de los responsables de la evaluación del riesgo al número o a la proporción de solicitudes de crédito concedidas, pero para el personal «involucrado» en el control de solvencia y en la contratación de los préstamos, únicamente se establece que el número o la proporción de créditos concedidos no puede ser el factor con mayor ponderación en la remuneración. Se trata de una interpretación, por tanto, restrictiva de la Directiva, de modo que los cambios en la política de remuneraciones, de adoptarse finalmente este texto, no serían de amplio alcance. Por otro lado, naturalmente, el cumplimiento de las obligaciones de separar asesoramiento e información puede comportar costes de transacción y de funcionamiento importantes (art. 9 del Anteproyecto, muy fiel en su redacción a la literalidad de la Directiva).

En cualquier caso, en la línea de tantas otras disposiciones de la Unión Europea, la Directiva es una norma de protección de consumidores, en-

¹² Gastos que, en España, se limitaron con la reforma operada por la L. 1/2013, aunque únicamente para las costas en caso de ejecución sobre la vivienda habitual (art. 575.1 *bis* LEC).

¹³ Como consecuencia de la CRD IV (Directiva 2013/36/EC) y los Reglamentos 575/2013 y 1024/2013, España aprobó la L. 10/2014, de 26 de junio, el RD 84/2015, 13 de febrero y, más recientemente, el Banco de España ha publicado la Circular 2/2016, de 2 de febrero. Las directrices de la ABE de 21 de diciembre de 2015 (accesibles en: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1314839/EBA-GL-2015-22+Final+report+on+Guidelines+on+Sound+Remuneration+Policies.pdf>) entrarán en vigor el 1 de enero de 2017.

tendida esta como herramienta necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado único, en el cual se renuncia a profundizar por medio, por ejemplo, de esquemas de *soft law* que pudieran contribuir a la diseminación de un modelo uniforme de garantía inmobiliaria.

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: EL CRÉDITO Y LA GARANTÍA

Llegados a este punto, llama la atención que el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17/UE no sea tan amplio como habría sido de esperar.

Dejando de lado que no define lo que sea un «bien inmueble de uso residencial», pese a contener hasta veintiocho definiciones en su art. 4, la Directiva cubre créditos garantizados con inmuebles de uso residencial, con independencia de la finalidad del crédito, y también créditos destinados a adquirir o conservar derechos sobre inmuebles, aunque no se trate de viviendas¹⁴ y con independencia de que estén garantizados con el inmueble o no.

Esto me parece adecuado. Aunque en España la preocupación esencial es la vivienda, desde el punto de vista de la protección de consumidores debería merecer igual tutela el que adquiera una casa-habitación (quizá lujosa) que el que compre un terreno rústico para fines personales o el que adquiera un trastero para almacenar sus pinturas. Todos son consumidores, todos realizan una inversión importante que puede comprometer seriamente su patrimonio y, por tanto, la protección en cuanto a transparencia, control de solvencia, profesionalidad de los servicios bancarios y de intermediación y contenido contractual, entre otros, debería ser la misma. Si el FEIN que establece la Directiva es un instrumento de protección idóneo, tanto debería serlo para las hipotecas concertadas sobre este tipo de inmuebles como para las que se pacten sobre una primera vivienda.

De hecho, lo que queda en el aire es por qué no alcanza a cubrir (y a esto le podemos llamar una exclusión implícita), pongamos por caso, el préstamo concertado para hacer frente a gastos médicos y garantizado con hipoteca sobre un local comercial o sobre un terreno cualquiera. Este vacío no lo soluciona ni el art. 3.1 letra *b*) de la Directiva ni, a mi modo de ver, la reforma del art. 2 de la Directiva 2008/48, de crédito al consumo,

¹⁴ Sostiene una interpretación distinta ALBIEZ, «Opciones legales...», *op. cit.*, esp. pp. 21 y ss., entendiendo que en todo caso la Directiva rige para viviendas (principales o habituales) y que el art. 3.3, letra *b*) se refiere a segundas residencias, que los Estados podrían excluir del ámbito de aplicación de la norma de transposición. Quien suscribe entiende de modo más amplio la expresión «bienes inmuebles para uso residencial» y, justamente, el art. 3.3 letra *b*) implica la posibilidad de excluir los supuestos de *buy-to-let*, las adquisiciones para inversión particular, no las segundas residencias, que en todo caso quedarían amparadas por la Directiva. Estas distintas interpretaciones seguramente son fruto de la ausencia de una definición clara en la Directiva de los inmuebles para los que quiere regir. En otros puntos (como, por ejemplo, en el art. 17 en relación con la TAE) existen discrepancias entre las distintas versiones lingüísticas del texto que tampoco contribuyen a la seguridad en la exégesis de la norma.

puesto que esta se refiere únicamente a créditos sin garantía real y concertados para la rehabilitación o reforma de un inmueble de uso residencial que asciendan a más de 75.000 €.

Pero la Directiva presenta también exclusiones directas, sin paliativos.

Así ocurre, en primer lugar, con las hipotecas inversas o pensiones hipotecarias [art. 3.2 letra *a*) de la Directiva]. Es obvio que en estos supuestos no tendría sentido el control de solvencia y, además, visto que no podrá reclamarse la restitución del capital ni el pago de los intereses hasta la defunción —generalmente— del hipotecante, en todo caso lo que se compromete es la expectativa a la herencia que puedan tener los parientes del interesado, cosa que comparto no merece especial protección. Sin embargo, no deja de ser llamativo que no se extiendan a los potenciales prestatarios las precauciones en cuanto a publicidad e información precontractual, especialmente cuando, por lo general, se tratará de personas mayores y en situación económica difícil; es decir, se trata del modelo de hipotecante vulnerable y, en cambio, no se le aplican las normas de la Directiva. Es cierto, como explica el considerando 16, que seguramente los datos que deberían constar en la información precontractual serían distintos, pero ¿es este motivo suficiente para renunciar a regular estos casos especialmente delicados?

Por otro lado, conviene destacar también que se excluyen de manera directa del ámbito de aplicación de la Directiva los préstamos concedidos a empleados sin interés o a un tipo de interés inferior al del mercado. Las consecuencias favorables hacen que el nivel de protección se relaje, pero las consecuencias del incumplimiento pueden redundar, obviamente, en la pérdida de patrimonio, incluida por supuesto la vivienda, y en comprometer salarios futuros. ¿Por qué no es necesario en estos casos el FEIN? ¿Por qué no rigen las normas sobre control de solvencia y tolerancia ante incumplimientos? ¿Acaso tiene sentido que un banco preste de manera irresponsable a sus propios empleados y luego sea implacable en la ejecución? Desde el punto de vista del empleado, el «buen negocio» que hace le coloca en inferioridad de condiciones respecto del consumidor en general, sin necesidad de que tenga conocimientos en la materia (puede trabajar en recursos humanos o en cualquier otro departamento que no exija conocimientos financieros); es casi como si comprar de rebajas impidiese reclamar por los defectos del producto adquirido.

Finalmente, en cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva, se permite que los Estados miembros excepcionen la aplicación de ciertos aspectos trascendentes de la Directiva (como son el contenido de la publicidad y el FEIN) respecto de créditos que no tengan por objeto la adquisición o el mantenimiento de derechos sobre inmuebles de uso residencial. Entiendo que la referencia al mantenimiento o conservación de derechos no tiene que interpretarse necesariamente en sentido material, sino que puede atribuírsele el significado jurídico que permite incluir en el ámbito de la Directiva los acuerdos de refinanciación o reestructuración de deudas que eviten la ejecución sobre el inmueble. Pero la previsión ahora comen-

tada implica que los Estados pueden excluir la aplicación de estos aspectos de la Directiva, aunque se garantice el préstamo con un inmueble, siempre que no sea para su adquisición o rehabilitación. Así, por seguir con un ejemplo parecido al empleado con anterioridad, el caso del préstamo destinado a cubrir gastos médicos que se garantiza con la vivienda habitual. Por otro lado, si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue profundizando en la línea del caso *Costea*¹⁵, en el que se consideró consumidor a un abogado que garantizó un préstamo, cuya finalidad se desconoce durante el proceso, con una hipoteca sobre su despacho profesional, al cual representó en la firma, llegará un momento en que haya que aplicar la legislación protección de consumidores también al trabajador autónomo que garantiza deudas empresariales con su vivienda. Todo ello, en la línea del debate actual acerca de la conveniencia de extender esta normativa, en general, también al profesional o empresario que actúe fuera del área en que es experto. Pero todos estos supuestos (y particularmente grave es el del consumidor que hipoteca para garantizar deudas personales) pueden quedar parcialmente excluidos de la transposición de la Directiva 2014/17/UE a voluntad de los Estados.

En peor situación pueden quedar también, de nuevo a criterio de los Estados, quienes concierten una hipoteca (préstamo) puente para mejorar sus condiciones de vida. Tal vez la UE tiene miedo a la burocracia que ella misma genera, y por ello permite excluir préstamos hipotecarios que deberían ser de corta duración, aun sabiendo que constituyen, en muchas ocasiones, una operación de riesgo. Y, en este caso, ni siquiera rige la prevención del art. 3.5, según el cual si se excluyen cierto tipo de créditos el Estado debe proporcionar a los consumidores un sistema alternativo que les brinde información tempestiva sobre las características principales, riesgos y costes de tal operación; en el supuesto de las hipotecas puente, contrástese la previsión del art. 3.5 con el considerando 15 de la misma Directiva, que parte de la premisa de que los Estados puedan excluir la Directiva únicamente si cuentan con ese marco de protección alternativo.

Siempre que haya un sistema de protección adecuado, podrán excluirse también las adquisiciones con finalidad de alquilar el inmueble [art. 3.3 letra *b*)]; son los supuestos conocidos como *buy-to-let*, en que el inmueble es una inversión para el particular. Si se cumple con los requisitos del art. 3.5, podrán excluirse también los préstamos dirigidos a un público restringido, con los demás requisitos que marca el art. 3.3 letra *c*) o los concedidos por las organizaciones a las que se refiere el art. 2.5 de la Directiva 2008/48.

Estas últimas posibilidades de exclusión parecen justificables, pero no así la que hemos llamado exclusión implícita y los restantes supuestos comentados en este epígrafe. Como se comentaba unas líneas más arriba, tan consumidor es quien adquiere su propia vivienda como quien hipoteca cualquier otro inmueble de su titularidad; la deuda puede ser de

¹⁵ STJUE C-110/14, de 3 septiembre de 2015, *Costea*.

importancia y comprometer tanto el propio bien gravado como el resto del patrimonio del deudor. Queda dicho que, con independencia de que cada Estado decida o no dotar de un régimen diferenciado a la vivienda habitual, una Directiva de protección de consumidores no debería excluir directamente ni permitir que los Estados excluyan de su tuición teórica reforzada préstamos que pueden poner en entredicho bienes esenciales. Sin embargo, visto que la Directiva puede llegar a tener un efecto restrictivo del crédito, nada quita que, si se hace uso, por ejemplo, de la exclusión prevista en el art. 3.3 letra *a*), el resultado sea que el acceso a la vivienda se dificulte y, en cambio, no se altere la situación actual si se hipoteca la vivienda para garantizar un préstamo destinado a financiar gastos médicos... o la compra de un bien de lujo. No deja de resultar paradójico que ambos tipos de créditos reciban el mismo trato.

Por todo ello parece adecuado que al establecer el ámbito de aplicación de la norma, el Anteproyecto (art. 2) no haga uso de las facultades de exclusión que prevé la Directiva. En realidad, abarca todo crédito garantizado con hipoteca sobre una vivienda y también créditos cuya finalidad es la adquisición (o mantenimiento) de bienes inmuebles. El Anteproyecto no define lo que deba entenderse por «vivienda» (de hecho, no contiene un listado de definiciones), pero tampoco la califica de habitual ni principal ni permanente, de modo que cabe entender —y conviene que así sea— que la expresión abarca todo inmueble que pueda ser empleado para proporcionar alojamiento, sea este habitual y permanente o bien ocasional. No se excluyen tampoco las compras por particulares con la finalidad de arrendar el inmueble.

VI. DOS ASPECTOS ESPECIALMENTE DESTACADOS DE LA DIRECTIVA

Hay al menos dos aspectos importantes más en la Directiva que quisiera abordar mínimamente. El primero es el control de solvencia y sus relaciones con la tasación y, el segundo, son esas medidas que deben adoptar los Estados para propiciar que los acreedores muestren una «tolerancia razonable» antes de la ejecución, siempre con las miras puestas el discurso en averiguar si los cambios que impone el texto europeo son o no tan radicales como pudiera parecer.

1. El control de solvencia y la tasación del inmueble

En cuanto al control de solvencia, como no podría ser de otro modo, incluye la necesidad de recabar información sobre los ingresos y los gastos del deudor y otras circunstancias económicas y financieras proporcionadas y necesarias, que se obtendrá tanto del propio consumidor como de fuentes externas, sin perjuicio de la aplicación de la normativa de protección de datos. Los términos en que se expresa la Directiva son considerablemente vagos, y no son demasiado concretados por la Directrices de

la ABE sobre evaluación de solvencia de 19 de agosto de 2015¹⁶. En todo caso, las novedades de la Directiva son esencialmente dos, estrechamente conectadas entre sí.

Por un lado, la imposibilidad de conceder el crédito si no se supera el control de solvencia. Aunque no todo el mundo lo entienda así, a mi modo de ver la redacción (en esta ocasión) es clara (art. 18.5 letra *a*) y, por mucho que pueda responder a una visión paternalista de las relaciones entre acreedores y deudores, está en la línea de tantas otras disposiciones de la Unión Europea¹⁷. El principio de libertad contractual o de autonomía de la voluntad no permite, a mi juicio, dar por buena la concesión de crédito ante un control de solvencia que haya arrojado un resultado negativo; es decir, que indique que no hay una elevada probabilidad de que el deudor pueda hacer frente a las obligaciones que asume. Y ello pese a que acreedor y deudor puedan ser plenamente conscientes del riesgo que asumen. Parece esencial a la concesión responsable de crédito que los acreedores realicen este análisis con carácter previo a la concesión¹⁸; sin embargo, es de todos conocido que este no fue siempre el patrón con base en el cual operaron las entidades financieras durante el boom inmobiliario en España.

Interpretado de este modo el art. 18 de la Directiva, contrasta abiertamente con lo establecido el art. 18.6 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia, a tenor del cual «la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará *sin perjuicio de la libertad de contratación* que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, *en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes*».

Por tanto, el cambio de perspectiva es importante. El problema radica en que la Directiva no prevé sanción alguna en el caso de que se conceda el crédito pese a una evaluación de la solvencia con resultado negativo. Por ello nos planteábamos cuál sería la opción adoptada por el legislador español. Parece que la propia Directiva descarta la nulidad del crédito o préstamo, puesto que impide la revocación del mismo en el supuesto de

¹⁶ Directrices de la ABE sobre evaluación de solvencia, 19 de agosto de 2015. Disponibles en: https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1162894/EBA-GL-2015-11_ES_GL+on+creditworthiness.pdf/b74068f2-7a6d-4b4d-976b-130bdce777e5 (último acceso: 23 de julio de 2016).

¹⁷ *Vid.*, en contra de establecer la obligatoriedad del control de solvencia, puesto que, a su modo de ver, incrementaría la litigiosidad décadas después de la concesión del crédito, la opinión de la FEDERACIÓN BANCARIA EUROPEA: *Preliminary EBF position on the Proposal for a Directive on credit agreements relating to residential property*, Bruselas, 31 de enero de 2012, 4, disponible en: <http://www.ebf-fbe.eu> (último acceso: 25 de julio de 2016).

¹⁸ Hasta el punto que cabe razonablemente preguntarse por qué es necesaria una norma que lo imponga. En este sentido, M. CUENA CASAS, «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», *El Notario del siglo XXI*, 68, julio-agosto de 2016. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios> (último acceso: 28 de julio de 2016).

que el control de solvencia no se hubiese llevado a cabo de manera adecuada (salvo si ello es imputable al propio consumidor). Y la razón de ello es bastante evidente: en absoluto interesa al consumidor tener que restituir el capital a raíz de la nulidad. Por tanto, aunque dogmáticamente esto pueda resultar desconcertante, la consecuencia de infringir una prohibición no es la nulidad¹⁹. Otra cosa sería la nulidad parcial, hasta reducir la deuda a lo que razonablemente debió prestarse a la vista de la solvencia del deudor.

A partir de ahí, se abren distintas vías, desde la mera sanción administrativa, al estilo del Código de Consumo Catalán²⁰ o de la Ley andaluza 3/2016²¹, hasta la privación de la posibilidad de acudir a vías ejecutivas por vencimiento anticipado de la deuda, o la subordinación del crédito en caso de concurso, pasando por soluciones como la francesa, que simplemente conlleva la pérdida de intereses remuneratorios (art. 311-48 Código de Consumo)²² o la que suma a ella la exoneración de intereses moratorios (como en Suiza y Bélgica)²³, medidas estas alabadas por el Banco Mundial²⁴.

Pueden proponerse también otras consecuencias ante la concesión del crédito pese a una evaluación de solvencia negativa, como podría ser la pérdida de las garantías accesorias, solución esta que sugirió Ángel SERRANO durante las jornadas. Esta me parece también una posibilidad acertada, visto que la práctica habitual es que, cuando la entidad asume un riesgo elevado a la vista de la capacidad de devolución que acredita el deudor, ofrezca el préstamo exigiendo garantías adicionales. La pérdida de esta sobre-garantía sería razonable en estos casos.

Por otro lado, quizá el modo más eficaz para sancionar el comportamiento irresponsable del acreedor en la concesión del crédito fuera la obligación de acreditar que el control de solvencia se ha superado adecuadamente con carácter previo a la inscripción, de manera que el registrador pudiese negarse a permitir el acceso de la hipoteca al Registro en otro caso. Lógicamente, esto comportaría para el acreedor la pérdida de su principal garantía (y la que justifica el precio del préstamo), con lo que el efecto

¹⁹ En contra, F. ZUNZUNEGUI, «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16, 2014, p. 151; S. NASARRE AZNAR y H. SIMÓN MORENO, «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 139, 2015, esp. pp. 22 y 38 y ss.

²⁰ El art. 332-3.1 letra c) del Código de Consumo de Cataluña, en relación con el art. 331-4 letra s), contempla como infracción grave la contravención de lo previsto en el art. 263-2.4 del mismo cuerpo legal, lo que, de conformidad con el art. 333-1 letra b), lleva aparejado una sanción que puede llegar a los 100.000 €. Hay que tener en cuenta que el art. 263-2.4 sigue teniendo suspendida la vigencia hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso interpuesto contra la L. catalana 20/2014, de 29 de diciembre (Providencia de 6 de octubre de 2015; *BOE* núm. 242, de 9 de octubre de 2015; y Auto de 12 de abril de 2016, *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2016).

²¹ L. 3/2016, de 9 de junio, art. 20 y DF 2.^a

²² Pero *vid.* la STJUE C-565/12, de 27 de marzo de 2014, *Crédit Lyonnais SA*, en cuanto a los efectos prácticos de esta medida.

²³ *Vid.* CUENA, «Evaluación...», *op. cit.*

²⁴ WORLD BANK, *Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*, octubre de 2013, disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/10/18639527/responsible-lending-overview-regulatory-tools> (último acceso: 26 de julio de 2016).

disuasorio estaría asegurado. Por lo demás, esta medida no debería tener consecuencias perjudiciales para el deudor, puesto que el Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo o crédito por falta de inscripción²⁵, y en este caso no habría duda de que la imposibilidad de inscribir sería imputable al acreedor. No se me escapa que esta consecuencia del incumplimiento de la prohibición de conceder el crédito ante una evaluación negativa de la solvencia es, cuanto menos, radical, pero también es cierto que sería muy efectiva y dejaría en una posición adecuada al consumidor (vinculado al crédito en las condiciones pactadas pero sin existir gravamen sobre el inmueble), y el acreedor quedaría menos protegido frente a futuros incumplimientos. Es decir, sería una fórmula que, contrariamente a lo que establece el ya citado art. 18.6 de la Orden de transparencia de 2011, responsabilizaría al acreedor y cumpliría con las previsiones de la Directiva. Como siempre en estos temas, no obstante, es preciso recordar que las entidades conceden crédito de modo distinto (y a precios diferentes) según la garantía con la que cuentan, de manera que la situación resultante de la imposibilidad de constituir la hipoteca tendría efectos claramente perjudiciales para ellas, tanto en su contabilidad como en el momento de hacer efectivas, en su caso, las obligaciones frente a ellas contraídas²⁶.

Como correlativos a la obligación de comprobar la solvencia por parte del acreedor, se unen deberes de proporcionar información por parte del consumidor y la posibilidad de que el acreedor dé por finalizado el crédito en caso de que el consumidor omita información o proporcione información falsa. Por otro lado, incumbe al acreedor cerciorarse de que la información es completa, salvo en las circunstancias dichas de omisión voluntaria de información o de información falsificada por el consumidor.

Pues bien, ante toda esta gama de alternativas y siendo así que se trata de uno de los temas en que el ordenamiento español debe modificarse para su adecuación a la norma europea, resulta que en el Anteproyecto de 26 de julio de 2016 únicamente se hace alusión al control de solvencia de manera indirecta, en el art. 5.1 letra *e*, para establecer que el Ministerio de Economía y Competitividad podrá dictar disposiciones relativas a «la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo». Sobran los comentarios. Difícilmente podía concebirse una fórmula más vaga y además, nuevamente, la intención es que la obligación de evaluar la solvencia y las consecuencias de su infracción queden relegadas al rango de una disposición administrativa.

²⁵ STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010\702).

²⁶ Téngase en cuenta que la aplicación de esta medida tendría efectos inmediatos, sin necesidad de recurrir inmediatamente a la nulidad del crédito o préstamo y sin necesidad tampoco de esperar al momento en que se produzca un eventual incumplimiento. Cfr. CUENA, «Evaluación...», *op. cit.*, quien se muestra partidaria de que las consecuencias de la contravención de la prohibición de conceder el préstamo ante un control de solvencia negativo se produzcan en el futuro, cuando y si se demuestra que el consumidor finalmente no pudo hacer frente a sus obligaciones.

Como segunda cuestión en este marco a la que quisiera hacer referencia, aunque más que una novedad a mí me parece una norma reactiva ante malas prácticas bancarias, es preciso tener en cuenta que, junto con la evaluación en general de la posibilidad de reembolso del potencial deudor, podrán seguir interviniendo ratios como la relación entre deuda e ingresos (*debt-to-income*, DTI), y parece que podrá seguir jugando un papel en la evaluación de la concesión del crédito la proporción entre el valor del bien gravado y el de la deuda contraída (*loan-to-value*, LTV) (véase el considerando 55 de la Directiva). Sin embargo, especifica claramente la Directiva (art. 18.2) que no puede ser elemento prevalente para la concesión del crédito el hecho de que el valor del inmueble exceda del de la deuda o la suposición de que el valor de aquel incrementará, salvo que el crédito se destine a la construcción o rehabilitación del inmueble. A todos nos resulta familiar la idea pre-crisis de que «el tocho» siempre subiría de valor; y de ahí, en parte, que se relajasen los controles de solvencia. No se explican de otro modo los supuestos de hipotecas cruzadas y garantes cruzados, necesarios para cumplir con las reglas de control de solvencia, pero puramente formales, puesto que la concesión del crédito descansaba esencialmente en la efervescencia del mercado inmobiliario.

Por tanto, esta es una norma que me parece positiva, pero ciertamente difícil de fiscalizar, salvo que el órgano de supervisión actúe de manera más diligente a como lo hizo durante la crisis.

Pese a todo ello, la Directiva es consciente de que el valor del inmueble va a jugar un papel relevante, y por esto dedica el art. 19 a procurar la independencia de las tasaciones, pero creo que, al menos a nivel legislativo, esta tarea ya la llevó a cabo el legislador español en 2007²⁷ y luego en 2013²⁸ determinando la necesidad de que las sociedades de tasación que deriven el 10 por 100 de sus ingresos totales de una relación comercial con una entidad de crédito o con un grupo de ellas, así como los servicios de tasación de las entidades financieras, cumplan requisitos adicionales para garantizar esa independencia y evitar conflictos de intereses (art. 3 L. 2/1981). Por otro lado, en 2013 se prohibió a las entidades de crédito la adquisición o mantenimiento de participaciones significativas en sociedades de tasación²⁹. Además, se establece la posibilidad de que el cliente aporte su propia tasación, debiendo la entidad aceptarla siempre que proceda de una sociedad de tasación homologada (art. 3 *bis* I L. 2/1981). En este sentido, pues, parte de los deberes estarían hechos, aunque, por supuesto, ningún sistema es inmune a que

²⁷ Por medio de la L. 41/2007, de 7 de diciembre, posteriormente desarrollada por el RD 716/2009, de 24 de abril.

²⁸ Por medio de la L. 1/2013, de 14 de mayo.

²⁹ Se consideran sociedades de tasación participadas las que están participadas de forma significativa por una o más entidades de crédito cuando aquella participación alcanza, de forma directa o indirecta, al menos el 10 por 100 del capital o de los derechos de voto de la sociedad, o, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la sociedad (art. 3 *ter* 2 L. 2/1981, de 25 de marzo, *de regulación del mercado hipotecario*, reformada por las citadas L. 41/2007 y L. 1/2013).

puedan producirse fisuras en la aplicación de estándares fiables en la valoración y/o en su supervisión³⁰.

Sobre esta cuestión, el Anteproyecto se limita a establecer, una vez más, una remisión a lo que disponga el Ministerio de Economía y Competitividad en cuanto a «la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración» [art. 5.1 letra f)].

2. La «tolerancia razonable» ante el incumplimiento (¿y la necesidad de reformas no explicitadas?)

Retomando aquella cuestión planeada al inicio, sobre si la Directiva nos obliga a un cambio de sistema hipotecario, quisiera finalizar este comentario haciendo referencia a lo dispuesto en el art. 28 de la Directiva y concordantes, pero dejando de lado la cuestión de los intereses moratorios y las penalizaciones por incumplimiento, que fue tratada en otra de las ponencias presentadas durante las jornadas. Me centraré muy brevemente en cuatro aspectos.

En primer lugar, y pese a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido visto por muchos como el salvador externo frente a las atrocidades del sistema español, no está de más recordar que la Directiva en modo alguno impone la tan reclamada socialmente dación en pago extintiva de la deuda. El art. 28.4 únicamente se limita a «prohibir que se prohíba»; es decir, se conforma con impedir que los Estados miembros legislen en contra de los acuerdos tanto de responsabilidad limitada (art. 140 LH) como de dación en pago (art. 1.166 CC).

Sí se preocupa la Directiva, en cambio (y en segundo lugar), por los supuestos en que pueda quedar deuda residual tras una ejecución. Es preciso señalar que, aunque no lo explicita, la Directiva parece dar por sentado que la ejecución se dirigirá en primer lugar contra el inmueble gravado, lo que conduce a cuestionar si es precisa (o, al menos, pertinente) una reforma del sistema español en este sentido; es decir, si conviene limitar la capacidad de elección del acreedor ante el incumplimiento del deudor. Si se parte de la idea popular de que «la vivienda pertenece al banco y el deudor tiene una hipoteca», lo lógico sería que el acreedor ejecutase en primer lugar directamente la garantía; sin embargo, si se parte de la perspectiva técnica del derecho de garantía como accesorio de la obligación y se piensa en supuestos en que el deudor, pese a tener incluso efectivo suficiente para satisfacer la

³⁰ A esto procura poner remedio la actividad del Banco de España. Véase la Circular 3/3014, de 30 de julio, y los datos que publica el propio Banco de España, *Boletín Económico*, julio-agosto 2014, 115, donde se señala que únicamente el 4 por 100 de las tasaciones realizadas en 2013 correspondieron a sociedades de tasación participadas. En la misma publicación (p. 122) puede verse el cuadro que refleja la posible dependencia comercial de las tasadoras de una determinada entidad financiera.

deuda, decide incumplir; la alternativa entre ejecutar la garantía o perseguir los restantes bienes del deudor cobra todo su sentido. No sería recomendable una reforma pensada únicamente para tiempos de crisis, que quizá requieran otro tipo de medidas más ajustadas a la situación y menos duraderas.

Todavía en relación con esta preocupación por la posible existencia de deuda residual, la Directiva prevé que cuando el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, los Estados miembros se aseguren de que se establecen los procedimientos o medidas para que se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución. Ni que decir tiene que esta previsión apunta de plano, en términos del sistema español, al debate acerca de si la subasta es el mejor mecanismo posible (aunque la LJV, por ejemplo, la siga concibiendo como la solución más justa), pero tampoco hay que olvidar que en otros sistemas (en particular, en los de *common law*) la venta no se hace en subasta, sino que ante el incumplimiento del deudor la autoridad judicial, en lugar de decretar el comiso de la finca (idealmente posible en muchas de las formas de garantía propias de estos sistemas), otorga al acreedor poderes para vender y esa enajenación debe ser controlable y fiscalizable para evitar que el acreedor malvenda en aras de cobrar, aunque sea poco, en detrimento de otros acreedores y del propio deudor hipotecante. De ahí, por ejemplo, la previsión del art. 26.2 sobre la necesidad de flexibilidad y fiabilidad del mercado inmobiliario (del considerando 27 se desprende claramente que el art. 26.2 está pensando en estos supuestos).

Esto indica claramente que la Directiva no parte de la idea de que el valor que se emplee para la subasta sea un valor desfasado, como lo es por definición el que sirve de punto de partida de la ejecución hipotecaria española: la Directiva tiene en mente siempre un valor de mercado al tiempo de la ejecución. Está claro, a mi modo de ver, que ha llegado el momento de abandonar esa tasación inicial como punto de arranque de la subasta (si es que esta se mantiene) siendo así que somos el único país de la UE que ejecuta, por definición, sobre la base de valores falsos³¹; o se actualiza el valor al momento de la ejecución o se permite su corrección, pero no se puede vivir en un mundo de valores falsos, cuando tanto está en juego para ambas partes. Por consiguiente, entiendo que ha llegado el momento de corregir las previsiones del art. 682 LEC³² (en sus sucesivas reformas, cada vez más ambiguas) y también resultan injustificables, por conexión, las recogidas en los arts. 670 y 671 LEC; en particular, el art. 671, en la medida en que, en su versión de 2013, parece estar diseñada

³¹ Vid. el gráfico mapa que aportaba A. Luckow, *Roundtable on flexibility, security and Efficiency of the liens in Europe /rights monitoring*, Berlin, 2014, diapositiva 10. Disponible en: [https://www.pfandbrief.de/cms/_internet.nsf/0/816C4814E95362C0C1257D7900363E24/\\$FILE/17_10_2014_Vorstellung_RT-Rechtsmonitoring_Programmrat_Warschau_dt.pdf](https://www.pfandbrief.de/cms/_internet.nsf/0/816C4814E95362C0C1257D7900363E24/$FILE/17_10_2014_Vorstellung_RT-Rechtsmonitoring_Programmrat_Warschau_dt.pdf) (último acceso: 26 de julio de 2016).

³² Precepto este que, si bien puede impedir que el acuerdo sobre el valor de tasación a efectos de subasta conduzca en la práctica a la equiparación con el valor de la deuda, presenta el inconveniente de permitir una reducción del valor a efectos de subasta del 25 por 100, a lo que luego puede haber que sumar las ulteriores reducciones del 30 por 100 (o el 40 por 100) de los arts. 670 y 671 LEC.

da para que quede deuda residual pendiente³³, en lugar de fomentar una venta en la que se obtenga el mejor precio posible por el inmueble. No hace falta decir que no estoy proponiendo una reforma «retroactiva» de los valores sobre los que se asienta la subasta, puesto que es bien sabido que una de las pocas ayudas con las que cuentan los deudores hipotecarios que se vieron atrapados por la crisis es, justamente, que la ejecución parta de valores anteriores al estallido de la burbuja inmobiliaria. Pero una reforma de cara al futuro me parece imprescindible³⁴.

En tercer lugar, el mismo art. 28 prevé que, cuando quede deuda residual tras la ejecución, los Estados miembros deban adoptar medidas para facilitar el pago, con el objetivo de proteger al consumidor. No se refiere a quitas ni a segundas oportunidades, sino a facilidades de pago, aunque el considerando 27 sí apela a que es necesario evitar el sobreendeudamiento a largo plazo. Nos podemos preguntar si sirven a estos efectos las previsiones del art. 579.2 LEC (a mi modo de ver poco eficaces, por impracticables en la mayoría de los casos); la elevación de los mínimos inembargables tras la ejecución (aunque esto rige solo para el supuesto de pérdida de la vivienda habitual en ejecución hipotecaria; art. 1 RDL 8/2011) o las que brinda el propio mecanismo de segunda oportunidad introducido por el RDL 1/2015 (convertido luego en la L. 25/2015), que puede ir más allá de la mera facilitación del reembolso, aunque quizá, por su incardinación en la mecánica concursal, encierre demasiada complejidad y no redunde, por tanto, en una medida efectiva.

Finalmente, aunque es por donde empieza el precepto, el art. 28 de la Directiva impone a los Estados miembros la necesidad de adoptar medidas que incentiven a los prestamistas a mostrarse *razonablemente tolerantes* antes de iniciar un procedimiento de ejecución. Si somos minimalistas,

³³ Aunque la norma se presentó como una mejora para el deudor con hipoteca sobre la vivienda habitual, puesto que elevaba el valor de adjudicación en caso de subasta desierta del 60 por 100 (que había marcado el RDL 8/2011) al 70 por 100, la norma es perversa en cuanto señala que, si lo debido por todos los conceptos asciende a menos del referido 70 por 100, el acreedor podrá adjudicarse el inmueble por solo el 60 por 100 del valor de tasación inicialmente establecido. Con ello, aumentan las posibilidades de que quede deuda residual. Pero, además, pensemos que se está dando un valor distinto, al mismo inmueble, en el mismo procedimiento, dependiendo del monto de la deuda. Entramados de este tipo son insostenibles. Y más se complica todavía la cuestión si giramos la vista hacia el art. 94.5 L. 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*, y observamos que allí se parte de un valor actualizado a los efectos de determinar qué porción del crédito se considera privilegiada, con lo que no necesariamente va a coincidir con el que resulte de una adjudicación en ejecución hipotecaria.

³⁴ Sobre esta cuestión, puede verse también A. SERRANO DE NICOLÁS, «Incumplimiento y ejecución: opciones extrajudiciales eficientes», en E. LAUROBA LACASA y J. TARABAL BOSCH (dirs). *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 337-358; M. ANDERSON, «A general overview of mortgage loans in the context of the crisis in Spain: the effects of the mortgage enforcement legal framework and its recent reforms», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2015 (abril-mayo), 297 bis [pp. 295-309], p. 299; M. ANDERSON, «¿Dación en pago o segunda oportunidad?», *Vivienda y crisis: ensayando soluciones*, Barcelona, Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, 2015 [pp. 153-167], pp. 155-156; J. M. DÍAZ FRAILE, «La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado», en M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y J. P. MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 345-388.

nos podemos preguntar si la tan contestada norma del art. 693 LEC, con sus famosos tres meses de impago para que el vencimiento anticipado legitime para iniciar la ejecución hipotecaria, es suficiente para dar cumplimiento a esta disposición. Parece claro que no. Lo que persigue la Directiva (considerando 27) es que los acreedores sean proactivos e intenten hallar soluciones alternativas a la ejecución tan pronto como se manifieste el riesgo de morosidad. Esto, como también se ha sugerido, abre el debate, en España, acerca de la necesidad de incentivar la refinanciación y, eventualmente, la ampliación del plazo, sin pérdida del rango hipotecario, cosa que, desde esta perspectiva, no supondría un perjuicio para terceros si la hipoteca ya se hubiese constituido de este modo o si una previsión legal lo anunciase³⁵. Además, esta postura parte de la idea de que interesa al segundo o ulterior acreedor que el primero tenga más opciones de cobrar, puesto que de este modo se evita la ejecución y la consiguiente purga de cargas³⁶. Esta es, en parte y con vacilaciones, la tesis que ha ido adoptando la DGRN, apartándose de la letra del art. 4 L. 2/1994, al menos en lo que se refería, inicialmente, a la ampliación del plazo y a anotantes posteriores de embargo³⁷. Me pregunto, sin embargo, si no estamos mirando esta situación con las gafas enturbiadas por la crisis: en un sistema hipotecario que opere sobre un mercado inmobiliario con un crecimiento estable, ¿no sería de esperar que al segundo acreedor le interesase cobrar con lo que sobre una vez cubierto al ejecutante lo que garantizase inicialmente la responsabilidad hipotecaria? O, visto de otro modo, ¿no le podría interesar abonar la deuda para subrogarse? Claramente, ahora no, pero en otras situaciones en teoría más normales, no pondría la mano en el fuego. Por otro lado, los costes de transacción de alterar el sistema de protección de terceros de este modo pueden ser altos.

Ni una palabra dice en Anteproyecto de 26 de julio de 2016 sobre todas estas cuestiones. Únicamente la Disposición adicional primera prevé la posibilidad de que los prestamistas se adhieran al Sistema Arbitral de Consumo u otros mecanismos similares, en la línea de lo previsto en el art. 39 de la Directiva. Nada añade, pues, en cuanto a las cuestiones que más preocupan en el día a día.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir mi intervención en las jornadas, di la que era mi opinión sobre el previsible impacto de la Directiva, en los grandes temas

³⁵ Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Reforma hipotecaria (y iii). Renegociación y refinanciación de préstamos y créditos hipotecarios», *Iuris*, 131, 2008, pp. 34-41.

³⁶ En este sentido, *vid.* A. CARRASCO PERERA, «Novación hipotecaria y conservación de rango por ampliación de plazo de la obligación garantizada», *El Notario del siglo XXI*, 2013, 51. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/analisis-de-la-actual-situacion-hipotecaria-espanola/3525-novacion-hipotecaria-y-conservacion-de-rango-por-ampliacion-de-plazo-de-la-obligacion-garantizada%E2%80%8B> (último acceso: 27 de julio de 2016).

³⁷ Sobre esta cuestión, entre otras, *vid.* las RRDGRN de 22 de noviembre de 2012, 10 de enero de 2013, 4 de febrero de 2013, 21 de abril de 2014 y 14 de mayo de 2015.

(los demás, y hay muchos, no los he mencionado siquiera). Comenté que me parecía posible afirmar que la Directiva es bastante tímida (no hay más que analizar, por citar otro ejemplo, las previsiones sobre hipoteca en moneda extranjera)³⁸, no aporta soluciones radicales, como la tan reclamada dación en pago, y deja fuera algunos aspectos problemáticos. Emplea a sabiendas términos muy poco concretos (tolerancia razonable, antelación suficiente, facilitar el reembolso, o incluso, analizar la solvencia, sin demasiada especificación más). Y no deja de ser una norma de protección de consumidores, entendida esta como herramienta necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior.

Sin embargo, si bien no pienso que la Directiva imponga un cambio radical de sistema a España, aunque sí múltiples reformas de carácter puntual³⁹, algunas de sus previsiones pensadas para otros sistemas y seguramente malentendidas aquí, resultan sugerentes y, en definitiva, si nos silban los oídos, será porque somos conscientes de que algo no funciona. Por tanto, la Directiva nos brinda la oportunidad de aprovechar para encarar una reforma pausada y meditada de nuestro viejo sistema hipotecario que, dicho sea de paso y para reivindicarlo un poco, funcionaba razonablemente bien fuera de épocas de crisis.

No es esta, sin embargo, como se ha ido repitiendo, la opción que parece haber tomado el legislador, a juzgar por el texto publicado el 26 de julio de 2016 como Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Pese a realizar las elecciones adecuadas, a mi juicio, en cuanto al ámbito de aplicación, y dar pasos en la dirección correcta en algunos contados aspectos (así, al prever que pueda haber un contenido mínimo de los contratos de préstamo o crédito que cubre), en general se trata de un texto primordialmente de regulación y supervisión de operadores y cuyo contenido esencial en la mayoría de los restantes ámbitos es la mera remisión a normativa de desarrollo que se encomienda prioritariamente al Ministerio de Economía y Competitividad. El control de solvencia se menciona tangencialmente y las medidas de «tolerancia razonable» antes de la ejecución brillan por su ausencia. Quizá se estima que en España estas cuestiones ya están resueltas. No es así, a mi modo de ver, y es una lástima que se desaproveche una vez más la oportunidad de valorar globalmente el funcionamiento del crédito hipotecario en España, sin las obcecaciones generadas por la crisis, pero sin perder de vista la poca resistencia del sistema ante coyunturas (esperemos) excepcionales.

³⁸ Igual que la Directiva, el Anteproyecto no se pronuncia sobre las comisiones por cambio de divisa (art. 10), cuestión que habrá que reconducir al terreno de las cláusulas abusivas.

³⁹ Una reforma positiva, de la que se hace eco el Anteproyecto (art. 13), es la posibilidad de que el consumidor reembolse anticipadamente el crédito aunque no se haya pactado en el contrato. Pese a ser una práctica habitual aceptarla, la legislación española podía interpretarse en el sentido de que el reembolso o amortización anticipados únicamente eran posibles si había pacto o si el acreedor consentía. *Vid.* BANCO DE ESPAÑA, *Guía de acceso al préstamo hipotecario* (2016), p. 45, disponible en: http://www.bde.es/ff/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf (último acceso: 25 de julio de 2016).

No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo

Esther ARROYO AMAYUELAS*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NO VINCULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.—III. DEL TERRENO CIVIL AL PROCESAL. LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: 1. Principios de efectividad y equivalencia. 2. Particularidades de la apreciación judicial de oficio, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. 3. La compatibilidad del Derecho procesal español con la doctrina del TJUE: 3.1. Cláusulas sobre atribución de competencia territorial. 3.2. Apreciación de oficio en todo tipo de procedimientos: 3.2.1. Procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales. 3.2.2. En particular, el procedimiento de ejecución de laudos arbitrales. 3.2.3. Procedimiento monitorio.—IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA: 1. La prohibición de la interpretación reductora de la validez. 2. Criterios determinantes para la subsistencia del contrato. 3. Si el contrato subsiste ¿cómo se llenan las lagunas? 4. La repercusión de la jurisprudencia europea sobre el Derecho español: 4.1. La modificación del art. 83 TR-LGDCU. 4.2. ¿Se puede eliminar el recurso al Derecho supletorio? 4.3. ¿Y la interpretación integradora? 4.4. ¿Qué piensa el Tribunal Supremo?—V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el art. 6.1 Directiva 93/13, las cláusulas abusivas se tienen por no puestas. Cómo deba articularse esa no vinculación lo determina el legislador nacional. En España, tales cláusulas son nulas. La nulidad no solo la puede alegar el consumidor perjudicado, sino que también la debe apreciar el juez de oficio, en cualquier procedimiento y en cualquier fase del mismo, como ha sido reiterado en numerosas ocasiones por el TJUE. La jurisprudencia del TJUE no solo ha influido en el Derecho contractual, sino también en el Derecho procesal de los Estados miembros, pero las reformas que eran necesarias para dar acomodo legal a la doctrina emanada de sus sentencias han llegado tarde y todavía hay

* Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo y Miembro del Instituto Transjus, Universidad de Barcelona. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2014-54267 y en el seno del Grupo de investigación consolidado por la Generalitat de Cataluña 22 SGR 2014.

que lamentar que sean incompletas y, a veces, poco comprensibles. Por lo general, los jueces españoles son sensibles a la primacía del Derecho europeo, aunque las recientes sentencias del Tribunal Supremo, a propósito de las consecuencias de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios y vencimiento anticipado, podrían dar a entender lo contrario. Este trabajo da cuenta de la evolución de la jurisprudencia del TJUE y, paralelamente, de los cambios a que la misma ha dado lugar en la legislación y en la práctica judicial española, con el fin de poner de relieve hasta dónde llega la protección del consumidor y hasta dónde, quizás, no debería nunca haber llegado. En particular, se analiza el deber del juez de actuar de oficio y el problema de la subsiguiente integración judicial de la cláusula y del contrato tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios.

II. LA NO VINCULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En el Derecho español, la sanción a la abusividad de una cláusula es la nulidad «de pleno derecho». Es una consecuencia automática que deriva directamente del dato que exige «tenerla por no puesta». Así lo establecen el art. 83 TR-LGDCU (en la redacción de antes y de después del año 2014)¹ y el art. 8.2 LCGC². La nulidad de pleno derecho es la sanción que con carácter general establece el art. 6.3 CC para los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, «salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Ese efecto distinto lo prevé el art. 83 TR-LGDCU, que se refiere, precisamente, a la nulidad de la cláusula y no a la del acto o negocio, supuesto que este pueda subsistir sin aquella. Se trata, pues, de una nulidad parcial del negocio. La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas solo protege a una de las partes, el consumidor adherente (art. 8.1 LCGC) y no puede ser invocada por el predisponente (art. 9.1 LCGC)³.

Algunos autores tratan de explicar la diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa a base de acentuar la distinción entre «orden público», cuya contravención daría lugar a la nulidad absoluta, e «interés

¹ El art. 83 TR-LGDCU ha sido modificado por la L. 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014). Como luego se explicará, la reforma da cumplimiento a la STJUE C-618, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

² L. 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998).

³ Vid. M. PASQUAU LIAÑO, «Comentario a los arts. 9 y 10 LCGC y DA 1.ª Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU», en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, Navarra, Aranzadi, 2000 [pp. 271-309; pp. 771-794], pp. 278, 283 y 774-778; J. M.ª MIQUEL GONZÁLEZ, «La nulidad de las condiciones generales», en J. DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007 [pp. 193-223], pp. 212-213; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU», en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2.ª ed., 2015 [pp. 1145-1173], pp. 1151-1152.

público», que se identificaría con la anulabilidad y que sería el interés que subyace en la Directiva 93/13, según el TJUE. Se daría a entender con ello que, no en el primer caso, pero sí en el segundo, sería posible que el consumidor renunciara a la protección⁴. Es una distinción que, por el contrario, en el contexto general del Derecho de consumo, y en el particular de las cláusulas abusivas, la doctrina francesa cree que es mejor abandonar⁵. Además, aunque frecuentemente el TJUE solo utiliza el concepto de interés público⁶, a veces lo ha relacionado con la naturaleza imperativa del art. 6 Directiva 93/13 y de todas las normas que tienen por objeto realizar sus objetivos y, por eso mismo, también se ha referido al orden público al referirse a la protección del consumidor mediante la eliminación de cláusulas abusivas⁷. Quizás las particularidades de los supuestos enjuiciados puedan explicar en cada caso la razón de la distinción terminológica⁸ pero, *a priori*, se diría que no hay diferencias de fondo y que la necesidad de salvaguardar las normas que la sociedad considera fundamentales en el sistema económico, como son, sin duda, las que tienen por objeto proteger al consumidor (art. 51 CE) exigen en todo caso una declaración de nulidad de la cláusula que, a la vez que no permita que sea el predisponente quien la impugne, tampoco se haga depender de que lo haga el consumidor⁹. Por eso el juez deberá actuar de oficio; es un deber y no una mera facultad, como podría haberse inicialmente deducido de la STJUE C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, de 27 de junio de 2000, *Océano* (§§28-

⁴ A. S. HARTKAMP, «Ex Officio Application in Case of Unenforceable Contracts or Contract Clauses. EU Law and National Laws Confronted», en L. GULLIFER y S. VOGENAUER (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford and Portland (Oregon), Hart, 2014 [pp. 467-484], pp. 479-480.

⁵ Vid. art. L. 132-1.6 y L-141-4.2. Sobre el particular, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation. Règles comunes*, en J. GHESTIN (dir.), *Traité de Droit civil*, Paris, Lextenso, 2011, pp. 980-982; A. BEKA, *The Ex Officio Doctrine in European Consumer Law. A Procedural Tool Reinforcing Individual Consumer Litigation* (Luxembourg, Dissertation, 4 de marzo de 2015), p. 162 (ejemplar manuscrito que consulto por amabilidad de la autora).

⁶ STJUE C-168/05, de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (§§35, 38); STJUE C-472/10, de 26 de abril de 2012, *Invitel* (§41); STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (§30); STJUE C-8/14, de 29 de octubre de 2015, *BBVA* (antes *Unnim Banc*) (§19); STJUE C-377/2014, de 21 de abril de 2016, *Radlinger* (§98).

⁷ STJUE C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Asturcom* (§52); ATJUE C-76/10, de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost'* (§50); STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (§48); STJUE C-488/11, de 30 de mayo de 2013, *De Man Garabito* (§44-45); STJUE C-397/11, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jöros* (§30). También se refieren a la naturaleza imperativa de la norma, la STJUE C- 472/10, de 26 de abril de 2012, *Invitel* (§34) y la STJUE C- 453/10, de 15 de marzo de 2012, *Pereničová* (§28).

⁸ HARTKAMP, «Ex Officio...», *op. cit.*, p. 480.

⁹ Entre muchas, STJUE C-234/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon* (§§27, 28): «[...] el art. 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y [...], a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula». J. M.^º MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario al art. 83 TR-LGD-CU», en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex, 2011 [pp. 753-768], pp. 754 y ss. En otros contextos, alejados de las cláusulas abusivas, destacan que el interés público subyacente en las normas de protección de los consumidores exige la intervención del juez de oficio, las STJUE C- 227/08, de 17 de diciembre de 2009, *Eva Martín* (§29) [contratos fuera de establecimientos comerciales]; STJUE C- 32/12, de 3 de octubre de 2013, *Duarte Hueros* (§39) [garantías de las ventas de consumo].

32)¹⁰. El art. 83 TR-LGCU («[...] el juez [...] declarará [...]») expresa bien esa exigencia. Además, a partir de la STJUE C-473/00, de 21 de noviembre de 2000, *Cofidis* (§§ 32-36), quedó claro que la apreciación de oficio no podía referirse solo a las cláusulas abusivas sobre determinación de la competencia judicial¹¹, aunque no sean pocos los pronunciamientos en este ámbito¹².

III. DEL TERRENO CIVIL AL PROCESAL. LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La Unión Europea no tiene competencia sobre Derecho procesal, pero sin un Derecho procesal eficaz los ciudadanos no pueden ejercer los derechos que el legislador europeo les reconoce. De ahí que el Derecho procesal nacional deba pasar el test de los principios de efectividad y equivalencia.

1. Principios de efectividad y equivalencia

De acuerdo con el principio de efectividad, el ejercicio de los derechos que otorgan las normas europeas no debe ser imposible o excesivamente difícil; de acuerdo con el principio de equivalencia, no debe ser más

¹⁰ Así, STJUE C-168/05, de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (§ 38): «[...] justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual [...]». Decididamente, STJUE C-234/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon* (§ 32): «[...] el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial». Además *vid.* STJUE C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Asturcom* (§§ 53, 59); STJUE C-137/08, de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing Zrt* (§ 49); STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (§§ 42, 43); STJUE C- 472/11, de 21 de febrero de 2013, *Banif* (§ 23); STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (§ 41, 46); STJUE C-379/11, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jörös* (§ 27); STJUE C-32/14, de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary* (§ 41); STJUE C-377/14, de 21 de abril de 2016, *Radlinger* (§ 52). Recientemente, la STJUE C-168/15, de 28 de julio de 2016, *Milena Tomášová* (§ 30) cita la STJUE *Pannon* como la sentencia de referencia del deber del juez de actuar de oficio, al efecto de determinar si existe o no responsabilidad del Estado por inaplicación de la jurisprudencia europea por parte del juez nacional.

¹¹ La STJUE *Cofidis* resuelve un caso en que se estima contraria a la Directiva 93/13 la norma interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato. Sin embargo, para algunos ya era evidente que en *Océano*, el TJUE no pretendía limitar su actuación de oficio a las cláusulas atributivas de jurisdicción. Así, BEKA, *The Ex Officio Doctrine...*, p. 203 y n. 1022, con opiniones discrepantes.

¹² Se ocupan del carácter abusivo de tales cláusulas, la STJUE C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, de 27 de junio de 2000, *Océano* (§§ 25-32); STJUE C-243/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon* (§§ 29-35); STJUE C-137/2008, de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing* (§§ 49-56). *Vid.*, por el contrario, STJUE C-413/12, de 5 de diciembre de 2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León* (§§ 48-50), en un litigio en que la asociación que ejerce una acción de cesación no es considerada consumidora.

complicado ejercer esos derechos de lo que lo sería ejercer cualquier otro reconocido por el ordenamiento nacional¹³.

2. Particularidades de la apreciación judicial de oficio, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE

El juez debe apreciar de oficio si una cláusula entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, esto es, si no ha sido negociada y si una de las partes es un consumidor¹⁴. Pero la apreciación de oficio también puede ir referida al contenido de la cláusula y es ahí donde es particularmente relevante que el juez disponga de todos los elementos de hecho y de derecho necesarios¹⁵. En la generalidad de los casos la abusividad podrá deducirse de la misma póliza o contrato en que se basa la reclamación (por ejemplo, porque la cláusula de intereses moratorios, no solo es elevada, sino que además va acompañada de una cláusula de vencimiento anticipado por impago y de una imposición de avales personales); pero si así no fuera, el juez todavía podría decidir a partir de información adicional que exija a las partes, tras la ordenación de la realización de nuevas pruebas, tal y como reconocen numerosas sentencias del TJUE, a pesar del inicial escepticismo de la doctrina¹⁶. Naturalmente, el predisponente deberá poder formular alegaciones en contra y practicar pruebas tendentes a desvirtuar la opinión del juez, porque la apreciación de oficio no excluye la contradicción. El TJUE no exime al juez de dar traslado de su opinión a las partes para su conocimiento y eventual alegación en

¹³ Vid. M. EBERS, «From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata», *European Review of Private Law (=ERPL)*, 4, 2010 [pp. 823-846], pp. 825-826; B. KRANS, «EU Law and National Civil Procedure: An Invisible Pillar», *ERPL*, 4, 2015 [pp. 567-587], pp. 572-576, 580, que no solo se refiere a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas. *In extenso*, P. CRAIG y G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 239-250. En la jurisprudencia, *vid.*, entre muchas, STJUE C-168/05, de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (§24); STJUE C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Asturcom* (§38); ATJUE C-76/10, de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost'* (§47); STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (§46); STJUE C-537/12 y C-116/13, de 14 de noviembre de 2013, *Banco Popular Español* (§45); STJUE C-169/14, de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo* (§31); STJUE C-49/14, de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid* (§40); STJUE C-377/2014, de 21 de abril de 2016, *Radlinger* (§§48-50).

¹⁴ STJUE C-137/2008, de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing* (§§49-51). I. FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA *et al.*, *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 59.

¹⁵ STJUE C-234/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon* (§32); ATJUE C-76/10, de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost'* (§51, 53-54); STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (§44); STJUE C-472/11, de 21 de febrero de 2013, *Banif* (§23); STJUE C-379/11, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jörös*; STJUE C-537/12 y C-116/13, de 14 de noviembre de 2013, *Banco Popular Español* (§42); STJUE C-470/12, de 27 de febrero de 2014, *Miroslav Vašuta* (§42); STJUE C-377/2014, de 21 de abril de 2016, *Radlinger* (§52). Sobre el particular, BEKA, *The Ex Officio Doctrine...*, pp. 246-248.

¹⁶ STJUE C-137/2008, de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing* (§56); STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (§44); STJUE C-472/11, de 21 de febrero de 2013, *Banif* (§24). Mostraba su escepticismo sobre el particular, J. RUTGERS, «Cases: ECJ - Océano Grupo/Cofidis», *European Review of Contract Law (=ERCL)*, 1, 2005 [pp. 88-96], pp. 92 y 96.

contra¹⁷. El TJUE también permite al consumidor renunciar a hacer valer la abusividad de la cláusula abusiva, en el caso de que prevalezca su interés en contratar el bien o servicio. Puede hacerlo, si se ha personado en el procedimiento, o, si no es el caso, mediante recurso posterior a la sentencia, aunque ni una ni otra hipótesis serán frecuentes¹⁸. La rebeldía del consumidor no le priva de sus derechos y, por consiguiente, no puede presuponerse la renuncia a los mismos por el hecho de encontrarse en tal situación¹⁹.

La autonomía procesal de los Estados miembros también exige respeto por el principio de cosa juzgada, para la salvaguardia de la seguridad jurídica, pero ello no podría servir para justificar una vulneración del ordenamiento comunitario²⁰. Además, de acuerdo con el TJUE, la apreciación de oficio se puede producir en cualquier clase de procedimiento²¹ y en cualquier momento procesal²². En general, «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho para ello», como ya se ha indicado²³.

¹⁷ STJUE C-472/11, de 21 de febrero de 2013, *Banif* (§§29-36); STJUE C- 488/11, de 30 de mayo de 2013, *de Man Garabito* (§§52-53).

¹⁸ STJUE C-234/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon* (§35): «Cuando [el juez] considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone» [texto entre corchetes añadido]; STJUE C- 472/11, de 21 de febrero de 2013, *Banif* (§§27, 35). Conforme, M. CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 35-36; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU», en BERCOVITZ (coord.), *Comentario...*, p. 1154.

¹⁹ En relación con un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin la comparecencia del consumidor, *vid.* ATJUE C-76/10, de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost'* (§54). A propósito del juicio monitorio, *vid.*, también, las conclusiones del Abogado General M. SZPUNAR, presentadas el 11 de noviembre de 2015, en el asunto C-49/14, *Finanmadrid* (§44): «[P]or ello, y a menos de reconsiderar la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Banco Español de Crédito, no cabe admitir la postura defendida por los Gobiernos alemán y húngaro, según la cual un juez no debe verse obligado a controlar las cláusulas abusivas en el marco de un proceso monitorio cuando el consumidor permanece pasivo y no formule oposición». En la doctrina, *vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU», en BERCOVITZ (coord.), *Comentario...*, p. 1154.

²⁰ Apela al principio de equivalencia, STJUE C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Asturcom* (§§59-60). *Vid.*, también, ATJUE C-76/10, de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost'* (§§47, 54). La STJUE C-49/14, de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid* (§54) declara contrario al principio de efectividad el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada, en el marco del proceso monitorio, mediante decreto del secretario judicial poniendo fin al proceso, sin oposición del deudor (pero *vid.* ahora el nuevo art. 814 LEC; sobre el particular, *vid. infra* epígrafe 3.2.3). Para un estado de la cuestión, V. FERRERES COMELLA, «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del Derecho de la Unión Europea», *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, 2010, 25, pp. 75-80, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2510/documento/articuloUM.pdf?id=3038> (fecha de la última consulta: 22 de julio de 2016).

²¹ En relación con el proceso monitorio, *vid.* STJUE C-618/2010, de 14 de junio de 2010, *Banco Español de Crédito*. En el procedimiento concursal, STJUE C-377/2014, de 21 de abril de 2016, *Radlinger*, que afirma que (§50): «[...] las características específicas de los procedimientos no pueden constituir un factor que afecte a la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13».

²² En cuanto a la posibilidad de apreciar la abusividad de oficio en apelación, *vid.* STJUE C-397/2011, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jörös*.

²³ *Vid. supra* nota 15.

3. LA COMPATIBILIDAD DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL CON LA DOCTRINA DEL TJUE

La jurisprudencia del TJUE pone a prueba los principios por los que se rige el Derecho procesal en los distintos Estados miembros²⁴. En España, rigen los principios procesales dispositivo (arts. 19, 216 LEC) y de aportación de parte (art. 282 LEC)²⁵ y, como contrapunto, el principio de contradicción, todos ellos contenido esencial del derecho de defensa (art. 24 CE)²⁶. El tribunal no puede abordar cuestiones que las partes no han alegado, tal como exige la congruencia de las sentencias (art. 218 LEC) y, además, deben existir mecanismos para que el juez dé a conocer a las partes su postura. ¿En qué medida la apreciación de oficio impuesta por el TJUE contraviene las normas procesales españolas? El art. 218.1, II LEC establece el principio *iura novit curia* e impone al juez el deber de determinar de oficio el derecho aplicable al litigio, pero no le permite apartarse de la causa de pedir. Es decir, no puede suplir con su actuación la dirección de los intereses privados de los litigantes. Ahora bien, rectamente interpretado, el precepto significa que el juez no podría pronunciarse sobre la abusividad de una cláusula que no tiene relación alguna con el pleito. No puede querer decir, por el contrario, que no puede juzgar la abusividad de una cláusula que constituye el fundamento de la demanda. Si la razón de la no apreciación de oficio es que el actor no puede quedar privado de la tutela que solicita, habrá que replicar que la tutela de los consumidores está por encima de su interés particular²⁷. Por otro lado, el consumidor generalmente permanece en rebeldía, de manera que, por lo menos para él, el principio de aportación de parte carece de efectividad. De hecho, la propia LEC admite derogaciones. Así, el art. 429.1, II LEC permite al juez poner de manifiesto hechos potencialmente probables y sugerir de oficio prueba sobre los mismos; también el art. 282 LEC le otorga la iniciativa en la actividad probatoria siempre que la ley lo prevea expresamente; y el art. 435.2 LEC le reconoce la facultad excepcional de practicar pruebas de oficio, como diligencias finales, al término del proceso²⁸. Ello permite salir al paso del posible riesgo de error judicial, con el consiguiente peligro

²⁴ Sobre el modelo del juez pasivo y las distintas tradiciones procesales nacionales, *vid.*, relativizando las diferencias, BEKA, *The Ex Officio Doctrine...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

²⁵ *Vid.* J. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I. Introducción*, Barcelona-Madrid [et al.], Marcial Pons, 2014, pp. 170-175.

²⁶ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I...*, *op. cit.*, pp. 151-153.

²⁷ Para los argumentos, *vid.* CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, pp. 220-221; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA et al., *Cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 43-44. *Vid.* también el documento de Jueces para la Democracia. Jornadas de Primeros destinos: «La tutela de los derechos del consumidor en primera instancia: cláusulas abusivas, control de oficio por los tribunales y líneas jurisprudenciales recientes en materia hipotecaria» [pp. 1-14], pp. 2-3 (sin datar y sin numerar en el original) <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2012/conclusiones/Latuteladelosderechosdelconsumidor.pdf> (fecha de la última consulta, 22 de julio de 2016).

²⁸ F. CORDÓN MORENO, «Criterios jurisprudenciales sobre el posible control de oficio de la nulidad contractual. Sentencia de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6533)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (=CCJC), 91, 2013 [pp. 251-264], p. 259.

de indefensión para el demandante. Existen otros límites al principio de aportación de parte, que la doctrina asimila al deber de advertencia consagrado en el derecho procesal alemán (*Hinweispflicht*, §§ 136, 139 ZPO), puesto que el juez puede, en audiencia previa, pedir aclaraciones y fijar los hechos controvertidos (arts. 424, 426.6, 428 y 433.4 LEC)²⁹.

Sin embargo, lo cierto es que la doctrina del TJUE sobre el control de oficio de cláusulas abusivas ha obligado a realizar reformas civiles y procesales. Mientras estas no han tenido lugar, algunos jueces han optado por dar cumplimiento por su cuenta a la jurisprudencia europea, pero no otros, que eran claramente contrarios al control de oficio por considerar que las normas procesales son de orden público y los jueces no pueden inventar trámites procesales no previstos por la ley³⁰. Por eso es de celebrar que el legislador español por fin haya actuado. Las primeras reformas posibilitando el control de oficio datan del año 2013 y las últimas son del año 2015. Entre tanto, en el año 2014, se modificó el art. 83 TR-LGDCU, que obliga al juez a dar audiencia a las partes antes de declarar la nulidad de una cláusula abusiva.

3.1. *Cláusulas sobre atribución de competencia territorial*

El Tribunal Supremo había declarado abusiva en numerosas ocasiones la cláusula de atribución de competencia territorial a tribunales distintos de los del domicilio del consumidor (pero *vid.* ahora el art. 90.2 TR-LGDCU, que es más amplio), porque le imponía un desplazamiento que acaso no podía costearse y eso se traducía en un número menor de demandas y en un mayor número de sentencias dictadas en rebeldía; a la vez, redundaba en una notoria ventaja para el profesional, que no tenía que asumir los costes de litigar en los distintos lugares a que dirigía su actividad profesional³¹. Fue la STJUE C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, de 27 de junio de 2000, *Océano*, la que estableció, por primera vez, la posibilidad de que el juez apreciara de oficio la abusividad de esa cláusula, dando preferencia a una interpretación de las normas nacionales de conformidad con la directiva.

Tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil ese mismo año 2000³², el art. 54.2 LEC establece que no es válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. Con todo, cabe preguntarse si es posible la sumisión

²⁹ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I...*, *op. cit.*, pp. 173-175.

³⁰ *Vid.* las referencias jurisprudenciales, en M. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y las cláusulas abusivas*, Madrid, Thomson-Reuters, 2011, pp. 211 y ss.

³¹ L. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 90 TR-LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios...* [pp. 1361-1389], pp. 1378-1379; F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Comentario al art. 90 TR-LGDCU», en CÁMARA (dir.), *Comentarios...* [pp. 934-938], p. 935.

³² L. 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (BOE núm. 7, de 8 de enero), varias veces modificada.

tácita, que se dará cuando el demandado/consumidor no denuncie la falta de competencia mediante la correspondiente declinatoria y conteste la demanda o se mantenga en rebeldía (art. 56 LEC). Queda claro que eso no es posible cuando las normas de atribución de competencia tengan carácter imperativo (art. 58 LEC). Y lo tienen cuando así lo disponga la ley³³. En lo que ahora interesa, esto es, los litigios con consumidores, es lo que sucede en «los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación» (art. 52.1.14.^a LEC) u «otros procesos en materia de contratos de seguro, venta a plazos de bienes muebles y contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública» (art. 52.2 LEC). En tales hipótesis, si se trata de demandar al consumidor, el tribunal competente es el de su domicilio³⁴. Pero ¿y en el resto de casos? El Acuerdo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2008³⁵, dejó claro que, salvo que exista un fuero imperativo especial, no cabe en los contratos celebrados con los consumidores apreciar de oficio la falta de competencia territorial (art. 58 LEC) con fundamento en la prohibición de la sumisión expresa (art. 54.2 LEC), porque siempre es posible la sumisión tácita y, por consiguiente, corresponde al demandado alegar la prohibición de aquella sumisión expresa mediante la declinatoria³⁶. ¿Cómo si la sumisión tácita no fuera en la inmensa mayoría de los casos una sumisión inducida por la existencia de la cláusula! Una vez planteada la declinatoria, el Tribunal Supremo sí que admite, en la línea de lo que ya antes había propuesto la doctrina³⁷, que no se puede excluir en perjuicio del consumidor la prohibición contenida en el art. 54.2 LEC³⁸.

La reforma del art. 52.3 LEC llevada a cabo por la L. 42/2015³⁹, ha establecido un fuero general para los consumidores en los tribunales de su domicilio, sin perjuicio de darles, adicionalmente, la posibilidad de que

³³ En concreto: art. 52.1 reglas 1 a 4 y 4 a 15; art. 52.2 LEC y las demás a las que la propia ley imponga expresamente el carácter imperativo.

³⁴ La L. 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, introduce matices (BOE núm. 239, de 6 de octubre). En lo que ahora interesa, si el consumidor no tuviere domicilio ni residencia en España, podría ser demandado en el lugar en que se encontrara dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en este y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor.

³⁵ *Vid.* <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-Sala-Primera-sobre-cuestiones-de-competencia--Formacion-de-criterios-sobre-las-cuestiones-planteadas> (última consulta: 20 de julio de 2016). También, Auto del TS, de 10 de junio de 2009 (RJ 6452).

³⁶ Para el estado de la cuestión en la jurisprudencia, Ó. MONGE BALMASEDA, «Comentario a los arts. 54, 55, 56 LEC», en F. TORIBIOS FUENTES, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2012 [pp. 168-174], pp. 169-171. Muy crítica con la regulación, CARBALLO FIDALGO, *La Protección...*, *op. cit.*, pp. 226-228. *Vid.* un ejemplo de sumisión tácita, en el Auto TS de 26 enero 2010 (RJ 876).

³⁷ Proponía hacer del art. 54.2 LEC una norma imperativa (solo para el caso de que el consumidor fuera demandado), MIQUEL, «La nulidad...», en DELGADO (COORD.), *Las nulidades...*, pp. 213-214. Así lo entiende también, J. NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, Barcelona-Madrid [et al.], 2015, p. 405: «El tribunal debe tener esas cláusulas por no puestas».

³⁸ Por ejemplo, Auto TS de 7 julio 2009 (RJ 6466); Auto TS de 20 noviembre 2012 (RJ 11080).

³⁹ *Vid.* referencia *supra* nota 34.

puedan elegir donde interponer la demanda. Eso no soluciona el problema de que aquí se trata, no solo porque solo contempla el supuesto de que los consumidores sean demandantes, sino, además, porque siempre se interpretará como un acto voluntario y no inducido, y esta vez, con mayor amparo legal, el hecho de interponer la demanda en los tribunales del domicilio de la empresa. Ello, naturalmente, contribuirá a disuadir a los jueces de su labor de apreciación de oficio de la abusividad de la cláusula. Además, la ley no prevé un fuero imperativo para cuando los consumidores sean demandados (en esos otros supuestos distintos a aquellos para los que este fuero imperativo sí que existe). Por consiguiente, se estará incumpliendo la jurisprudencia del TJUE mientras no se acoja con carácter general la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de la cláusula de suscripción expresa en un contrato con consumidores⁴⁰.

3.2. *Apreciación de oficio en todo tipo de procedimientos*

Las reformas procesales que, a rebufo de la jurisprudencia europea, se han sucedido en los últimos tiempos en España, han sido dictadas para el procedimiento de ejecución de títulos dictados en el ámbito del arbitraje de consumo (laudos), el procedimiento monitorio y el procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales y, en particular, la ejecución hipotecaria. Sin embargo, el proceso declarativo todavía está huérfano del cauce procesal adecuado para que el juez pueda apreciar de oficio las cláusulas abusivas⁴¹. Por otro lado, en las reformas procesales a que se acaba de aludir, la actuación de oficio se circunscribe al momento de presentación de la demanda/despacho de la ejecución, pero, en realidad, la actuación del juez *sponte sua* debería ser posible en cualquier fase o trámite del proceso o incluso en instancias ulteriores⁴². La importante STS de 9 de mayo de 2013⁴³ ha hecho uso de la posibilidad de apreciar en casación la abusividad de una cláusula, a partir de la alteración, de oficio, del motivo por el cual la considera abusiva⁴⁴.

⁴⁰ Aunque dictada para un supuesto de ejecución de laudo arbitral con cláusulas abusivas, la STJUE C-168/15, de 28 de julio 2016, *Milena Tomášová*, es clara sobre la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por desconocer el deber de los jueces de actuar de oficio tan pronto como dispongan de los elementos de hecho y de derecho necesarios.

⁴¹ CARBALLLO FIDALGO, *La protección...*, *op. cit.*, p. 222. Lo remarcan también, con relación al juicio verbal y ordinario, FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA *et al.*, *Cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 54. Al hilo de la distribución entre tribunales civiles y mercantiles, no ve problema, F. MADRID RODRÍGUEZ, «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», *Derecho de los Negocios*, 272, 2013, 1 de noviembre de 2013 [pp. 1-17], pp. 7-9 (edición electrónica).

⁴² J. M.^a FERNÁNDEZ SEIJÓ, *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 170 y 200.

⁴³ RJ 3088. §130: «[...] los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso [...] no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos [...] no es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas».

⁴⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SEIJÓ, *La defensa...*, *op. cit.*, p. 171; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU», en BERCOVITZ (dir.), *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 1154-1155, que matiza

3.2.1. *Procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales*

Aunque la tipología de títulos no judiciales ni arbitrales que traen aparejada ejecución es variada (art. 557.1 LEC), los únicos títulos extrajudiciales que pueden incluir cláusulas contractuales abusivas son la escritura pública y la póliza intervenida por notario. Si se trata de reclamar la ejecución de la hipoteca que garantiza el préstamo que el deudor ha dejado de pagar, el acreedor tiene a su disposición dos tipos de procedimientos judiciales de ejecución: el ordinario y el especial hipotecario. Ambos son bastante expeditivos, pero el procedimiento ejecutivo hipotecario, sobre todo antes de las reformas a las que luego se aludirá, era más beneficioso para el acreedor porque limitaba más que el ordinario las causas de oposición del deudor a la ejecución. Estas causas eran limitadas y venían establecidas en el art. 695 LEC. Entre ellas no figuraba la posibilidad de denunciar la existencia de cláusulas abusivas. Si existía la sospecha de que el contrato contenía alguna, debía entablarse un juicio declarativo ordinario, que no suspendía la ejecución (art. 698.1 LEC) y, por consiguiente, de poco le servía al deudor que el juez le acabara dando la razón si la finca ya había sido subastada. El Tribunal Constitucional español no consideró que eso supusiera una vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE)⁴⁵. Al final, como respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil número 3 de Barcelona, fue la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, la que declaró la inadecuación del Derecho procesal español para dar efectividad a la Directiva 93/13 (arts. 6, 7) porque —y resumo ahora solo lo que interesa— las normas reguladoras del procedimiento ejecutivo no permitían al juez del declarativo suspender la ejecución cuando el contrato contuviera cláusulas abusivas, ni tampoco el deudor podía oponerse a la ejecución por esa misma causa. Que el carácter abusivo de la cláusula debía poder ser apreciado de oficio por el juez que conociera del ejecutivo no lo decía esta sentencia, sino otra anterior en el contexto de un juicio monitorio (STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*). Puesto que se trataba de combatir el riesgo de que el consumidor no formulara oposición, el argumento era aplicable —y aun con mayor motivo— a la apreciación de oficio en el juicio ejecutivo⁴⁶.

que el TS no fue congruente, porque habiéndosele solicitado la nulidad de la cláusula por falta de reciprocidad, acabó resolviendo sobre la falta de transparencia, sin abrir un cauce para la contradicción. Todavía sobre cláusulas suelo, con mejor *modus operandi*, vid. ya la STS de 13 de octubre de 2014 (RJ 5594), comentada por C. GONZÁLEZ CARRASCO, «Cláusula suelo: la falta de transparencia es causa de nulidad distinta de la abusividad alegada y su eventual apreciación de oficio exige una vista que garantice la contradicción de las partes», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 21 de noviembre de 2014 (www.uclm.es/centro/cesco). De acuerdo, S. CÁMARA LAPUENTE, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (=AAMN)*, núm. 55, 2014-2015 [pp. 551-643], pp. 610-611. En otro contexto, correctamente, STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 5714).

⁴⁵ Sobre el particular, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La STJUE de 14 de marzo de 2013: Dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 5, 2013 [pp. 5-25], pp. 8-11.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, «La STJUE de 14 de marzo...», pp. 14 y 15; E. CORDERO LOBATO, «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo ordinario el carácter abusivo de una cláusula...?»

Para dar cumplimiento a la citada STJUE C-415/11, de 14 de marzo 2013, *Aziz*, se promulgó la L. 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*⁴⁷. El art. 695.1.4.º LEC introduce como causa de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que determine la cantidad exigible. Formulada la oposición, se convoca a las partes a una comparecencia y se prevé que, de estimarse, la consecuencia será el sobreseimiento de la ejecución, cuando la cláusula la fundamentase (*vgr.* cláusulas de vencimiento anticipado), o bien la continuación de la ejecución, con inaplicación de la cláusula abusiva (*vgr.* cláusulas de intereses moratorios) (art. 695.3, II)⁴⁸. La L. 1/2013 no establece el control de oficio en la ejecución hipotecaria, sino en sede de disposiciones generales a la ejecución ordinaria de títulos no judiciales (art. 552.1 LEC), pero está claro que esas normas también son aplicables a aquel tipo de ejecución⁴⁹. Además, la ejecución ordinaria también prevé como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas en el título (art. 557.1.7.ª LEC). Los efec-

sula?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 5, 2013 [pp. 26-34], p. 29: «[...] ha de considerarse que esta potestad de control no es exclusiva del juez del declarativo (cuya intervención depende de que el consumidor plantee la correspondiente demanda), sino del propio juez que conozca de la ejecución, como se decidió en la STS 14 de junio de 2002, en relación con el juez del procedimiento monitorio».

⁴⁷ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013.

⁴⁸ El art. 695.4 LEC establece la posibilidad de recurrir la decisión del juez: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior [la existencia de cláusulas abusivas], podrá interponerse recurso de apelación. Este apartado ha sido redactado por la DF 3.ª de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal* (BOE de 26 de mayo). Inicialmente, solo cabía apelación contra el auto estimatorio de la oposición, de forma que la norma prescindía de la igualdad de armas en el proceso al no permitir al deudor oponerse a la desestimación de su oposición. El TC rechazó entrar a jugar la cuestión de constitucionalidad planteada por el juzgado de 1.ª instancia e instrucción de Avilés por posible vulneración del art. 14 (principio de igualdad) y 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) y al final tuvo que ser el TJUE, tras la cuestión prejudicial planteada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón, quien se pronunciara, en STJUE C-169/14, de 17 de julio de 2014, *Banco Bilbao Argentina*, sobre la contravención por el art. 695.4 LEC del art. 7.1 Directiva 93/13 en relación con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. Sobre el particular, *vid.* L. DOMÍNGUEZ RUIZ, «El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *Revista General de Derecho Procesal (=RGDP)*, 35, 2015 [pp. 1-26], pp. 14-16. Creen que la cuestión prejudicial era impertinente y no comparten el razonamiento del TJUE, A. CARRASCO PERERA y K. LYCZKOWSKA, «STJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/14, *Banco Bilbao Vizcaya Argentina*. Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10, 2014, pp. 1-13.

⁴⁹ Actual art. 552.1, II con remisión al art. 557.1 LEC, que a su vez se remite a los números 4-7 y 9 del art. 517.2 LEC. El art. 552.1 LEC, en la redacción dada por la L. 1/2013, no mencionaba la expresión «de oficio», como ahora destaca expresamente el precepto, tras la redacción dada por la L. 42/2015. Para la admisibilidad de la apreciación de oficio en la ejecución hipotecaria, *vid.* CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, *op. cit.*, p. 242; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA *et al.*, *Cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 45; DOMÍNGUEZ RUIZ, «El control judicial...», *op. cit.*, p. 11; C. CASTILLO MARTÍNEZ, *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 96. Cuando la DT 2.ª de la L. 42/2015 establece que el control de oficio será de aplicación a los procesos de ejecución que se inicien a partir del 7 de octubre de 2015, se está refiriendo, en consonancia con su rúbrica, a la ejecución de los laudos arbitrales. *Vid. infra* epígrafe III.3.2.2.

tos son los mismos que en la ejecución hipotecaria (art. 561.1.3.º LEC). Cuando el juez aprecie de oficio la abusividad cláusulas en los títulos ejecutivos debe dar audiencia, por quince días, a las partes. Es la vista previa necesaria para dar cumplimiento al principio de contradicción (derecho de defensa) que la STJUE C-472/11, de 21 de febrero de 2013, *Banif*, entiende que es compatible con el control de oficio⁵⁰. Oídas estas, acordará lo procedente (sobreseimiento o continuación de la ejecución) en el plazo de cinco días hábiles (art. 552.1, II LEC)⁵¹.

La L. 1/2013 permite controlar la abusividad de la cláusula en dos momentos distintos: de oficio, al admitir la demanda y, con posterioridad, tras la oposición del demandado. Se ha dicho que tal duplicidad puede dar lugar a comportamientos obstruccionistas del deudor⁵². Para evitarlo, habría que entender que, desestimada por el juez la abusividad de una determinada cláusula, previa cita en audiencia a las partes, no debería ser posible que el consumidor luego se opusiera a la aplicación de la misma y, mucho menos, si de modo expreso indica su voluntad de que le sea aplicada la cláusula en cuestión. Sí que tendría sentido que el deudor pudiera oponerse si el juez no le citara o si pretendiera denunciar cláusulas distintas a las examinadas⁵³, si bien parece que en el juicio ejecutivo no deberían poderse analizar otras que no fueran las que fundamentan la ejecución o determinan la cantidad exigible (*ex art. 695.1.4.ª LEC*)⁵⁴. Por lo demás, se discute si debe darse audiencia al consumidor. Frente a quien defiende que sí, precisamente para evitar que luego pueda oponerse en una fase ulterior, hay quien cree que, a lo sumo, habrá que dar audiencia al ejecutante, que, por lo demás, será el único que se habrá personado⁵⁵. En el peor de los casos, podría concluirse que el legislador muestra cierta desconfianza en el control de oficio. Si, con o sin comparecencia previa del consumidor, diera por hecho que el examen del juez es *prima facie* y superficial, sería lógico que estimase necesario dar cauce a una eventual oposición posterior.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, «La STJUE de 14 de marzo...», *op. cit.*, pp. 15-16. Además de la STJUE C-472/11, de 21 de febrero de 2013, *Banif*, *vid. todavía* STJUE C- 488/11, de 30 de mayo de 2013, *de Man Garabito*.

⁵¹ La redacción original de la L. 1/2013 establecía un plazo de 5 días y otros 5 para resolver. La redacción actual se debe a la L. 8/2013, de 26 de junio, *de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas* (BOE núm. 153, de 27 de junio).

⁵² Así, Á. CARRASCO PERERA, «La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 2013, pp. 63-64. En cambio, no ve problema, FERNÁNDEZ SEIJÓ, *La defensa...*, *op. cit.*, p. 200.

⁵³ Para las hipótesis, *vid.* CARRASCO, «La Ley 1/2013, de 14 de mayo...», *op. cit.*, pp. 63-64.

⁵⁴ Contrariamente, FERNÁNDEZ SEIJÓ, *La defensa...*, pp. 196 y 197, entiende que al amparo del art. 552.1 LEC la actuación de oficio del juez no se limita a las cláusulas que constituyen el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Tampoco cree que deba limitarse a ese tipo de cláusulas abusivas la oposición del art. 557.1.7.ª LEC (*op. cit.*, p. 201).

⁵⁵ Para esta última solución, FERNÁNDEZ SEIJÓ, *La defensa...*, pp. 175-176. Le sigue, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU», en BERCOVITZ (coord.), *Comentario...*, *op. cit.*, p. 1154. Distintos pareceres, DOMÍNGUEZ RUIZ, «El control...», *op. cit.*, p. 8.

3.2.2. *En particular, el procedimiento de ejecución de laudos arbitrales*

El art. 57.4 TR-LGDCU establece que los convenios arbitrales con los consumidores, distintos del arbitraje de consumo, solo podrán pactarse una vez surgida la controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Se añade que los convenios arbitrales pactados contraviniendo esa disposición son nulos, lo cual enlaza con el art. 90.1 TR-LGDCU, que precisa que son abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. Ambos preceptos deben ponerse en relación con el art. 83.1 TR-LGDCU que, como se sabe, prevé que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Sin embargo, las Audiencias Provinciales se han enfrentado durante largo tiempo a la cuestión de si el juez llamado a ejecutar el laudo podía controlar de oficio la nulidad de la cláusula no negociada de sumisión a arbitraje⁵⁶. Por lo general, frente al argumento de que los laudos arbitrales debían quedar exentos de ese control porque el árbitro ya ha tenido antes la oportunidad de juzgar la abusividad, o porque la cosa juzgada impediría un nuevo pronunciamiento, o porque al regular el despacho de ejecución el art. 551 LEC limita el control judicial al cumplimiento de los requisitos y presupuestos procesales, mayoritariamente se venía rechazando la ejecución del laudo con argumentos diversos, aunque solo algunas Audiencias esgrimían la primacía de la jurisprudencia europea dictada hasta la fecha⁵⁷. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao planteó finalmente la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Asturcom*, la cual, apelando al principio de equivalencia, imponía a los jueces que conocieran de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme el deber de apreciar de oficio la abusividad de la cláusula, solo si con arreglo a las normas procesales internas también pudieran apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público (§53). Es

⁵⁶ Vid. un estado de la cuestión en D. MARCOS FRANCISCO, «La ejecución del laudo arbitral de consumo: ¿Cabe denegarla por invalidez del convenio arbitral?», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje* (=RIEDPA), 2, 2009 [pp. 1-23], pp. 19-20, www.riedpa.com; A. J. LAFUENTE TORRALBA, «Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente», *Revista de Derecho Civil* (=RDC), 2, 2015 [pp. 181-205], pp. 195-197. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. En general, sobre el tema, vid. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación..., op. cit.*, pp. 217-227; CARBALLO FIDALGO, *La protección..., op. cit.*, pp. 230-234.

⁵⁷ Entre muchos, vid. AAP Madrid (Sección 20) de 25 de abril de 2008 (JUR 178288); AAP Barcelona (Sección 15.^a) de 19 de enero de 2009 (AC 578), sobre la base de la STJUE C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, de 27 de junio de 2000, *Océano*; y la STJUE C-473/00, de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*. Vid. CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, p. 231, n. 235, para otras resoluciones con el mismo fundamento. Contra, SAP Madrid (Sección 14.^a) de 12 de noviembre de 2004 (JU 312564) y, de nuevo, CARBALLO FIDALGO, *La protección..., op. cit.*, p. 231, nota 237, para un muestreo de las audiencias que juzgaban en sentido contrario.

decir que, de acuerdo con esa sentencia y otras resoluciones posteriores⁵⁸, solo si el juez competente para ejecutar el laudo podía actuar de oficio y denegar la ejecución por contravenir el laudo las normas de orden público, según la legislación española, debería también hacerlo para apreciar la nulidad de la cláusula arbitral contraria a la Directiva 93/13.

Durante mucho tiempo el legislador español ha permanecido inerte y no ha despejado la duda de si en la ejecución del laudo podía el juez actuar de oficio. La L. 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la L. 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento civil*⁵⁹ trata de poner fin a esa situación, más parece que para dar carta de naturaleza a la jurisprudencia consolidada, que ha apelado a los argumentos más diversos para legitimar la actuación de oficio del juez de la ejecución, que por necesidad de dar cumplimiento a la STJUE *Asturcom*, que, como se ha visto, solo invocaba el principio de equivalencia. De acuerdo con la Exposición de Motivos, § 5 de la L. 42/2015:

«[...] Se da cobertura a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009 y al criterio consolidado en nuestra jurisprudencia al incorporar la posibilidad del control judicial de las cláusulas abusivas en el despacho de ejecución de laudos arbitrales, al igual que ya está previsto para los títulos no judiciales».

Ahora bien ¿dónde se encuentra esa reforma? La L. 42/2015 no modifica el art. 552.1, II LEC para incluir en él el deber del tribunal de examinar de oficio las cláusulas abusivas de los laudos, porque el precepto continúa refiriéndose exclusivamente a los títulos ejecutivos citados en el art. 557.1 LEC que, como se sabe, no los incluye. Es únicamente la Disposición Transitoria [=DT] 2.^a, 3 L. 42/2015 a que prevé la posibilidad de advertir de oficio la nulidad de la cláusula abusiva de un laudo, a partir de declarar aplicable a esa situación la disposición relativa al proceso monitorio prevista en el párrafo anterior de esa misma norma. Eso solo afecta a los laudos que aún no se hayan ejecutado. Para esos casos, cuando el juez apreciara que alguna cláusula puede ser abusiva dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el art. 561.1.3.^a LEC. Parece que solo algunos desgraciados errores en la tramitación parlamentaria pueden explicar la desaparición de un tercer párrafo en el art. 552.1 LEC expresamente referido a los laudos y para remediar, en lo posible y siquiera parcialmente, ese resultado, la doctrina propone una interpretación correctora del párrafo 1 de la DT 2.^a que, de acuerdo con su rúbrica («procesos monitorios y ejecución de laudos arbitrales»), permita entender que el control de oficio se extiende a la

⁵⁸ ATJUE C-76/10, de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost'* (§§53-54); STJUE C-470/12, de 27 de febrero de 2014, *Miroslav Vašuta* (§42). En la STJUE C-168/15, de 28 de julio de 2016, *Milena Tomášová*, el matiz del §32 desaparece en el §36. Con todo, es posible que el TJUE esté dando por hecho que la norma nacional impone al juez la obligación de poner fin a la ejecución del laudo arbitral cuando este contravenga la ley o el orden público.

⁵⁹ *Vid.* la referencia, *supra* nota 34.

ejecución «de laudos» y, por consiguiente, también a los que inicien tras la entrada en vigor de la L. 42/2015⁶⁰.

3.2.3. *Procedimiento monitorio*

El procedimiento monitorio, que hoy no tiene límite de cuantía, es frecuentemente utilizado por los bancos acreedores para reclamar saldos impagados en contratos de préstamo o tarjetas de crédito. Se trata de un procedimiento rápido y sencillo de reclamación de deudas que da lugar a un auto despachando ejecución si el deudor no se opone; si, por el contrario, se plantea tal oposición, entonces se abre la vía al juicio declarativo que corresponda (verbal u ordinario). Antes de la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de crédito*, la LEC no contemplaba la posibilidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas (referidas, frecuentemente, a intereses moratorios). En aquella sentencia, el TJUE declaró que, si tiene los elementos de hecho y de derecho necesarios para declarar una cláusula abusiva, el juez debe hacer ese control, incluso antes de la admisión a trámite de la petición del acreedor.

La L. 1/2013 limitaba el control de oficio de las cláusulas abusivas a los títulos ejecutivos extrajudiciales y no se refería al procedimiento monitorio. En este tipo de procedimientos, la admisión a trámite de la petición no corresponde al juez sino al secretario judicial (ahora, «letrado de la administración de justicia»)⁶¹. La regulación vigente hasta hace poco tiempo establecía que si el secretario judicial estimaba la existencia de cláusulas abusivas o consideraba que la cantidad no era correcta, debía dar cuenta al juez para que resolviera sobre la admisión a trámite de la petición; pero si no era así o el secretario no compartía la opinión previa que le había manifestado el juez (a propósito de la abusividad de las cláusulas), este no tenía ninguna intervención. Aun así, despachado el requerimiento de pago, si el deudor se oponía, el juez todavía podía intervenir de oficio en el juicio declarativo posterior; o, si no se oponía, en el momento de despachar ejecución, que era el primer momento en que el juez pasaba a tener conocimiento del asunto⁶². Desde luego, admitir que el control judicial de oficio era posible suponía prescindir del efecto de cosa juzgada del decreto del secretario poniendo fin al procedimiento (art. 816.2 LEC)⁶³ y, naturalmente, no todos los jueces lo entendían así.

⁶⁰ R. HINOJOSA SEVILLA, «El arbitraje y los errores legislativos», *El Notario del s. XXI*, 68, 2016 (julio-agosto), disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/arbitraje-y-mediacion/6060-el-arbitraje-y-los-errores-legislativos> (última consulta: 21 de julio de 2016).

⁶¹ *Vid.* LO 7/2015, aprobada el 21 de julio, de Reforma de la LOPJ (BOE núm. 174, de 22 de julio).

⁶² LAFUENTE, «Los obstáculos...», *op. cit.*, pp. 198-199; Jueces para la democracia, «La tutela de los derechos...», *op. cit.*, pp. 4-5; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA *et al.*, *Cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 54-58.

⁶³ LAFUENTE, «Los obstáculos...», *op. cit.*, pp. 200-203.

La práctica judicial variaba considerablemente y aunque algunos jueces del proceso monitorio entendían que, al ser ese un cauce procesal inadecuado para juzgar la abusividad, lo procedente era desestimar la petición del acreedor, la mayoría ha optado por lo contrario y ha realizado de oficio el examen en el momento de decidir la admisión a trámite de la solicitud del acreedor⁶⁴. No toda la doctrina se mostraba de acuerdo en ese control, por entender que suponía una desnaturalización de un procedimiento cuya esencia es que sea ágil y rápido⁶⁵. No menores han sido las dudas en cuanto a la posibilidad de control en el momento de despachar ejecución⁶⁶ y, muchas veces, como ya se ha dicho, la negativa era fruto de entender que la resolución del secretario poniendo fin al proceso monitorio tenía fuerza de cosa juzgada. Finalmente, tras la cuestión prejudicial del juzgado de Primera instancia de Cartagena, de fecha 3 de febrero de 2014, la STJUE C-49/14, de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid*, vuelve a recordar su jurisprudencia anterior y concluye que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación. Pero ya antes de que se dictara esa sentencia, la L. 42/2015 daba cumplimiento a la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, y añadía un nuevo apartado 4 al art. 815 LEC en que introducía el control de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio (aunque, de acuerdo con la reforma efectuada por la L. 8/2013, de 26 de junio, ese control ya era posible en un momento posterior, esto es, al instarse la ejecución del decreto del secretario/letrado de la Administración de justicia)⁶⁷. De acuerdo con aquel apartado, el secretario/letrado, previamente a efectuar el requerimiento de pago, debe dar cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que determine la cantidad exigible.

⁶⁴ Vid. AAP Madrid (Sección 19), de 4 de marzo de 2013, con reunión del Pleno de los Magistrados de las Secciones Civil de la Audiencia Provincial de Madrid y allí los votos particulares. Sobre el particular, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Monitorio y cláusulas abusivas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3, 2013 (BIB 2013\1154), donde señala posibles límites de la interpretación del Derecho español de conformidad con el europeo. Para un estado de la cuestión, G. SANCHO CERDÁ, «Control *ad limine* de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (STJUE 14 de junio 2012). Proceso Monitorio y Proceso de Ejecución del Título no Judicial», *Práctica de Tribunales*, 6 de febrero de 2013 [pp. 1-6], pp. 2-3 (versión electrónica). Mucho más sucinto, F. GARCÍA-ORTELLS, «El control judicial de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio tras la reforma operada con la Ley 42/2015», *Diario La Ley*, núm. 8765, de 19 de mayo de 2016 [pp. 1-8], p. 5 (versión electrónica).

⁶⁵ Así, DOMÍNGUEZ RUIZ, «El control...», *op. cit.*, p. 21. Contra, LAFUENTE, «Los obstáculos...», *op. cit.*, pp. 198-203 y, especialmente, p. 199, nota 36, donde rebate la opinión de la autora.

⁶⁶ Para un estado de la cuestión en la jurisprudencia, *vid.* CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, *op. cit.*, p. 235.

⁶⁷ DF 4.^a, 1. *Vid. supra* referencia en nota 51. Por eso es muy crítico con la reforma, J. PICÓ JUNOY, «Requiem por el proceso monitorio», *Justicia*, núm. 2, 2015, pp. 523-528.

La reforma se justifica en la Exposición de Motivos (§V, I):

«... Por último, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, donde, tras el examen de la regulación del proceso monitorio en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida “que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor; cuando este último no haya formulado oposición”».

La reforma no limita el derecho de oposición del deudor y, de nuevo, la ley prevé un doble cauce para fiscalizar las cláusulas abusivas: de oficio y a instancia de parte (art. 815.1 LEC). Según la Exposición de Motivos (§V, II):

«[...] Se introduce en el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permitirá al juez, previamente a que el secretario judicial acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras dar audiencia a ambas partes, resolver lo procedente, sin que ello produzca efecto de cosa juzgada, como exige la normativa europea».

El nuevo art. 815.4 LEC admite que cuando existan cláusulas abusivas el juez desestimarán de oficio la petición («improcedencia de la pretensión») o bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Lo primero será procedente cuando la cláusula abusiva constituya el fundamento de la petición (*vgr.* cláusulas de vencimiento anticipado), de manera que si la cláusula solo condiciona la cantidad exigible, lo lógico será que el auto decreta la continuación del procedimiento, esta vez sin aplicación de la cláusula considerada abusiva. Hubiera sido necesaria una mayor precisión legal en torno a este punto. Si se eliminara la cláusula abusiva de intereses moratorios, no por ello se infringiría el requisito de que la deuda fuera líquida y determinada (art. 812.1 LEC), puesto que ya el mismo art. 815.3 LEC permite al secretario/letrado de la administración de justicia proponer una rebaja en la cantidad⁶⁸. Si el tribunal no estimase la existencia de

⁶⁸ Este mismo artículo parece que es el que permite prescindir de la declaración de abusividad, de manera que, en aras a la celeridad del proceso, se prescinde de la audiencia de las partes, con el fin de no colapsar a los juzgados, según PICÓ JUNOY, «Réquiem...», *op. cit.*, pp. 527-528. También *de lege ferenda*, LAFUENTE, «Los obstáculos...», *op. cit.*, p. 199, nota 36, consideraba necesario que el juez pudiera de oficio estimar la nulidad, pero sin tener que oír previamente al deudor «a fin de ahorrar dilaciones innecesarias y estrechar el margen de posibles conductas fraudulentas. La apertura para el deudor de un trámite de alegaciones previo a la declaración *ex officio* de nulidad implica ponerle sobre aviso del “ataque” que se cierne sobre su patrimonio y le permite ganar tiempo para poner sus bienes fuera del alcance del acreedor, especialmente los de mayor volatilidad [...]».

cláusulas abusivas, lo declarará así y el letrado procederá a requerir de pago al deudor.

La actuación de oficio va seguida de la necesaria audiencia a las partes (por cinco días) y oídas estas, el juez resolverá lo procedente mediante auto durante los cinco días siguientes. La reforma salva el principio de contradicción: el acreedor debe poder decir lo que convenga a su derecho y, por supuesto, el deudor podría querer renunciar a la protección que se le ofrece y manifestar que tiene intención de atender al requerimiento de pago. Lo que no queda claro es si la resolución del juez produce efectos de cosa juzgada. El articulado solo afirma que es posible la apelación del auto judicial (art. 815.4, IV LEC; art. 455.1 LEC), pero no es verosímil que se refiera a eso la Exposición de Motivos transcrita cuando afirma que la resolución judicial no produce efectos de cosa juzgada. Si la decisión que desestima la petición del acreedor no los tiene, entonces, aunque no proceda el monitorio, todavía sería posible ir a un declarativo posterior para plantear la reclamación con idéntica cláusula. Si eso es lo pretendido por el legislador, cobraría fuerza la idea de cierta desconfianza en el control de oficio, quizás con razón a la vista del escaso plazo que se concede a las partes para alegar lo que a su derecho convenga. Desde luego, la cosa juzgada no se ve afectada si el acreedor se conforma con instar nuevamente el proceso monitorio, una vez suprimida la cláusula abusiva (es una reclamación distinta). En fin, quizás la expresión tan solo trate de afirmar que en el momento de proceder a la ejecución el juez todavía puede volver a revisar la abusividad de las cláusulas (lo cual sería redundante). O quizás tan solo se pretende recordar que la resolución del juez desestimando la nulidad de las cláusulas no impedirá al deudor oponerse en la ejecución (art. 816.2 LEC), aunque eso solo debería ser posible si antes no hubiera tenido la posibilidad de decir lo que conviniera a su derecho o si pretendiera denunciar la abusividad de cláusulas distintas de las examinadas por el juez con anterioridad⁶⁹.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Se trata de ver ahora si la nulidad de una condición general o cláusula no negociada declarada abusiva comporta la nulidad total o parcial del contrato y, en este último caso, con base en qué criterios debe poder integrarse la laguna. El discurso girará esencialmente en torno a las cláusulas de intereses moratorios.

1. La prohibición de la interpretación reductora de la validez

Tradicionalmente, la jurisprudencia española había actuado con cierta dosis de arbitrariedad a la hora de prever las consecuencias de la nulidad de la cláusula abusiva de intereses moratorios en los créditos y préstamos

⁶⁹ En otro contexto, *vid. supra* lo dicho en texto correspondiente a notas 52 y 53.

de dinero⁷⁰. En ocasiones, los tribunales decidían reducir los intereses a 2,5 veces el interés legal del dinero, por entender que resultaba aplicable, por analogía, lo que el art. 20.4 de la L. 16/2011, de crédito al consumo (ahora también el art. 89.7 TR-LGDCU), permitía cobrar como intereses (remuneratorios o moratorios) para los descubiertos en cuenta corriente⁷¹; o, en otra variante, la abusividad se declaraba a partir de la superación de 2,5 veces el interés remuneratorio⁷². Otras veces decidía imponer el porcentaje que el propio juez situaba en el límite de lo tolerable. Se trataba de cantidades que, por lo general, oscilaban entre el 18 por 100 y el 20 por 100 del nominal y, muchas veces, se apreciaba teniendo en cuenta la diferencia con el retributivo pactado, así que se consideraba abusivo si lo triplicaba⁷³. Otra forma de moderar era la que resultaba de una reinterpretación de la cláusula, a base de entender que, a pesar de la declaración de vencimiento anticipado del préstamo, únicamente el capital pendiente de amortizar en la fecha de esa declaración no quedaba sujeto al interés del 29 por 100 que el juez había estimado abusivo⁷⁴.

El TJUE no admite que el juez pueda manipular la cláusula abusiva dejándola en los límites de lo legalmente permitido. Lo deja claro en la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, a propósito de una cláusula abusiva de intereses moratorios en un préstamo personal. La sentencia fue dictada con ocasión de la cuestión prejudicial de un juez español, que preguntaba si un interés moratorio del 29 por 100, que claramente era abusivo, podía ser reducido al 19 por 100. El TJUE entendió que el juez nacional no podía modificar el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor, porque ello hubiera contribuido a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De acuerdo con el razonamiento del TJUE,

⁷⁰ Sobre el particular, CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, *op. cit.*, p. 203; MADRID RODRÍGUEZ, «El nuevo escenario...», *op. cit.*, pp. 3-6; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 85.6 TR-LGDCU», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 1237-1238; A. AGÜERO ORTIZ, «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!» [pp. 1-15], pp. 1-2, disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/archivos/4669> (última consulta: 16 de julio de 2016). Con notoria impropiedad, la jurisprudencia incluso se ha pronunciado sobre la abusividad del interés remuneratorio de un préstamo sin garantía real, que ha considerado tan susceptible de moderación como el interés moratorio. *Vid.* SAP de Toledo, de 23 de junio de 2014 (AC 1450).

⁷¹ Antes, art. 19.4 L. 7/1995, de 23 de marzo, *de crédito al consumo* (BOE núm. 72, de 25 de marzo). *Vid.* STS (Civil, Sala 1.ª) de 23 de setiembre de 2010 (RJ 7296). A partir de una reinterpretación del art. 89.7 TR-LGDCU, es partidario de esa solución, MIQUEL, «Condiciones generales abusivas...», *op. cit.*, p. 247.

⁷² AAP Lleida (Sección 2.ª) de 6 de febrero de 2015 (JUR 121945).

⁷³ SAP Barcelona (Sección 16.ª) de 19 de mayo de 2006 y AAP Barcelona (Sección 14.ª), de 1 de abril de 2007, en cita de CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, *op. cit.*, p. 203, nota 208. *Vid.* también AGÜERO, «Los intereses...», *op. cit.*, p. 1, con cita de la Sala de Magistrados de la AP Pontevedra de 7 de junio de 2013.

⁷⁴ *Vid.* SAP de León (Sección 2.ª), de 15 de abril de 1998 (AC 748). El efecto es que subsisten los intereses del 29 por 100 del nominal respecto de las cuotas vencidas y no satisfechas a la fecha en que se produce el vencimiento anticipado.

los profesionales podría verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. En definitiva, la moderación no podría asegurar al consumidor una protección tan eficaz como la supresión⁷⁵. Los razonamientos son acertados⁷⁶. La técnica de la reducción conservadora de la validez supone otorgar al juez una gran discrecionalidad para decidir sobre el mantenimiento de la cláusula y para determinar su contenido, lo cual es especialmente delicado cuando no sea fácil saber dónde se sitúa el límite de lo legalmente permitido⁷⁷.

Tras la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, se promulgó en España la tantas veces aludida L. 1/2013⁷⁸, una de cuyas finalidades fue, precisamente, determinar el límite de los intereses moratorios legalmente permitidos en los préstamos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma. En lo que ahora interesa, el art. 3.2 de la citada ley modificó el art. 114 LH para incorporar un tercer párrafo que limitara los intereses moratorios que podía percibir el acreedor de un préstamo o crédito hipotecario sobre la vivienda habitual. Estos no podían ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (y solo podían devengarse sobre el principal pendiente de pago). A su vez, la DT 2.^a de la L. 1/2013 estableció el régimen transitorio de aplicación del nuevo art. 114.3 LH. Muy pronto, esta última disposición fue objeto de una cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena⁷⁹, con el objeto de saber si la norma contravenía la Directiva 93/13 cuando autorizaba al acreedor a recalcular los intereses de demora en los créditos hipotecarios

⁷⁵ STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (§§65, 69-71, 73). Confirma esa doctrina, con ocasión de una cláusula penal abusiva, la STJUE C-488/11, de 30 de mayo de 2013, *De Man Garabito*. Vid., igualmente, STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (§28); ATJUE C-613/15, de 17 de marzo de 2016, *Ibercaja* (§36); STJUE C-377/2014, de 21 de abril de 2016, *Radlinger* (§97).

⁷⁶ En general, la doctrina española está de acuerdo con esa solución. Vid. H. Díez GARCÍA, «Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo)», en S. Díez ALABART (dir.) y M.^a P. REPRESA POLO (coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2015 [pp. 299-344], pp. 335-336; Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 830-831; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU...», en BERCOVITZ (coord.), *Comentario...*, p. 1163; CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, pp. 200 y ss. Estos autores también abogan por la nulidad de las cláusulas salvatorias, que tratan de desplazar a favor del predisponente la regulación aplicable en caso de nulidad de la cláusula preferente.

⁷⁷ En general, la doctrina española está de acuerdo con esa solución. Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU», en BERCOVITZ (coord.), *Comentario...*, p. 1163; CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, pp. 200 y ss. Díez GARCÍA, «Intereses moratorios...», en Díez ALABART (dir.), *La Protección...*, pp. 335-336; X. BASOZABAL ARRUE, «Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo», en M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y J. P. MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Vivienda, Préstamo y Ejecución*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016 [pp. 425-470], p. 452.

⁷⁸ Vid. referencia *supra* nota 47.

⁷⁹ Auto de 16 de agosto de 2013 (AC 971).

cuya ejecución ya se hubiera iniciado antes de la entrada en vigor de la L. 1/2013, hasta limitarlos a la cuantía de tres veces el interés legal del dinero. El juez español entendía que esa disposición le imponía el deber de moderar los intereses y, por consiguiente, que era contraria a la doctrina establecida en la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*. La STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (§42) respondió que la norma no era contraria a la Directiva 93/13, porque no impedía al juez apreciar el carácter abusivo de la cláusula. Con posterioridad, los Jueces de Primera Instancia número 2 de Santander y de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Miranda de Ebro (Burgos), volvían a incidir en ese problema⁸⁰ y la respuesta dada por el ATJUE C-602/13, de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* y el ATJUE C C-90/14, de 8 de julio de 2015, *Banco Grupo Cajatres*, volvió a ser idéntica. Otras cuestiones prejudiciales redundantes fueron archivadas⁸¹. También el ATJUE C-613/15, de 17 de marzo de 2016, *Ibercaja* (§33) entiende que el límite legal cuantitativo no es criterio necesariamente determinante de la abusividad.

Al final, con criterio harto discutible, la STS (Sala 1.ª, Civil) de 3 de junio de 2016⁸², ha declarado que en préstamos a consumidores garantizados con hipoteca no se aplica el art. 114.3 LH y ha establecido que los intereses moratorios son abusivos cuando superan en 2 puntos el interés remuneratorio.

2. Criterios determinantes para la subsistencia del contrato

De acuerdo con el art. 6.1 Directiva 93/13, si las cláusulas abusivas declaradas nulas no afectan a la subsistencia del contrato, este debe mantenerse en los mismos términos. La STJUE C-453/10, de 15 de marzo de 2012, *Jana Pereničová y Vladislav Perenič*, establece que, a la hora de decidir sobre el mantenimiento o no del contrato, hay que atender a un enfoque objetivo, de manera que la posición de una de las partes y, en particular, la del consumidor, no debe ser un criterio decisivo al abordar el ulterior destino del contrato, sin perjuicio de que, por tratarse de una directiva de mínimos, los Estados miembros puedan establecer la nulidad del contrato en su conjunto, si ello le favorece más⁸³. Esa doctrina fue luego confirmada por la STJUE C-397/11, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jörös*⁸⁴. El TJUE no explica lo que entiende por «criterio objetivo» pero, según la Abogado General TRSTENJAK en el caso C-453/10,

⁸⁰ Autos de 19 de noviembre de 2013 (AC 2287) y de 17 de febrero de 2014 (AC 95), respectivamente.

⁸¹ Vid. ATJUE C-208/14, de 17 de octubre de 2014, *Banco de Valencia, S.A.*; ATJUE C- 75/14, de 18 de marzo de 2015, *Banco de Caja España de Inversiones*.

⁸² JUR 126397. Vid. A. AGÜERO ORTIZ, «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 18, 2016, pp. 152-159.

⁸³ STJUE C-453/10, de 15 de marzo de 2012, *Jana Pereničová y Vladislav Perenič* (§§31-36).

⁸⁴ STJUE C-397/11, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jörös* (§§47-48).

Pereničová, este debía juzgarse de acuerdo con la posibilidad material de ejecutar el contrato; esto podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o varias cláusulas, hubiera desaparecido la base del negocio desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Es decir, que podría considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no fueran las mismas⁸⁵.

3. Si el contrato subsiste ¿cómo se llenan las lagunas?

Por lo general, las prácticas de recálculo de intereses moratorios han sido erradicadas tras la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*⁸⁶. Ya se ha dicho que en esta sentencia el Tribunal dejó claro que la reducción conservadora de la validez de la cláusula (en otras palabras, «la moderación») estaba prohibida. El problema es que no resolvió con la misma nitidez si, además, el efecto útil de la Directiva 93/13 prohibía la integración judicial del contrato. En la citada sentencia, el TJUE se refiere indistintamente a la prohibición de «modificación de la cláusula» (§65), a la prohibición de «integración del contrato» (§69) o a la prohibición de «integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva» (§73)⁸⁷, pero es esta última expresión la que se reitera en otras sentencias⁸⁸. Y llegados a este punto conviene tener claro que no es lo mismo moderar o reducir la cláusula conservando solo la parte válida, que integrar el contrato con una regulación equilibrada que responda a los intereses de ambas partes, una vez declarada nula aquella cláusula.

⁸⁵ Vid. Conclusiones de la Abogado General, V. TRSTENJAK en el asunto C-453/10, *Pereničová* (§68); M. EBERS, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Berlin, 2015, p. 842 (tesis de habilitación inédita, que consulto por amabilidad del autor).

⁸⁶ A propósito del art. 114 LH y la D 2.ª L. 1/2013, vid. SAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 27 de febrero de 2014 (AC 459); SAP de Albacete (Sección 1.ª), de 14 de noviembre de 2014 (AC 2309), AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 7 de julio de 2014 (AC 2033), AAP Lleida (Sección 2.ª), de 27 de abril de 2015 (AC 1093). En un juicio cambiario, SAP de Las Palmas (Sección 5.ª), de 10 de julio de 2014 (AC 1757). En un préstamo personal, SAP Barcelona (Sección 19.ª), de 19 de junio de 2014. En un préstamo personal con intereses moratorios del 29 por 100 del nominal, la SAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 21 de junio de 2014 (AC 742) estima, incorrectamente, a pesar de tener a la vista la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, que, puesto que el demandado se conforma con la reducción efectuada en el juzgado de 1.ª instancia, no procede declarar la nulidad total, de acuerdo con el principio dispositivo.

⁸⁷ Para la crítica, CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, pp. 204 y 206-208. Lo mismo, pero en relación con las conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK en el caso C-618/10, *Banco Español de Crédito*, vid. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La arriesgada vida de una Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 93/13», disponible en: www.derechomercantilesnana.blogspot.com.es (última consulta: 16 de julio de 2016).

⁸⁸ STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (§32: «la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva»); STJUE C-26/13, de 30 de abril de 2014 *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai* (§77: «integrar dicho contrato modificando el contenido de dicha cláusula»); ATJUE C C-90/14, de 8 de julio de 2015, *Banco Grupo Cajatres* (§37). Se refiere a la imposibilidad del juez de «modificar el contenido de la cláusula», la STJUE C-377/2014, de 21 de abril de 2016, *Radlinger* (§§97-98).

Aunque pueda ser difícil llevar la distinción a la práctica, la idea es que mientras que la reducción o moderación apuesta por el mantenimiento de la cláusula, la integración judicial del contrato vela por el mantenimiento del contrato, una vez la cláusula en cuestión ya ha sido expulsada del mismo⁸⁹.

En el CC español, el Derecho dispositivo en materia de intereses moratorios derivados de deudas pecuniarias es el art. 1.108, que establece que, a falta de pacto, los intereses debidos serán los legales. Ante la nulidad de la cláusula de intereses en un préstamo personal, algunas Audiencias imponían el interés legal⁹⁰; en otras ocasiones, imponían el límite de 3 veces el interés legal del art. 114.3 LH, por considerar que así lo exigía lo que se consideraba que era el Derecho dispositivo general para los intereses moratorios en todo tipo de préstamos⁹¹. Parte de la doctrina estaba en desacuerdo con la aplicación supletoria del art. 1.108 CC⁹², cosa que, para algunos autores, tenía como consecuencia que, una vez anulada la cláusula, nada se debería ya en concepto de mora⁹³. Esta es también la solución por la que han optado algunas Audiencias⁹⁴. Y es, precisamente, lo que preconiza la STJUE C-26/13, de 30 de abril de 2014 *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai* (§§82-85), que solo autoriza al juez la aplicación del Derecho dispositivo cuando el contrato no se puede ejecutar sin las cláusulas abusivas y la nulidad sea perjudicial para el consumidor. La STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (§33) reitera ese planteamiento.

⁸⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 83 TR-LGDCU...», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 1164; «El art. 1.258 CC no “modifica los términos del contrato”, sino que decide el alcance de la regla contractual [...]».

⁹⁰ Vid. SAP de Albacete (Sección 1.ª), de 14 de noviembre de 2014 (AC 2309), con referencia al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Audiencia Provincial de 16 de junio de 2014; SAP de Albacete (Sección 2.ª), de 12 de mayo de 2014 (AC 1013); SAP de Jaén (Sección 1.ª), de 18 de marzo de 2014 (AC 132573), con referencia al Acuerdo del Pleno de 11 de octubre de 2013. En la doctrina, DÍEZ GARCÍA, «Intereses moratorios...», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección...*, op. cit., p. 339.

⁹¹ Así, SAP de Córdoba (Sección 1.ª), de 15 de enero de 2015 (AC 409). Ya se ha advertido que el TS (Sala 1.ª, Civil) ha declarado en STS de 3 de junio de 2016, que el art. 114.3 LH ya no tiene aplicación a los préstamos hipotecarios con consumidores.

⁹² J. M. RUIZ-RICO RUIZ y P. CASTAÑOS CASTRO, «Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores», *La Ley*, 13 de noviembre de 2015 [pp. 1-13], pp. 6-7; CÁMARA LAPUENTE, «Transparencias...», op. cit., pp. 630 y ss.; Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Crisis hipotecaria: Una crónica de la muerte anunciada de la hipoteca inmobiliaria como derecho de realización del valor, en su actual configuración», en *Estudios en homenaje a José Luis Mezquita del Cacho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013 [pp. 218-271], pp. 219-220; el mismo autor, «Intereses de demora i altres possibles clàusules abusives: Impossibilitat de moderar-los si són declarats abusius», *Revista Catalana de Dret Privat (=RCDP)*, 2015, 15 (2) [pp. 143-155], pp. 154-155, disponible en: <http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP>; G. SOLER SOLÉ, «Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía», *Diario La Ley*, de 18 de junio de 2016, núm. 885 [pp. 1-9], pp. 5-6.

⁹³ Sin embargo, algunos de esos autores citados en nota anterior no tienen inconveniente en considerar que el interés remuneratorio sigue siendo aplicable. La cuestión es problemática y sobre ello ha tenido ocasión de pronunciarse el TS, con las consecuencias que luego se analizarán. Vid. *infra* epígrafe 4.4.

⁹⁴ *Ad exemplum*, SAP de Lleida (Sección 2.ª), de 27 de abril de 2015 (AC 1093). Vid. CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, op. cit., p. 207.

4. La repercusión de la jurisprudencia europea sobre el Derecho español

Después de establecer que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, el párrafo segundo del art. 83 TR-LGDCU establecía que:

«[L]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

El art. 1.258 CC, al que hasta la fecha, esto es, antes de la reforma efectuada por la L. 3/2014, de 27 de marzo⁹⁵, remitía tanto el art. 83 TR-LGDCU, como, todavía hoy, el art. 10.2 LCGC, ordena el recurso a la ley, los usos y la buena fe, a la hora de integrar la parte del contrato afectada por la nulidad de la cláusula. La doctrina no es unánime en torno a si existe o no un orden de prelación que determine en qué casos acudir a una u otra fuente y, probablemente, todo dependa del caso concreto y del contexto⁹⁶. Si el Derecho dispositivo, como fuente de efectos contractuales, se aplica con independencia de la voluntad de los contratantes, salvo que estos lo excluyan expresamente, es lógico que cuando la cláusula abusiva se declara nula, colme la laguna del contrato y complemente sus efectos. También es natural que, a falta del mismo, el juez pueda establecer una valoración equitativa de los intereses de las partes. Incluso es posible que cuando las lagunas contractuales sí que puedan suplirse con el recurso al Derecho dispositivo, el juez deba limitar sus efectos, mediante el recurso a los usos del tráfico o la buena fe, si el resultado derivado de aplicar aquel derecho queda muy alejado de las legítimas expectativas de los contratantes. Seguramente eso es lo que quería decir el art. 83 TR-LGDCU cuando aludía a la labor del juez de «moderación»⁹⁷.

⁹⁵ *Vid.* referencia *supra* nota 1.

⁹⁶ Entiende de preferente aplicación el Derecho dispositivo, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 442-443; DÍEZ GARCÍA, «Intereses moratorios...», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección...*, *op. cit.*, p. 334, nota 78. Por el contrario, niega que exista jerarquía alguna, J. R. GARCÍA VICENTE, «Comentario al art. 1.258 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 [pp. 9034-9040], p. 9035; CARRASCO, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 489.

⁹⁷ F. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de Contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 [pp. 1583-1680], pp. 1162-1163.

4.1. *La modificación del art. 83 TR-LGDCU*

La confusa STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* que, como ya se ha tenido ocasión de señalar, parecía prohibir tanto la moderación de la cláusula como otro tipo de integración judicial del contrato, ha llevado al legislador español a redactar de nuevo el art. 83 TR-LGDCU. La Exposición de Motivos (§III) de la L. 3/2014, de 27 de marzo⁹⁸, lo justifica de la siguiente manera:

«[...] la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito [...]. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. // El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el art. 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios».

El legislador español modifica la redacción del art. 83 TR-LGDCU, para procurar la correcta transposición del art. 6.1 Directiva 93/13 y el nuevo art. 83 TR-LGDCU dice ahora así:

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

La reforma no solo elimina la incómoda referencia a las facultades de moderación judicial, sino que también borra del precepto la referencia al art. 1.258 CC. Pero el art. 1.258 CC subsiste en el CC y tiene carácter imperativo. Y, además, el art. 10.2 L. 7/1998, todavía se remite a él. Tampoco ha sido modificado el art. 65 TR-LGDCU, que ordena al juez la integración del contrato, en beneficio del consumidor, de acuerdo con el criterio de la buena fe objetiva. Así, pues, no solo la reforma es incompleta, sino que, además, cabe preguntarse es si es correcto o tiene algún sentido pretender eliminar el recurso al derecho supletorio o a los usos y la buena fe, como criterios de integración de los contratos.

⁹⁸ Vid. referencia *supra* nota 1.

4.2. ¿Se puede eliminar el recurso al Derecho supletorio?

No siempre será necesario recurrir al Derecho supletorio para integrar el contrato (*vgr.* nulidad de cláusula que permite al empresario modificar unilateralmente su contenido)⁹⁹ y, en otras ocasiones, será imprescindible para evitar su ineficacia (*vgr.* para establecer el plazo de entrega que la cláusula anulada no preveía). Pero eso no es lo que ocurre cuando la cláusula solo se refiere a un elemento que no es esencial, como sucede con los intereses moratorios. Ahora bien si, de acuerdo con la doctrina establecida por el TJUE, no se aplicara el art. 1.108 CC a los intereses moratorios derivados de un préstamo personal, el deudor incumplidor estaría en una situación más favorable que si cumpliera regularmente el contrato porque, una vez declarado vencido el préstamo, no solo dejaría de pagar intereses remuneratorios sino que, además, tampoco debería pagar los moratorios¹⁰⁰.

Sin embargo, ni la Directiva 93/13 tiene por finalidad el castigo al predisponente¹⁰¹, ni parece que el legislador español haya pretendido que los efectos de la supresión de la cláusula abusiva solo puedan tener en cuenta los intereses del consumidor¹⁰². Además, no se ve cómo o en qué medida se vería afectado el efecto disuasorio pretendido por la norma europea y la jurisprudencia que lo interpreta si el empresario queda, no ya en peor situación de lo que lo estaba con la cláusula abusiva, sino en la misma situación en que estaría si no hubiera pactado nada¹⁰³. Conviene señalar que la reducción conservadora de la validez de una cláusula implica que el juez ayuda al predisponente a reformularla, pero eso conduce a resultados distintos de los que resultarían de aplicar el Derecho dispositivo, que no es sino el reflejo de lo que el legislador considera el equilibrio natural entre los intereses de las partes¹⁰⁴.

⁹⁹ Para el grupo de cláusulas cuya eliminación no necesita ser integrada, *vid.* CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, *op. cit.*, pp. 209-210; ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, *op. cit.*, pp. 445-447.

¹⁰⁰ Se hacen eco de esos razonamientos, aunque no necesariamente lleguen a los mismos resultados, las SAP de Barcelona (Sección 19.^a), de 19 de junio de 2014 (AC 234720), SAP de Jaén (Sección 1.^a), de 18 de marzo de 2014 (AC 132573) y SAP de Córdoba (Sección 1.^a), de 15 de enero de 2015 (AC 409). Sobre la generación o no de intereses remuneratorios, *vid. infra* epígrafe 4.4.

¹⁰¹ De acuerdo con la STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (§40), entre muchas otras, se trata de restablecer el equilibrio de los derechos y obligaciones de los contratantes (art. 6.1 Directiva 93/13). Por eso critica ampliamente la política de prevención indiscriminada del TJUE, B. GSELL, «Prävention als oberstes Ziel der Klauselkontrolle bei Verbraucherverträgen? Die Zulässigkeit ergänzender Vertragsauslegung im Lichte des Europarechts - Aktuelle Judikatur in Deutschland und Österreich», en P. LEUPOLD (Hrsg.), *Forum Verbraucherrecht 2015*, Wien, Manz'sche Verlag, 2015, pp. 35-57.

¹⁰² Sin embargo, algunos deducirían del art. 65 TR-LGCDU que la integración del contrato cuando se declara abusiva una cláusula solo puede tener por objeto el interés del consumidor. Así, C. BALLUGERA, «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *Diario La Ley*, núm. 8330, de 11 de junio de 2014 [pp. 1-10], p. 1. Si así fuera, entonces cabría preguntarse si la sanción de privar al prestatario de todo interés por el retraso es proporcionada. Sobre la proporcionalidad, *vid.* la Abogado General TRSTENJAK, en el Asunto C-472/10, *Invitel* (§54). EBERS, *Rechte...*, p. 844.

¹⁰³ CARBALLO FIDALGO, *La protección...*, *op. cit.*, p. 205; EBERS, *Rechte...*, *op. cit.*, p. 844.

¹⁰⁴ Sobre la función del Derecho dispositivo, *vid.* BASOZABAL ARRUE, «Límites...», en ESPEJO LERDO DE TEJADA y MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Vivienda...*, pp. 447-450; ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, pp. 359 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, «Transparencias...», *op. cit.*, pp. 622-623.

4.3. ¿Y la interpretación integradora?

Se plantea si tiene sentido prohibir el recurso a la interpretación integradora del contrato cuando no exista Derecho dispositivo o cuando el Derecho dispositivo no refleje las expectativas o presunta voluntad de las partes¹⁰⁵. Es verdad que, en un contrato con condiciones generales de la contratación, no hay negociación previa que pueda ser reconstruida por el juez, sino mera adhesión a la voluntad manifestada por el predisponente¹⁰⁶. Pero, en realidad, eso no impide preguntarse qué habrían pactado en una situación de igualdad el prestatario y el prestamista, o qué hipotéticamente hubiera aceptado el consumidor. Es lo que preconiza la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2103, *Aziz*, cuando obliga al juez nacional a recurrir a la supuesta voluntad del consumidor para valorar si, en una situación de equilibrio, este habría aceptado la cláusula. Por eso, cabría plantear si, en esa misma situación imaginaria de equilibrio, sería admisible el pacto que estableciera que los intereses moratorios no deben ser inferiores a los que hasta la fecha venía percibiendo el prestamista en concepto de intereses remuneratorios. A fin de cuentas, es posible que ese interés remuneratorio fuera más bajo que el legal moratorio previsto en el art. 1.108 CC. La STS (Civil, Sala 1.ª) de 25 de abril de 2015 (y las que la siguen)¹⁰⁷ trata de solucionar precisamente ese problema¹⁰⁸, aunque lo hace con argumentos susceptibles de críticas razonables y bien fundadas. De ello se trata en el epígrafe siguiente.

4.4. ¿Qué piensa el Tribunal Supremo?

La línea que separa la reducción conservadora de la validez (moderación) y la interpretación integradora es delgada¹⁰⁹. El TJUE veta claramente la primera, pero no está tan claro que se haya pronunciado en contra de la segunda, a pesar de que parte de la doctrina estima que el TJUE no permite a los jueces la labor de ajustar el contrato a los parámetros de la justicia conmutativa¹¹⁰. Se dirá que, a fin de cuentas, puede resultar

¹⁰⁵ Sobre el particular, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, *op. cit.*, pp. 374 y ss.

¹⁰⁶ *Vid.* J. M.ª MIQUEL, «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», en <http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> (última consulta: 16 de julio de 2016); DIEZ GARCÍA, «Intereses moratorios...», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección...*, *op. cit.*, pp. 334-335; N. ÁLVAREZ LATA, *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, p. 57.

¹⁰⁷ En relación con préstamos personales, *vid.* STS (Civil, Sala 1.ª) de 22 de abril de 2015 (RJ 1360); STS (Civil, Sala 1.ª); STS (Civil, Sala 1.ª) de 7 de setiembre de 2015 (RJ 3976); STS (Civil, Sala 1.ª) de 8 de setiembre de 2015 (RJ 3977). A propósito de los préstamos hipotecarios, STS (Civil, Sala 1.ª) de 23 de diciembre de 2015 (RJ 5714); STS (Civil, Sala 1.ª) de 3 de junio de 2016 (CENDOJ).

¹⁰⁸ A propósito de la cual se ha generado un debate interesante en la doctrina, bien resumiendo ahora por BASOZABAL ARRUE, «Límites imperativos...», en ESPEJO LERDO DE TEJADA y MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Vivienda...*, *op. cit.*, pp. 460-464. Pero *vid.* todavía autores citados en nota 120.

¹⁰⁹ Sobre el particular, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, *op. cit.*, pp. 436 y ss.

¹¹⁰ Así, H. W. MICKLITZ, «Unfair Terms in Consumer Contracts», en N. REICH, H. W. MICKLITZ, P. ROTT y K. TONNER, *European Consumer Law*, 2.ª ed., Cambridge [et al.], Intersentia

tan perjudicial para el consumidor como la moderación de la cláusula. El TS español hubiera hecho bien en preguntar una vez más al TJUE y, esta vez, para saber si la interpretación integradora estaba o no permitida. En lugar de eso, adopta una posición muy restrictiva cuando afirma:

«[L]a conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva [*sic*] es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos en el Derecho español en el art. 1.258 CC, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor [...]»¹¹¹.

Recientemente, el TS ha declarado que es abusivo el interés de demora pactado en un préstamo personal con consumidores cuando supere en dos puntos el interés remuneratorio pactado¹¹². La sorpresa llega a la hora de decidir las consecuencias de anular la cláusula. Para el TS, la supresión no va referida a la cláusula entera, sino a los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del remuneratorio. En particular:

«[L]a abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad» (STS 22 de abril de 2015, FJ Sexto, 6).

¿Cómo hay que interpretar esta declaración? Puede interpretarse de distintas formas:

a) Podría querer decir que, cuando el interés moratorio es nulo, solo se deben intereses remuneratorios. Este planteamiento tiene numerosos partidarios, que entienden que si continúan devengándose intereses remuneratorios, a pesar del vencimiento anticipado, es porque el préstamo

[pp. 125-164], p. 153. En esa línea, crítica con la jurisprudencia alemana, GSELL, «Prävention...», en LEUPOLD (Hrsg.), *Forum...*, pp. 51-52. De otra opinión, aun reconociendo, igual que la autora precedente, la necesidad de que el BGH interponga una cuestión prejudicial para aclararlo, EBERS, *Recht...*, *op. cit.*, pp. 844-845.

¹¹¹ STS (Civil, Sala 1.ª) de 22 de abril de 2015 (RJ 1360), FJ Sexto, 4; *idem*, STS (Civil, Sala 1.ª) de 7 de setiembre de 2015 (RJ 3976) FJ Sexto, 5.º; *idem*, STS (Civil, Sala 1.ª) de 8 de setiembre de 2015 (RJ 3977), FJ Cuarto, 5.º

¹¹² Ya siguen esa doctrina las sentencias de las Audiencias. *Vid.* SAP Salamanca (Sección 1.ª) de 19 de junio de 2015 (AC 1335); SAP Cádiz (Sección 8.ª) de 30 de diciembre de 2015 (AC 47916). La SAP Granada (Sección 5.ª) de 20 de noviembre de 2015 (JUR 30615) aplica la doctrina del TS a un préstamo con garantía hipotecaria. Lo confirman luego las STS (Civil, Sala 1.ª) de 23 de diciembre de 2015 (RJ 5714) y STS (Civil, Sala 1.ª) de 3 de junio de 2016 (CENDOJ).

se prolonga mientras no se devuelva el dinero¹¹³. En sentencias recientes, el TS insiste en esa tesis. Sin embargo, esa interpretación es rechazable porque no es congruente pretender la restitución del capital y, a la vez, querer cobrar intereses por un capital que ya no se desea prestar. El interés que se aplica una vez se pierde el beneficio del plazo equivale a la indemnización por el tiempo en que el deudor se retrasa en devolver todas las sumas debidas (capital e intereses remuneratorios ya devengados). Entenderlo de otro modo significaría que, vencido el préstamo, se deberían tanto intereses remuneratorios como moratorios y eso incluso sería contrario a la propia doctrina del TS, que ha declarado que la cláusula que disponga esa acumulación es abusiva¹¹⁴. Se ha aportado un argumento adicional con base en la analogía con el art. 30.5 de la L. 16/2011, *de crédito al consumo*: si el consumidor que reembolsa anticipadamente un crédito no debe pagar intereses remuneratorios, tampoco debe percibirlos el prestatario cuando es él quien declara vencido anticipadamente el préstamo¹¹⁵. La diferencia, no obstante, es que en el segundo caso el deudor todavía no ha devuelto el capital.

b) Ahora bien, podría suceder que los intereses remuneratorios siguieran pudiéndose exigir porque, tras constituir en mora al deudor, estos cumplieran ahora la función de resarcir los daños y perjuicios causados por el retraso. Claro que entender las cosas de acuerdo con este razonamiento comporta la aplicación del art. 1.258 CC, porque ese es el precepto que legitima la «adaptación» o «integración» o recomposición del contrato —una vez eliminada la cláusula— de acuerdo con la buena fe y la presunta voluntad común de los contratantes¹¹⁶. Podría pensarse que el inconveniente de tal forma de proceder es que seguramente no es correcto dar por supuesto que los daños deben ser el equivalente al interés remuneratorio que deja de percibir el acreedor porque, si el este es un banco, acaso estos deban ser, simplemente, el equivalente al interés que a él le cobra el Banco Central Europeo por el hecho de prestarle dinero¹¹⁷. De todos modos, conviene recordar que el incumplimiento no se puede convertir en un negocio para el deudor, por lo que el juez, igual que si fuera posible el recurso al Derecho dispositivo (art. 1.108 CC), debería poder fijar la cuantía de forma equitativa, con el fin de que ese interés incentivara el cumplimiento. Y se observa que esa función la cumple el interés

¹¹³ Entre muchos, SERRANO DE NICOLÁS, «Crisis...», en *Estudios...*, *op. cit.*, p. 220. *Vid.* ahora su contribución en este mismo libro.

¹¹⁴ En relación con un préstamo hipotecario, STS (Civil, Sala 1.^a) de 2 de noviembre de 2000 (RJ 8492).

¹¹⁵ Para lo dicho en el texto, AGÜERO ORTIZ, «Los intereses...», *op. cit.*, pp. 14-15. En parte también, SOLER, «Intereses...», *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁶ Defiende esa interpretación integradora, cuando comenta la STS (Civil, Sala 1.^a) de 22 de abril de 2015 (RJ 1360), F. PANTALEÓN PRIETO, «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios» disponible en: <http://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> (última consulta: 16 de julio de 2016). También, BASOZABAL ARRUE, «Límites imperativos...», en ESPEJO LERDO DE TEJADA y MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Vivienda...*, *op. cit.*, pp. 463-464.

¹¹⁷ X. BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica del préstamo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 89.

contractual o de mercado o el interés por descubierto no consentido en cuenta corriente¹¹⁸. Lo curioso es que, a pesar de que la solución pudiera aparecer correcta desde el punto de vista expuesto, el propio TS se autocensura al afirmar que no puede recurrir al art. 1.258 CC; por otra parte, tampoco está claro que el TJUE le permitiera llegar a esa solución, porque la misma se confunde peligrosamente con la tesis de la validez parcial de la cláusula, esto es, la nulidad de solo la parte adicional al tipo remuneratorio estipulado con función disuasoria. Por eso mismo, se ha vuelto a plantear una nueva cuestión prejudicial, esta vez procedente del Juzgado núm. 60 de Madrid, en la que el juez pregunta al TJUE si la utilización del tipo pactado de los intereses remuneratorios en la determinación de los intereses moratorios es una actuación que respeta la Directiva 93/131 o si, por el contrario, supone una integración del contrato no permitida por la jurisprudencia comunitaria¹¹⁹.

c) La tercera interpretación que, por el momento, es predominante en la doctrina, consiste en entender lo que ya se ha anunciado en el párrafo anterior, esto es, que cuando el TS elimina los puntos en que la cláusula se puede considerar abusiva, pero no decide el cese en el devengo de cualquier interés (porque mantiene el remuneratorio), en realidad no hace sino moderar la cláusula de intereses moratorios. El TS cree que la cláusula «no se modera porque no se rebaja hasta un porcentaje que se considere aceptable». Sin embargo, no es descabellado entender que, todo lo contrario, equivale a moderar la cláusula el hecho de admitir su validez parcial; no otra cosa se estaría haciendo al eliminar solo los puntos porcentuales en que los intereses moratorios superan a los remuneratorios¹²⁰. Efectivamente, cuando se suprime lo que se califica como «recargo», se está descomponiendo la cláusula entre la parte que sería válida (los intereses remuneratorios) y la que no lo sería (los moratorios abusivos) y se prescinde abiertamente de que el interés moratorio es unitario, con independencia de cómo se calcule (¡no siempre de la misma manera, por cierto!). Lo contrario llevaría a concluir que un préstamo vencido podría devengar intereses remuneratorios y ya se ha dicho hasta qué punto eso no debe ser así.

¹¹⁸ BASOZABAL ARRUE, *Estructura...*, *op. cit.*, pp. 90-91; el mismo autor, «Límites imperativos...», en ESPEJO LERDO DE TEJADA y MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Vivienda...*, pp. 450-451.

¹¹⁹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid, el 29 de febrero de 2016, Abanca Corporación Bancaria S.A./Juan José González Rey y Otros (Asunto C-120/16): disponible en: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclan...eIndex=0&part=1&mode=lst&docid=178383&occ=first&dir=&cid=286519 (última consulta 16 de julio de 2016).

¹²⁰ A. CARRASCO PERERA, «Interés remuneratorio y límites de abusividad en intereses moratorios al consumo. Crítica de la doctrina del Tribunal Supremo» [pp. 1-11], p. 10, disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/archivos/5661> (última consulta: 16 de julio de 2016); N. ÁLVAREZ LATA, «Intereses moratorios abusivos y consecuencias de la nulidad de la cláusula: reinterpretación por el TS de la doctrina del TJUE. Sentencia de 7 de septiembre de 2015», *CCJC*, núm. 100, 2016, pp. 549-575; CASTILLO MARTÍNEZ, *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 200; A. O'FLYNN, «El carácter abusivo de pacto de interés de demora en los contratos de préstamo personal», *Revista de Derecho Mercantil (= RDM)* núm. 299, 2015 [pp. 439-454], esp. pp. 440, 448 y ss.; SOLER, «Intereses...», *op. cit.*, p. 9.

V. REFLEXIONES FINALES

El TJUE ha impuesto un control de oficio de las cláusulas abusivas que no se limita a cuestiones procesales, contrariamente a lo que tempranamente pudiera haber inducido a pensar la STJUE C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, de 27 de junio de 2000, *Océano*. Paradójicamente, es en la apreciación de oficio de las cláusulas atributivas de competencia territorial en contratos con consumidores donde todavía existen resquicios que impiden la plena aplicación de la doctrina de los jueces del Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, no puede negarse que, en general, la jurisprudencia del TJUE ha puesto en jaque la proclamada suficiencia y autonomía de los Estados miembros para determinar su sistema procesal, tal y como demuestran los cambios legislativos recientes, por desgracia todavía incompletos y, en ocasiones, difíciles de interpretar.

El TJUE también ha condicionado la labor del juez a la hora de llenar las lagunas del contrato, una vez expulsada la cláusula abusiva de intereses moratorios, que ya no es susceptible de una reducción conservadora de la validez (moderación). Ello ha llevado a elevar una nueva cuestión prejudicial al TJUE, esta vez para saber si es compatible con el art. 6.1 Directiva 93/13 entender que la anulación de la cláusula puede causar una situación irrazonablemente onerosa para el predisponente, que determinaría la nulidad del contrato, y si, para evitarla, se podría dar al juez la facultad de recurrir al derecho supletorio o a la interpretación integradora («con una regla mínimamente tolerable para el profesional») ¹²¹. ¿Ha llegado el momento de matizar o revertir la regla establecida en *Kásler*? Ya algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo recurren a argumentos que tratan de circunvalar esa jurisprudencia. Y aunque la crítica es fácil, quizás pueda suavizarse si se observa que el TJUE está yendo demasiado lejos al tratar de proteger al consumidor mediante la sanción unilateral al empresario y, por tanto, desconociendo que la finalidad de la Directiva 93/13, como el propio TJUE también ha admitido en numerosas ocasiones, no es reprimir al predisponente, sino restablecer el equilibrio material en los derechos y obligaciones de los contratantes. No es tampoco una sanción proporcionada dejar que el incumplimiento sea una ventaja para consumidor; que es lo que sucedería si, una vez vencido el préstamo, no se le pudiera exigir el interés legal moratorio; o, en otra variante, si se permitiera que el interés legal moratorio fuera inferior al remuneratorio pactado; o, en fin, si solo pudiera cobrar intereses derivados de la mora procesal (art. 576 LEC) ¹²². Quizás salgamos de dudas tras la respuesta a las dos nuevas cuestiones prejudiciales procedentes (de nuevo) de juzgados españoles, todavía pendientes de resolución y ojalá que las mismas no sirvan solo para plantear nuevos interrogantes en el futuro.

¹²¹ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Fuenlabrada (CENDOJ), de 8 de febrero de 2016, planteada por el magistrado Jesús Alemany Eguidazu - *Bankia v. Carlos Miguel y Mariola*. La cuestión es general pero interesa, más en particular, en el contexto de la posible abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

¹²² BASOZABAL ARRUE, «Límites imperativos...», pp. 459-460.

Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios *

Ángel SERRANO DE NICOLÁS**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS BÁSICOS PARA EL CONTROL NOTARIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: 1. Tres principales cláusulas del préstamo hipotecario que suelen tener carácter abusivo. 2. Notas o caracteres jurídicos que configuran los préstamos hipotecarios de las entidades de crédito o prestamista profesionales.—III. CONTROL NOTARIAL DEL CLAUSULADO ABUSIVO EN LOS TÍPICOS CONTRATOS COALIGADOS Y SERIADOS: 1. Aplicación del control de legalidad notarial a la contratación en masa o seriada y a los contratos bajo minuta *ad hoc* con consumidores: 1.1. Doctrina inicial de la DGRN respecto al control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos o créditos hipotecarios. 1.2. Doctrina vigente de la DGRN respecto del control de las cláusulas abusivas por los notarios, junto a la jurisprudencial al ejecutarse. 1.3. Necesaria transparencia en los elementos esenciales y condiciones generales desde los tratos preliminares al otorgamiento notarial. 2. Control notarial de las cláusulas negras, sorpresa (por su ubicación) y eventuales (por su actuación) en los préstamos hipotecarios: 2.1. Existencia de cláusulas negras, pero inexistencia de cláusulas grises y de un órgano de control de cláusulas abusivas. 2.2. Las denominadas cláusulas sorpresa y eventuales en el control notarial de la abusividad incluso en los elementos esenciales. 2.3. Necesaria transición del derecho de la banca (o sectorial) a un Derecho bancario integrador del consumidor no generalmente informado.—IV. SUBVERSIÓN DE LA REGULACIÓN CODICIAL DE LA NULIDAD A TRAVÉS DE LA NULIDAD CONSUMERISTA: DE LO NULO ABSOLUTO A LO NULO RELATIVO POR ABUSIVO: 1. Elementos que permiten diferenciar entre lo nulo codicial y lo abusivo consumerista. 2. Abusividad e ineficacia en la mutación de la nulidad-sanción (codicial) a la nulidad-remedio (consumerista): art. 1.108 CC y retroactividad: 2.1. Inaplicabilidad del art. 1.108 CC y sí de los intereses remuneratorios sin que ello implique integración del contrato. 2.2. Admisibilidad de la irretroactividad en la «cláusula suelo» por no derivar de la invalidez sino de la ineficacia en un momento concreto.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analiza la jurisprudencia española, comunitaria y registral en materia de cláusulas abusivas, con el fin de explicar cómo y hasta dónde puede el notario controlar y, en su caso, denegar, la autorización de la escritura cuando ante él van a prestar su consentimiento el

* El presente trabajo se ha realizado en el seno del proyecto de investigación «Protección del inversor en productos financieros: situación actual y perspectivas de futuro» (DER1026/75425-P) cuyos IP son los Drs. Ignacio FARRANDO y Joaquim CASTAÑER.

** Doctor en Derecho y Notario de Barcelona.

acreedor y el comprador-deudor hipotecario. Gran parte del contenido de la escritura son condiciones generales y, más que consentimiento, podría decirse que lo que hay es mera adhesión, lo cual, como se verá, constituye un límite al control notarial. Antes de entrar propiamente en el análisis de las cláusulas y sus efectos, es necesario explicar los rasgos básicos de ese control notarial, sobre qué tipo de escritura se proyecta, y cuál ha sido la evolución en esta materia, además de describir cuáles son las cláusulas abusivas más frecuentes.

II. ASPECTOS BÁSICOS PARA EL CONTROL NOTARIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

El control de cláusulas abusivas se proyecta sobre un negocio coaligado económicamente de compraventa con préstamo hipotecario que la financia. Es por tanto innegable que se perfeccionan dos contratos típicos (compra y préstamo hipotecario) al momento de consentir ante el notario; pero es, igualmente cierto que hay un negocio coaligado; así, en un número de protocolo se autoriza la compraventa y en el siguiente esa misma finca garantiza el préstamo hipotecario con el que se financia su adquisición, y, en consecuencia, es obvia la coaligación económica, pues se hipoteca lo comprado pero se paga —en elevado porcentaje o incluso todo el precio— con el importe del préstamo hipotecario que la grava. Esta coaligación ineludiblemente influye en los tratos preliminares previos, pues lo cierto es que la voluntad del deudor hipotecario se viene conformando, e incluso condicionando, por razón de las vicisitudes mismas de la compraventa, a lo largo de toda la fase previa, desde los tratos preliminares y la oferta vinculante hasta que se autoriza la escritura pública de préstamo hipotecario, sujeto para su plena eficacia a la constitutiva posterior inscripción (hay que tener presente que el desplazamiento de todos los gastos y no únicamente los notariales, fiscales y registrales, al deudor hipotecario también pueden ser considerados abusivos)¹.

Tampoco conviene olvidar que aunque la operación o negocio principal es el préstamo, y lo accesorio la hipoteca, lo cierto es que, como literalmente dice el art. 1.875.1 CC, «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya

¹ Al efecto, STS de 23 de diciembre de 2015, de la que cabe deducir que lo no admisible es que de forma genérica —y sin más motivación— se atribuyan todos los gastos al consumidor; pero sin olvidar, como precisa la RDGRN de 10 de noviembre de 2015, que el notario no puede realizar juicio de abusividad, por ser función de los tribunales el hacer un «juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto». También resulta de interés la SAP Pontevedra de 23 de diciembre de 2015, que afirma, sobre la atribución genérica —y como cláusula de estilo— de todos los gastos al consumidor, y por ser condición general, «que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquel hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TR-LGDCU), por lo que debe ser declarada nula».

(en lo que nos interesa la escritura pública de préstamo hipotecario y la previa de compra por ser esta la finca que se hipoteca) sea inscrito en el Registro de la Propiedad»².

En todo caso, lo más relevante a los efectos de las cláusulas abusivas es el préstamo, contrato real³ también inscribible (no obstante tratarse de un derecho personal o de crédito, que no derecho real como la hipoteca que lo garantiza), en cuanto su clausulado es determinante del contenido de la hipoteca, por ser accesoria⁴, y sin cuya inscripción el préstamo no podría ejecutarse por la vía del procedimiento de ejecución directa (o sumario, aunque sí mediante acción personal), al disponer el art. 130 LH⁵ que se ejecuta «sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». Contenido del asiento que, en lo que a las cláusulas de vencimiento anticipado se refiere, viene determinado por el art. 12 LH⁶, en el que al imponerse (tras la reforma operada por la L. 41/2007) su transcripción literal, con la consiguiente reducción del ámbito de calificación registral, podría llevar, en su interpretación más literal, a tener que inscribir cláusulas nulas⁷; se une, a ello, que son estas causas de vencimiento anticipado, junto con la cláusula suelo y su retroactividad, así como los intereses de demora, las materias que han dado lugar a prácticamente toda la jurisprudencia reciente en materia de cláusulas abusivas de nuestro TS y del TJUE⁸. Entre todas, y por la revolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial que ha supuesto, está la célebre STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*⁹, y otras que

² Para las vicisitudes que ha sufrido la hipoteca (*rectius* el préstamo hipotecario, pues su unidad es la que justifica la acción hipotecaria frente a la meramente crediticia o personal) en el último decenio, singularmente en cuanto a prescripción, art. 1.964.1 CC (STS de 10 de diciembre de 2007); me remito a Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Crisis hipotecaria: Una crónica de la muerte anunciada de la hipoteca inmobiliaria como derecho de realización de valor, en su actual configuración», en COL-LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA (ed.), *Estudios homenaje a José Luis Mezquita del Cacho*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2013, pp. 215-271.

³ Aunque se ha discutido doctrinalmente sobre la conveniencia y trascendencia de la distinción entre contrato real —como es el préstamo— o consensual —como es el crédito o la compraventa— lo cierto es que la reciente reforma del *Code français* (Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*; *JORF* de 11 février 2016), la sigue manteniendo, en el nuevo art. 1.109.3 *Code Civil*.

⁴ STS de 16 de noviembre de 2000, sobre prohibición de la hipoteca de propietario; STS de 20 de junio de 2001, de nulidad del préstamo usurario y consiguiente nulidad de la hipoteca; STS de 30 de diciembre de 2002, de responsabilidad cualquiera que sea el acreedor hipotecario.

⁵ Modificado por la L. 41/2007, de 7 de diciembre.

⁶ Modificado, igual que el art. 130 LH, por la L. 41/2007, de 7 de diciembre.

⁷ Al efecto, cabe señalar la evolución registral desde las inmediatas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) a la publicación de la reforma del 2007, hasta llegar a las ya más pacíficas y consolidadas RRDGRN de 29 de junio de 2009, y más específicamente, la de 13 de septiembre de 2013.

⁸ Hay que decir con J. M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, «Consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas predisuestas abusivas», *Almacén de Derecho (blog)*, 12 de mayo de 2015, accesible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/05/consecuencias-de-la-nulidad-de-pleno.html> (última visita: 5 de setiembre de 2016) que hay una cada vez más consolidada jurisprudencia comunitaria. *Vid.* E. ARROYO AMAYUELAS en la contribución a este volumen.

⁹ *Vid.* Á. SERRANO DE NICOLÁS, «La sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Assumpte C-415-11, M. A. *versus* Catalunya Caixa): La seva ona expansiva en el nostre sistema hipotecari actual», *Revista Catalana de Dret Privat*,

luego se han sucedido, y más que se tienen que suceder, singularmente la que declare o no la retroactividad de los intereses excesivos devengados por la cláusula suelo o su acomodo al principio de equivalencia del Derecho europeo comunitario (aquí está el problema por la clase de nulidad de la abusividad) y el principio de efectividad). De momento, se conocen las conclusiones del Abogado General, Paolo MENGOLZI, de 13 de julio de 2016¹⁰.

1. Tres principales cláusulas del préstamo hipotecario que suelen tener carácter abusivo

De todo lo hasta aquí dicho resulta que los tres principales ámbitos en que se concreta el clausulado abusivo problemático, por ser el que ha accedido a los tribunales, son: la cláusula suelo¹¹ (y su todavía discutida retroactividad)¹²; el interés de demora¹³; y, finalmente, de entre las múltiples cláusulas de vencimiento anticipado, la de impago (al menos tres cuotas o un lapso temporal de más de tres meses, según lo dispuesto en la L. 1/2013).

Cabe entender que el juicio sobre el carácter abusivo se debe concretar a la cláusula que da lugar al vencimiento anticipado¹⁴, pues en cuanto

2014, 14, pp. 119-134, accesible en: <http://www.raco.cat/index.php/RevistaDretPrivat/article/view-File/293654/382180> (última visita: 24 de agosto de 2016). Su onda expansiva aún no ha acabado, frente a los que defendieron que poco alteraría nuestro sistema procesal e hipotecario, pero, en fin, por lo notorio de lo que ha supuesto legal y jurisprudencialmente (aunque haya habido receles en asumir sus últimas consecuencias) sobra cualquier otro comentario.

¹⁰ Asuntos acumulados C-154/15, C- 307/15, C-306/15. Diversos comentarios y posturas muy críticas, tanto sobre los fundamentos como sobre la toma de posición del Abogado General respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en A. AGÜERO ORTIZ, Á. CARRASCO PERERA, M.^a C. GONZÁLEZ CARRASCO, K. LYCZKOWSKA y P. MARTÍNEZ ESPÍN, «CESCO opina sobre la posición del Abogado General del TJUE sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo», *Boletín de novedades CESCO*, 1 de septiembre de 2016, pp. 1-19, accesible en: http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/CESCO-opina-sobre-la-posicion-del-Abogado-General-del-TJUE-sobre-la-retroactividad-de-la-nulidad-de-la-clausula-suelo_.pdf (última visita: 7 de setiembre de 2016).

¹¹ Para la denominada cláusula suelo, o límite mínimo siempre aplicable, en tanto el interés resultante de sumar el interés de referencia más el diferencial sea inferior, la STS de 9 de mayo de 2013, estableció en el apartado 7.º de su Fallo: «[D]eclaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia»; con posterioridad las SSTS de 25 de marzo 2015 y de 29 de abril de 2105, como recuerda la STS de 23 de diciembre de 2015.

¹² Sobre esto *vid.* lo que se dirá más abajo en el apartado IV.2.2.

¹³ Al efecto, ATJUE C-90/14, de 8 de julio de 2015, *Banco Grupo Cajates*, dando respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Miranda de Ebro (Burgos), donde se plantea la inaplicabilidad de los intereses de demora abusivos; en la reciente jurisprudencia de nuestro TS, el límite objetivo es dos puntos sobre el interés ordinario, lo que se inicia con el crédito al consumo. Así, STS de 22 de abril de 2015 y, después, varias otras, como las SsTS de 7 y 8 de septiembre de 2015, 23 de diciembre de 2015 y, finalmente, la STS de 18 de febrero de 2016; y, ya, para los préstamos hipotecarios la STS de 23 de diciembre de 2015.

¹⁴ *Vid.*, al efecto, la ya reseñada STS de 23 de diciembre de 2105, que asume la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (frente a otros posibles pronunciamientos de dudosa interpretación anterior, según se pretendía por algunos interesadamente, como serían las SSTS

esté inoperativa poca abusividad puede producir¹⁵; eso sí, lo que la entidad acreedora podrá hacer es considerarla inexistente o no puesta, y, en consecuencia, no ejercitarla; pero, desde luego, lo que no puede, conforme a la jurisprudencia del TJUE, es intentar acomodarla, rebajando el tipo de interés de demora frente al pactado para que ya no resulte abusiva. Si es abusiva es nula (al final se verá su clase, no obstante la clara dicción del art. 83 TRLGDCU) y no es susceptible de sanación unilateral.

2. Notas o caracteres jurídicos que configuran los préstamos hipotecarios de las entidades de crédito o prestamista profesionales.

Llegados aquí conviene ya reseñar las notas que configuran el préstamo hipotecario, en concreto el concedido por las entidades de crédito (y, generalmente, para la adquisición de la vivienda habitual), aunque últimamente también estén dando tantos o más problemas (en cuanto, suelen estar destinados a la refinanciación de operaciones crediticias en dificultades), los concedidos por prestamistas profesionales¹⁶. En particular, las características del contrato de préstamo son las siguientes:

- a) Es un contrato en masa o seriado¹⁷.

de 16 de diciembre de 2009; 12 de diciembre de 2008 y 4 de junio de 2008), para acomodarse claramente a la jurisprudencia europea y así dice que: «[...] La sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva *per se*, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso».

¹⁵ No obstante, y por su mera existencia, al margen de que produzca o no sus efectos propios es cuestión discutible, como resulta del ATJUE C- 602/13, de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*: «1. Los arts. 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva. 2. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

¹⁶ La aplicación de la L. 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*, y, además, la incidencia respecto de la misma de la L. 1/2013, ha dado lugar a recientes problemas, singularmente, en materia de inobservancia de la información previa u oferta vinculante, al efecto RDGRN 11 de julio de 2016 (y las que cita); y ello por intentar enmascarar su condición de profesionales, para que no les sea aplicable esta L. 2/2009, junto a los demás problemas de oferta vinculante, intereses abusivos, etcétera.

¹⁷ STS de 2 de diciembre de 2014, reconociéndolo como «auténtico modo de contratar», frente al contrato por negociación). Reconoce explícitamente la distinción entre contrato negociado y por adhesión, el nuevo art. 1.110 *Code Civil*.

b) Es un contrato normado, aunque únicamente en el orden de su clausulado (capital, vencimiento, tipo de interés, comisiones, etc.), sin que pueda hablarse de contrato «tipo» dada la libertad de redacción de su contenido. Comenzó esta estructuración del clausulado con la ya derogada Orden Ministerial (OM) de 5 de mayo de 1994 (art. 6 y anexo II), que es, por otra parte, bajo la que se concedieron la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios que han dado lugar a las múltiples ejecuciones judiciales. Ahora rige la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios*, cuyo art. 29 se remite sin más a la FIPER (que mantiene dicha misma ordenación del clausulado). La ordenación imperativa del clausulado es trascendental para la comparación entre préstamos de distintas entidades de crédito, y, además, para evitar las denominadas cláusulas sorpresa, pues cada cláusula únicamente debería poder regular lo que es propio de su título, por lo que puede considerarse que mal encaja la cláusula suelo dentro de la fijación del tipo de interés variable, cuando su efecto es convertirlo en fijo, mientras dure su aplicación.

c) Es un contrato con condiciones generales que tanto pueden existir en contratos B2C como B2B, pero las cláusulas abusivas solo pueden darse en los contratos B2C. En ambos casos se trata de contratos de adhesión¹⁸ en los que, propiamente, el consentimiento está ausente y mal puede hablarse de vicios del consentimiento¹⁹, por lo que el control tendrá

¹⁸ Al efecto, para un exhaustivo examen de las distintas cláusulas de un préstamo hipotecario, y sus dudas (por ser entre empresas) sobre si es contrato negociado o por adhesión, C. BALLUGERA GÓMEZ, «Condiciones generales, transparencia e inscripción de cláusulas de una hipoteca entre empresas. Breve comentario a la resolución DGRN de 28 abril 2015», accesible en: <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/muneca-rusa-en-una-resolucion-de-la-direccion-general/> (última visita: 6 de septiembre de 2016), donde precisa que «nos parece que la resolución estudia no un contrato por negociación sino un *contrato por adhesión a condiciones generales de la contratación*. No es una conclusión a la que quepa llegar con total seguridad. El hecho de que por solo su complejidad el contrato, sea por adhesión o por negociación, sea susceptible de división y pueda soportar sin extinguirse la amputación de una o más cláusulas, es algo perfectamente asumible en la disciplina del contrato por adhesión aunque para el contrato por negociación eso sea más difícil ya que en ese caso el consentimiento es indivisible y resulta muy difícil saber cuál aspecto concreto del contenido contractual ha determinado a las partes a la suscripción del contrato». Conviene resaltar cómo, en efecto, dada dicha posible divisibilidad del clausulado, en los contratos por adhesión, tal que el préstamo hipotecario, cabría distinguir entre cláusulas a las que se presta consentimiento propiamente dicho y, junto a ellas, cláusulas a las que simplemente se adhiere el consumidor o prestatario hipotecario.

¹⁹ *Vid.*, no obstante, para la sanción de la falta o inadecuada información como error vicio, la STS de 14 de julio de 2016; además, en este ámbito resulta de especial interés, por lo que podría ser una nueva forma de violencia y consiguiente vicio del consentimiento (aunque parecería más correcto llevarlo por la vía de la nueva forma de contratar que es la adhesión), la afirmación de S. LEGAC-PECH, «Le contrôle de l'équilibre contractuel: législation schizophrène ou dispositif équilibré?», *Petites affiches*, núm. 191, 24 de septiembre de 2015, pp. 3-4, cuando señala: «[Q]uel contractant même correctement informé ou éduqué n'a-t-il pas déjà été victime d'un abus de puissance ou de faiblesse? Personne n'est à l'abri d'une violence économique et il est dès lors urgent de se départir d'une catégorisation sclérosante qui restreint la défense de l'équilibre contractuel aux seuls consommateurs ou commerçants placés dans une situation de dépendance». Y, en todo caso, lo que no es admisible es la fungibilidad entre los distintos vicios del consentimiento, o sea, error, dolo o violencia; al efecto, P.L NGUIHE KANTE, «La fongibilité des vices du consentement en droit privé des contrats», *Petites affiches*, núm. 231, 19 de noviembre de 2015, p. 4.

que ser el propio de esta nueva (aunque ya no tanto) forma de contratar; es decir, desde la influencia de los tratos preliminares, o la información y explicaciones para configurar la oferta vinculante, a imputar la obligación de soportar la posible oscuridad de las cláusulas al que las ha redactado, y, desde luego, a la inexistencia de confluencia de voluntades para interpretarlo, al haber una sola que es la de su redactor; pues el consumidor se limita a adherirse, si quiere contratar un préstamo hipotecario.

Ante las condiciones generales, la actuación notarial solo puede ser dejarlas tal como están si son legales, o excluirlas²⁰, pero no se pueden modificar, pues dejarían de ser tal condiciones generales para pasar a ser condiciones negociadas; en realidad sería así solo en apariencia, pues no sería ya en tiempo hábil, ni necesariamente en las convenientes condiciones para su meditación y aceptación (cfr. art. 89.1 TRLDCU), lo que, igualmente, derivaría en su carácter abusivo. La falta de información completa y con el necesario tiempo para la adecuada reflexión determinan la abusividad, aunque no falten supuestos en que no quede más remedio que aceptar lo que se propone (de «violencia económica» he llegado a oír hablar; que conllevaría el consiguiente vicio de consentimiento). Esta actuación abusiva difícilmente puede controlarla el notario, por lo que tienen que tener su propia forma de control (cfr. art. 147.4 RN). En suma, el notario prácticamente solo podrá rechazar las que sean palmaria-mente nulas o estén inscritas.

d) Es un contrato predispuesto bajo minuta por la entidad acreedora; y, finalmente, pero decisivo para la comparación entre préstamos hipotecarios—incluso los de profesionales que no son Entidades de crédito— es que son cuasi idénticas todas las minutas de préstamo hipotecario. No ya en las condiciones generales, sino incluso en las cláusulas destinadas a la constitución de la hipoteca (en sus aspectos de responsabilidad hipotecaria, tasación²¹ y vías de ejecución).

Por todo ello, aunque al autorizarse notarialmente se preste un único consentimiento al todo (es decir, al préstamo hipotecario en el conjunto de su clausulado, cualquiera que sea la naturaleza de estas cláusulas, sean esenciales o simples condiciones generales, financieras o de constitución de la garantía hipotecaria), lo cierto, y perfectamente divisible, es que una parte será con mera adhesión y otra, aquí sí, con auténtico consentimiento, en el sentido del art. 1.262.1 CC. Pero justo no lo hay en las problemáticas cláusulas de vencimiento anticipado, cláusula suelo o interés de demora.

²⁰ Vid. J. M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, «La nulidad de las condiciones generales», *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006, accesible en: <http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343> (última visita: 6 de setiembre de 2016), con aguda crítica a la RDGRN de 19 de abril de 2006, que excluye el control de legalidad por el registrador, cuya doctrina debía trasladarse igualmente a la actuación notarial.

²¹ Ahora, tras la reforma operada por la L. 1/2013, la tasación es necesariamente exigible en toda clase de préstamos hipotecarios, sean de las entidades de crédito, de los prestamistas profesionales o, simplemente, entre particulares. Al efecto, RDGRN de 22 de enero de 2014.

III. CONTROL NOTARIAL DEL CLAUSULADO ABUSIVO EN LOS TÍPICOS CONTRATOS COALIGADOS Y SERIADOS

El control notarial de legalidad, que incluye el control de las cláusulas abusivas, debe darse sobre un contrato, como es el del préstamo hipotecario, que salvo en sus elementos esenciales (y muy difícilmente el notario puede controlar la transparencia, por ser eminentemente una función de los tribunales) es de mera adhesión.

Además, el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda habitual (es frecuente que más del 70 por 100 del precio o incluso el 100 por 100, se pague con el capital del préstamo hipotecario), junto a ser seriado, también es un contrato complejo y coaligado funcionalmente con la compraventa²². Así, el préstamo hipotecario para adquirir la vivienda habitual, que es donde reside el problema, no es una operación autónoma sino coaligada económica y jurídicamente con la de adquisición, incluso en infinidad de supuestos se trata de subrogación en el préstamo hipotecario que ya tenía concedido el promotor, con la necesidad del consentimiento cuando menos tácito de la entidad acreedora²³; y, sin que la ausencia de la entidad de crédito al subrogarse comprador pueda soslayar la necesaria información y consiguiente posible impugnación de la cláusula abusiva por el comprador²⁴.

Ante esta coaligación negocial (compraventa-préstamo hipotecario) y el exiguo plazo (tres o cinco días)²⁵ que tiene el consumidor para informarse, no puede sino constatarse la irrelevancia práctica que da el legislador a esta posible información notarial, previa al otorgamiento del préstamo hipotecario. Irrelevancia que tiene como corolario que ningún consumidor ejercite dicho derecho de información ante el notario; desinterés que es pura racionalidad del consumidor pues para qué ejercitar un derecho que en poco o nada le va a permitir cambiar una decisión (suya y de la entidad de crédito) ya previamente adoptada. Por tanto, cualquier solución que pretenda amparar al consumidor no puede desconocer esta coaligación entre compraventa y préstamo hipotecario que la financia. La todavía pendiente transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumi-

²² Lo viene a reconocer implícitamente la STS de 24 de marzo de 2015.

²³ STS de 28 de noviembre de 2015.

²⁴ STS de 16 de septiembre de 2015; para el alcance de la cláusula de subrogación STS de 15 de septiembre de 2015; y, en cualquier caso, también encontraría acomodo genérico en la STJUE C-70/2003, de 9 de septiembre de 2004, incluso aunque no comparezca la entidad acreedora, pues, en todo caso, y para que pueda ser efectiva la subrogación, deberá consentirla siquiera tácitamente.

²⁵ Dichos tres o cinco días resultan de que se aplique o no la legislación catalana, que tras su suspensión (*BOE* núms. 242 y 243, de 9 y 10 de octubre de 2015) vuelve a regir (Auto de 12 de abril de 2016, del Pleno del Tribunal Constitucional). A la integración de los plazos de la legislación catalana y estatal, y demás posibles puntos de colisión, se refieren las RRDGRN de 25 de septiembre y 8 y 9 de octubre de 2015 y la más reciente de 9 de marzo de 2016.

dores para bienes inmuebles de uso residencial²⁶, habría de ser ocasión propicia para regular que, por la entidad de crédito, se haga constar la fecha exacta de cuándo se pide información y cuándo se confirma que se recibirá la oferta vinculante, lo que será trascendente para saber las posibilidades que se tienen de negociar con otra entidad de crédito antes de perder las arras.

En lo que es la legislación notarial, lo cierto y contemplado (art. 17 *bis* 2 letra *a in fine* LN), es que la escritura pública en la contratación en masa sigue siendo igual de escritura pública que en la negociada²⁷. En ambos supuestos se exige que el notario dé fe de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes²⁸. Ahora bien, ello no impide el que sea perfectamente divisible el clausulado, para su control, entre negociado y de mera adhesión.

Así, el control notarial se tiene que apoyar sobre dos claros pilares como son el acomodo a la legalidad (aunque falta un listado de cláusulas negras en esta materia de financiación de la vivienda habitual) y la voluntad debidamente informada. Ahora bien, la información (del tercero neutral, como es el notario, cfr. art. 147.4 RN) llega en un momento en que ya no hay verdadera posibilidad u oportunidad de aceptar o rechazar el préstamo hipotecario (con sus condiciones generales), del que además deriva obtener la financiación para poder pagar el precio de la compraventa coaligada; eso, unido a que, como he indicado, en las condiciones generales no hay consentimiento sino mera adhesión; por otra parte, el control de la legalidad no puede ser idéntico (lo que no quiere decir que esté excluido por ser mera adhesión) a cuando es un contrato negociado cláusula a cláusula. Por ello tiene pleno sentido el art. 145.1 RN, al margen de que la última parte de este art. 145 RN²⁹, fue anulada por la STS (Contencioso-administrativo) de 20 de mayo de 2008³⁰. Debe también observarse que el fundamento utilizado para la anulación de la reforma, según el cual no hay norma de rango legal que la ampare, además de ser

²⁶ Vid. P. SIRENA (CUR.), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Fondazione italiana del Notariato - Il Sole 24 ore (ed.), 2015, disponible en <http://elibrary.fondazione-notariato.it/pdf/I-2015.pdf> (última visita: 6 de septiembre de 2016), 640 pp.; y, entre nuestra doctrina, C. FUENTESECA DEGENEFTE, «La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE», en S. DÍAZ ALABART (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, Reus, 2015, pp. 127-222, donde se pasa revista a las distintas fases de la negociación.

²⁷ Vid., para el control de legalidad, art. 84 TR-LGDCU y, además, para no incorporación de las condiciones generales a petición del consumidor; aunque persiste la función notarial, L. 24/2001, cuyo art. 99 introduce un nuevo apartado 2 en el art. 5 LCGC.

²⁸ Este art. 17 *bis* LN se añade por el art. 115.1 L. 24/2001, de 27 de diciembre.

²⁹ Introducida por la reforma del RD 45/2007, de 19 de enero, que permitía expresamente ciertos supuestos en que el notario se podría negar a autorizar. El texto, incluso el anulado, puede encontrarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1944-6578> (última visita: 3 de agosto de 2016).

³⁰ Vid., en concreto, STS (Sala 3.ª, Contencioso administrativo, Sección Sexta), de 14 de octubre de 2008 y STS de 10 de marzo de 2009, que en el orden judicial (a los efectos que aquí interesan) tienen escaso o nulo relieve.

discutible, implica que su inobservancia podría dar lugar a responsabilidad disciplinaria (art. 43 dos, 2, A, C, L. 14/2000, de 29 de diciembre).

Tampoco cabe pasar por alto, y menos aceptar que se niegue como propio de la función notarial, sobre la pretendida falta de un texto legal que así lo proclame explícitamente, que el notario germano-latino conlleva en su mismo concepto y función, y, por ello, de suyo, el control de la legalidad (dentro de la que se incluye el control de las cláusulas abusivas), lo que implica para la autorización notarial de la escritura pública:

a) Que no se limita a recoger las manifestaciones sino que las tiene que adecuar a la legalidad. Es el notario el redactor³¹; otra cosa es que aquí se está ante un contrato bajo minuta y que, además, las condiciones generales negociadas dejan de ser tales y, por tanto, su forma de control tiene que ser otra, no a través del consentimiento y sus posibles vicios y consecuencias, sino a través de su inclusión, contenido y transparencia, lo que no todo puede ser propiamente notarial, sino judicial.

b) Que la autorización conforme a la legalidad vigente es reiteradamente exigida por los tribunales al tratar de la responsabilidad civil del notario autorizante. Es una obviedad que el consumidor no acude al notario para que le autorice una escritura que no se adecúa a la legalidad, y que no va a producir los efectos esperados por típicos del contrato, al margen de que ciertos pactos o clausulado puedan ser opinables (sobre todo si por normas sectoriales, como las de la banca, está admitido), singularmente, en tema de cláusulas abusivas, al no siempre derivar de textos positivos explícitos. Lo que se acaba de decir se evidencia en que solo tras la crisis hipotecaria del 2007 se ha acentuado o producido una nueva jurisprudencia del TS y del mismo TJUE (al plantear nuestros tribunales inferiores cuestiones prejudiciales, incluso respecto de modificaciones legales que pretendían introducir en nuestro ordenamiento positivo lo exigido por estos pronunciamientos)³². Así, ahora son abusivas cláusulas antes admitidas o incluso que dieron lugar a ejecuciones, *vgr.* vencimiento anticipado con una sola cuota impagada, intereses de demora de más del 20 por 100, etcétera.

c) Que así resulta, en tanto que el contenido propio de las escrituras son los contratos y negocios jurídicos de todas clases (art. 17.1, II LN), del propio art. 1.255 CC que no admite los pactos, cláusulas o condiciones que sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público, que debe incluir el orden público económico³³. Aquí cabría incluir —no tanto que

³¹ STC de 11 de noviembre de 2009.

³² Así, la STJUE C-8/14, de 29 de octubre de 2015, *BBVA*, para la inadecuación de la notificación para recurrir mediante la propia publicación de la L. 1/2013 en el *BOE*. Junto al ATJUE C-602/13, de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, que señala que el límite del art. 114.3 LH (introducido por la L. 1/2013) no excluye su posible carácter abusivo, a lo que debe unirse la RDGRN de 28 de mayo de 2014 que señala la no aplicación de dicho límite cuando es a meros «efectos hipotecarios», aunque obviamente el interés que se podrá cobrar no podrá rebasar sus límites (cambiantes entre que se concede y puede ejecutarse el préstamo hipotecario).

³³ Al respecto, G. B. FERRI, «L'ordine pubblico economico (A propósito di una recente pubblicazione)», en *Saggi di diritto civile*, 2. ed., Rimini, Maggioli, 1994, pp. 480-497, que junto a considerar la imposibilidad de dar una definición, y sí a lo más una descripción, por ser todas

como abusiva, aunque lo es— la denominada cláusula suelo, pues creo que va contra el orden público económico, en cuanto no permite al deudor hipotecario beneficiarse de la política económica de tipos de interés (incluso negativos) del Banco Central Europeo, ni adoptar al Gobierno una política económica que permita a los deudores ver reducida su cuota para fomentar el consumo u otras finalidades.

A todo ello se une que la legislación protectora de los consumidores es esto, lo que su propio nombre indica. No cabe subordinarla —pues implica incumplirla— a otras finalidades, ya sea la estabilidad económica, ya la del sistema bancario, etc. Para ello existen otros remedios.

1. Aplicación del control de legalidad notarial a la contratación en masa o seriada y a los contratos bajo minuta *ad hoc* con consumidores

Si el control notarial tiene que existir, e incluir el de abusividad, no parece la vía adecuada que se residence en un difuminado control genérico (salvo que se entienda como obligación general a la autorización de todo instrumento público)³⁴. El control notarial debe realizarse incluso en el contrato bajo minuta *ad hoc* (que es la que se utiliza para los préstamos hipotecarios, según su modalidad y, en general, en masa, justificado en obvias razones de eficiencia económica: difícilmente se podría redactar un contrato individual para cada consumidor), aunque haya mera adhesión del consumidor. Frente a ello en los elementos esenciales, por definición, sí hay consentimiento. Y, desde luego, sustraídos los elementos esenciales a la modulación notarial, por quedar sujetas a la capacidad negociadora de las partes (cuestión distinta es el alcance del control de transparencia). Más discutible me parece no admitir la posible existencia de partes accesorias del elemento esencial, o sea las partes que declaradas nulas no impiden que el contrato subsista, *vgr.* la denominada cláusula suelo.

En la contratación en masa (que tal es la contratación de los préstamos hipotecarios de las entidades de crédito) debe acudir al art. 147.1 RN³⁵,

las intervenciones estatales en los diversos sectores de la política económica, también llega a la conclusión de que el acto que lo infringe no puede determinar su invalidez, en cuanto es manifestación de la autonomía privada de los contratantes, frente a FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963; no obstante, en nuestro CC está el art. 1.255 CC, que, por no matizar, no únicamente comprenderá el orden público civil, sino también el económico.

³⁴ Dice el tautológico (por ser cierto al ser ya de esencia al notariado) art. 18.1.º L. 2/2009, de 31 de marzo, que los notarios: «[E]n su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».

³⁵ Este art. 147.4 RN (tras la modificación operada por el RD 45/2007, de 19 de enero, y la declaración de nulidad, por la STS (Sala 3.ª) de 20 de mayo de 2008, de partes de varios artículos de esta reforma reglamentaria del 2007, por razón de la inadmisibilidad del reglamento indepen-

y, además, debe tenerse presente que no actúa la regla *contra proferentem* en su sentido habitual, o al modo de en los negociados. Y no lo hace dado que hay una única voluntad, como es la del empresario (banca, inmobiliaria, etc.) o prestamista profesional; por tanto, queda en la práctica excluida la posibilidad de «indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico» el inexistente acuerdo en cuanto haya mera adhesión; así, se autorizará o no, se excluirá o no en la parte ilegal o abusiva, pero en las condiciones generales nada procede adecuar (pues justo les es de esencia el no ser negociadas), no siendo tampoco el notario el representante de ninguna de las partes contratantes, ni se evitaría la sanción por falta de tiempo hábil para negociar o decidirse.

Otras obligaciones esenciales del notario en la contratación en masa, conforme al art. 147 RN, son las que señalo seguidamente, así:

a) Consignar que se redacta conforme a minuta: existe la obligación por el notario de consignar (aunque incluso de faltar debe prevalecer el hecho notorio de que así es siempre) que «ha sido redactado conforme a minuta», y, además, «si le constare, la parte de quien procede esta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación», la constancia de que procede el redactado de la entidad de crédito es notoria, por lo que incluso debería eximir de la necesidad de su prueba judicial, o cuando menos a dicha entidad de crédito deberá corresponder la prueba de que no es bajo sus condiciones generales (imprescindibles por otra parte, por evidentes razones de eficiencia económica).

b) Informar respecto del clausulado predispuesto por una parte: Respecto de las «cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra», así procede tanto en lo que es la regulación de los elementos esenciales, como en las condiciones generales; si bien, y como ya he dicho, aquellos quedan sujetos a la capacidad negociadora de las partes, y estas como tales no son negociables, aunque sí excluibles por abusivas.

c) Comprobar que no contiene condiciones generales declaradas nulas³⁶. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, aquí ya se hace necesario distinguir entre la nulidad como supuesto de invalidez o nulidad estructural codificada, frente al contrato válido pero ineficaz, aunque sea solo en alguna de sus cláusulas (aquí las reguladoras de las condiciones generales) abusivas. Sobre ello se volverá con posterioridad.

diente y, otras, de jerarquía normativa), está centrado (lo que por otra parte es lo más ajustado en los contratos predispuestos como es el préstamo hipotecario) en el «insistirá en informar» del notario (lo que también recuerda la RDGRN de 23 de julio de 2014), y, además, en controlar que «no contienen [los préstamos hipotecarios] condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella». Esa inscripción, dicho sea de paso, no se produce con celeridad; basta el ejemplo, en lo que aquí interesa, de la STS de 16 de diciembre de 2009, relativa a la declaración de nulidad de diversas cláusulas incluidas en préstamos hipotecarios]. Fue también relevante la STS de 29 de diciembre de 2010 sobre carácter abusivo del redondeo al alza del tipo de interés.

³⁶ Vid. V. MÚRTULA LAFUENTE, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, Reus, 2012, p. 191, nota 281, aunque debe señalarse que, en la práctica, es de muy difícil consulta el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, junto a que escasamente sobrepasan las veintena las inscripciones.

d) Controlar la incorporación de las cláusulas: El notario «comprobará que no contiene condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales». Al efecto, hay que tener presente la ya referida STS de 16 diciembre 2009. Aquí la limitación al control notarial es manifiesta, ahora bien, ello no impide que deban rechazarse las que son palmariamente nulas, o las que por identidad de razón —y aunque den respuesta judicial a un caso concreto— ya han sido declaradas nulas, eso sí por el Tribunal Supremo, por ser el llamado en nuestro sistema judicial a crear jurisprudencia y doctrina legal. Aunque no falten casos en que sean más notorias (en los medios de información) resoluciones de tribunales inferiores, pero que en sí no crean jurisprudencia.

Finalmente, en el otorgamiento y autorización (art. 183.3 RN) se exige dar fe de que tras la lectura íntegra, lo que no significa, ni exige, la lectura monocrorde desde el número de protocolo al último doy fe, sino hacer llegar el contenido al compareciente de forma que lo entienda, no como algo abstracto (aunque así se configure la contratación en masa y las condiciones generales) sino singularizado a cada compareciente (cultura, idioma, etc.). Los comparecientes «han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y de haber prestado a este su libre consentimiento», sin distinguir, ni poderse, entre que sea o no bajo minuta, cuestión distinta es este consentimiento único (pero divisible) a todo el instrumento, en el que, desde luego, se hace imprescindible distinguir entre el consentimiento propiamente dicho (y así lo es a los elementos esenciales) y la mera adhesión a las condiciones generales.

La autorización notarial procede aunque a múltiples cláusulas, como condiciones generales que son, solo haya adhesión, que en sí excluye la libre prestación del consentimiento por el deudor hipotecario. Y la hay cuando el contrato está predispuesto antes de la fase contractual, en todo o parte, por una de las partes (en el préstamo hipotecario por la entidad acreedora), sin posibilidad, no tanto de discutirlo, sino de verdaderamente negociarlo con, además, posibilidad real de alterarlo³⁷, justo por el desequilibrio contractual de las partes contratantes³⁸.

También procede la autorización (pues no es sino función judicial, que la autorización notarial no puede excluir ni condicionar) aunque hipotéticamente pudiera haber nulidad por falta de transparencia (cuando sin ser una tercera forma de control no queda claro en la jurisprudencia si incide sobre la inclusión o el contenido, que parece lo que tiene que ser). La falta de transparencia no puede fundarse en una simple redacción más o me-

³⁷ *Vid.*, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, p. 441. Art. 9:403 DCFR.

³⁸ *Vid.*, en el ordenamiento inglés, Reg. 5 (2), UTTCR 1999, para deducir que no puede considerarse individualmente negociado lo predispuesto unilateralmente y respecto de lo que el consumidor no ha estado en situación de poder influir en su contenido, pues no se trata de lo hipotético o abstracto sino de la situación real, y, en la misma línea Comentario (B) al art. II-9:103 DCFR.

nos clara, ni tampoco en que se redacte con negrita, cursiva, mayúsculas y demás elementos diferenciales, y al no poder ser esto lo determinante —aunque no sea infrecuente que en la jurisprudencia de los tribunales inferiores así se tome como elemento relevante— debe estarse no a la transparencia formal que sería esta, sino a la transparencia material o de su contenido y efectos —lo que exige incluso una previsión de futuro— y, por tanto, que la parte proponente y redactora del documento realice en la oferta o negociación alguna clase de pronóstico, simulación o modelo que permita conocer al consumidor si su préstamo o crédito realmente va a ser de tipo variable, o si, por el contrario, va a ser de tipo fijo con alguna probabilidad de fluctuar al alza; y, sin duda, todo ello exige la necesaria *real opportunity*³⁹. En parecidos términos, art. 89.1 TRLGDCU, al declarar abusivas las cláusulas de que el consumidor «no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato», que no es sino la posibilidad de conocer en el momento precontractual adecuado (no puede olvidarse que no es un contrato negociado) el contenido y sus efectos «para evitar sorpresas» y, además, que sea real la posibilidad de alterar por el consumidor lo que se le ofrece por la entidad de crédito.

Así, pues, no se trata de una transparencia formal o gramatical, que fácilmente sería controlable por el notario, e incluso si lo que se le lee lo comprende cada concreto consumidor, sino de una transparencia de contenido, y aquí sí es imprescindible una previsión de futuro con distintas simulaciones o ejemplos de la posible o previsible evolución del mercado hipotecario, y, además, con el añadido de que la diligencia exigible, a la entidad de crédito, no será una diligencia razonable⁴⁰, o del buen comerciante, sino la diligencia específica derivada de que su actuación debe ser conforme a una concreta *lex artis ad hoc*, justo por razón de la exclusividad de su objeto —no cualquier ciudadano, cooperativa o sociedad de capital puede ser banquero, lo que es lógico y coherente— y, por cuanto, por el coste irrelevante que le supone, a la entidad de crédito, obtener la información dada la evidente externalización por el sin número de operaciones crediticias que realizará, y en que podrá utilizarla.

1.1. *Doctrina inicial de la DGRN respecto al control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos o créditos hipotecarios*

El control notarial se ha visto mediatizado por la doctrina registral y no cabe olvidar la condición de funcionario público del notario. Por ello, con el viejo art. 10 (singularmente art. 10.2.2 y 10.4) L. 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, la posibilidad de rechazo de determinadas cláusulas a través de la calificación

³⁹ *Vid.*, por todos, S. J. WHITTAKER, «Unfair Terms Consumer Contracts», en H. BEALE (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, 28.^a ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1999, p. 755.

⁴⁰ La razonabilidad aparece como nueva categoría en la interpretación de los contratos, frente al clásico buen padre de familia, en la reforma del año 2016 del *Code civil* francés. *Vid.* art. 1.188.2 *Code*.

notarial y registral de las mismas fue operativamente muy escasa, junto a que, sobre el ámbito de la calificación notarial y registral, las RRDGRN (dos) de 19 de abril de 2006 (y otras varias posteriores), precisaron claramente que, frente a su control de oficio por la autoridad judicial, los notarios y registradores únicamente podían rechazarlas cuando habían sido judicialmente declaradas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC), al margen las que sean contrarias a una ley imperativa o prohibitiva que, evidentemente, también se debían rechazar⁴¹. Nueva doctrina, sobre lo ya existente, y fruto de la nueva realidad jurisprudencial, es la que fija la RDGRN de 14 de mayo de 2015, con un exhaustivo, y justificado criterio, de las cláusulas que son o no inscribibles.

Los límites iniciales al control notarial hablan por sí solos (ciertamente que es una mera norma reglamentaria frente a las normas protectoras de los consumidores con rango de Ley); a ello se une, junto a la transcripción literal de las causas de vencimiento anticipado impuesta por el art. 12 LH (ya visto), como en la calificación registral (art. 18 LH), hay dificultad para determinar cuándo es o no abusiva una cláusula (al margen de ser contraria a norma prohibitiva o imperativa o que esté inscrita en el RCGC) sin la pertinente contienda judicial⁴².

1.2. Doctrina vigente de la DGRN respecto del control de las cláusulas abusivas por los notarios, junto a la jurisprudencial al ejecutarse

Cambio radical, en la orientación de la doctrina registral, es el que derivó de las RRDGRN de 4 de noviembre de 2010 y 21 de diciembre de 2010, y, singularmente, tras los pronunciamientos del TJUE (asunto *Pannon*) y la L. 1/2013⁴³, en la RDGRN de 13 de septiembre, con la que debe

⁴¹ En todo caso para los momentos temporales a partir de los que es exigible una u otra conducta debe tenerse presente la STJUE C-168-15, de 28 de julio de 2016, *Milena Tomášová*, precisa que: «[N]o cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la Sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM* [...] en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral que estimó una pretensión de condena al pago de créditos en virtud de una cláusula contractual que debe considerarse abusiva, en el sentido de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de esa cláusula, a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, ha inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión». Conviene pues retener claramente la relevancia temporal del asunto *Pannon*.

⁴² *Vid.*, para una clara defensa del control de legalidad (también en las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios) por notarios y registradores, sin que, como precisa, invada competencias judiciales, por ser muy distinto su ámbito de actuación, J. M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario al art. 84 TR-LGDCU», en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 774-781.

⁴³ Un cuadro comparativo de los diversos artículos antes y después de esta reforma puede verse en el link: <http://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2013/10-proteccion-deudores-hipotecarios-comparativa.htm> (última visita 3 de setiembre de 2016).

darse por superada la Nota del Consejo General del Notariado acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, en que se recordaba, y así es, que la Exposición de Motivos de la LCGC atribuye el control —cabe entender que in abstracto— a los jueces y tribunales, y, por contraposición, cabría deducir, a los notarios y registradores únicamente en el estrecho ámbito en que pueden hacerlo.

Dentro de este cambio radical, y aunque el clausulado de vencimiento anticipado se reduce en su aplicación a los caso de impago, eso sí, ahora sin discusión tienen que ser tres cuotas mensuales (L. 1/2013), supuso una clara delimitación de la materia y de qué era o no inscribible, como ya he citado, la RDGRN de 28 de abril de 2015⁴⁴, que hace tanto un repaso a las cláusulas financieras y no financieras inscribibles, y resalta (FD 5, 2.º párrafo), que ni toda infracción legal es abusiva, ni la legislación de defensa de los consumidores el único canon normativo, desde luego, sí prevalece sobre la legislación sectorial, sea bancaria o de actuación notarial.

En lo que es el control jurisprudencial debe tenerse también presente el orden público substancial, del que debe advertirse que no necesariamente actúa ya *ab initio*⁴⁵; de ahí la consiguiente imposibilidad de controlarse notarialmente; su control debe ser al ejecutarse. Este orden público substancial se infringiría cuando ciertas cláusulas —aunque estén incluso libremente concertadas y delimitadas— hurtan la aplicación de ciertos valores, de orden público, considerados substanciales, en su doble dimensión, político-económica y humanística o extra-patrimonial; o sea, los derechos atribuidos al hombre en cuanto hombre, tal que los derivados de su dignidad humana, que incidiría en el derecho no a una vivienda, sino a la vivienda o lugar donde pernoctar, siquiera sea temporalmente, antes de ser lanzado de su vivienda. Este imprescindible control judicial permitiría tanto validar cláusulas *ab initio* ilícitas, como moderar las que eran lícitas.

Es, pues, indudable la necesidad de su control, aunque pueda discutirse si debe o no prevalecer el contrato incluso por encima del art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). No alejada de esta concepción está la STJUE C-34/13, de 10 de septiembre de 2014, *Monika Kušionová*, que, en un supuesto en que existe garantía inmobiliaria sobre una vivienda que constituye el domicilio familiar, precisa que el juez nacional competente puede adoptar cualquier medida provisional que prohíba continuar la ejecución, dado que, en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por la Carta de los Derechos Fundamentales, lo que el tribunal nacional debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13, como un medio adecuado

⁴⁴ Alude a ella J. M.ª MIQUEL, «Consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas predisuestas abusivas», *Almacén de Derecho (blog)*, 12 de mayo de 2015, accesible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2015/05/consecuencias-de-la-nulidad-de-pleno.html> (última visita: 6 de setiembre de 2016).

⁴⁵ Vid. G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 111-156.

y eficaz de poner fin a la aplicación de cláusulas abusivas, y, desde luego, como un límite a la realización de los derechos subjetivos, incluso el de realización del préstamo hipotecario.

1.3. *Necesaria transparencia en los elementos esenciales y condiciones generales desde los tratos preliminares al otorgamiento notarial*

Tras la STJUE C-484/08, de 3 de junio de 2010, *Caja Madrid*, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, e incluso las relativas a elementos esenciales del contrato como es el precio, que en los préstamos hipotecarios sería el interés remuneratorio (más discutible es que también lo sea la cláusula suelo), son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad. Ello, al margen ya de la sempiterna discusión sobre la transposición o no al ordenamiento español del art. 4.2 Directiva 93/13. De acuerdo con el precepto el control de transparencia es aplicable a los elementos esenciales, como es el interés remuneratorio, y, más en concreto, a una de sus partes, no esencial (pues el préstamo hipotecario puede subsistir sin ella). Es susceptible, pues, de aplicarse a la cláusula suelo la claridad y comprensibilidad⁴⁶; comprensión que es material, y no meramente formal. Por tanto, no es gramatical o de mero conocimiento o información de que existe y qué límite inferior o mínimo tiene, sino funcional y finalista (en relación con el interés que se aplica y que hay en el mercado hipotecario), dado sus posibles efectos y consecuencias económicas dentro de las varias décadas de duración del préstamo hipotecario, pues pueden ser hasta cuatro décadas.

Con este sentido de la comprensión (y con ello de la transparencia), o sea con el sentido de qué significa y qué consecuencias produce la cláusula suelo, no basta decir o acreditar que la conoció y que sabía el tipo mínimo, pues la comprensión exige saber —y en tiempo hábil— qué efectos le podría producir de futuro, en lo que no es elemento desdeñable el saber cuánto tiempo será eficaz, por ser durante el mismo el préstamo hipotecario como si fuese a interés fijo; esto es un juicio claramente judicial, que no notarial, pues la información, una vez más, no puede ser únicamente al momento final o del otorgamiento, sino que debe ser ya en el inicial de los tratos preliminares.

Para su impugnación, como cláusula de actuación eventual que es, no puede ser día inicial sino aquel en que se aplica por la entidad de crédito, para lo que pueden haber transcurrido años, ni tampoco —por su extremada larga duración— pueda ser admisible, sin más, que anulada la cláusula suelo (o límite inferior) se tenga que anular el techo o límite superior (si es que existía y guardase o no proporcionalidad), anular tam-

⁴⁶ En cuanto a la transparencia y claridad cabe acudir a la ya amplia jurisprudencia. Así, STS de 9 de mayo de 2013; STS de 8 de septiembre de 2014; y STS de 3 de junio de 2016, con continúa jurisprudencia, no obstante, los recelos que suscita en algunos sectores doctrinales.

bién el techo —al anularse toda la cláusula— cuando solo el suelo es el que en dicho momento resulta abusivo, puede llegar incluso a perjudicar al consumidor la total anulación de suelo y techo, justo por su duración durante décadas, cosa distinta es que en la práctica española muchas veces se produce la resolución judicial por incumplimiento y consiguiente vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, por lo que ya es intrascendente que se mantenga o no el techo.

2. Control notarial de las cláusulas negras, sorpresa (por su ubicación) y eventuales (por su actuación) en los préstamos hipotecarios

Antes de pasar a la consideración de las denominadas cláusulas negras o prohibidas, pues en nuestro sistema de defensa del consumidor no hay las denominadas cláusulas grises⁴⁷; así, como de las conocidas como cláusulas sorpresa, por lo improcedente y sorprendente para el consumidor de su ubicación; y de las cláusulas eventuales, o que no actúan ya inicialmente sino en un momento posterior, sin que tampoco sea segura su actuación, incluso cabe pensar que no llegarán a actuar, tal que la cláusula suelo o los mismos intereses de demora.

Por dicha distinción, y diferente forma de actuar, conviene tener presentes los requisitos para determinar cuándo una cláusula es abusiva. Así, conforme a la STS de 9 de mayo de 2013, los requisitos de la cláusula abusiva no negociada (obsérvese este presupuesto de la no negociación, pues de haberla todo queda referido a la capacidad negociadora, al margen de que pueda haber falta de transparencia, tal que en la cláusula suelo) son los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada⁴⁸.

b) Que, en contra de exigencias de la buena fe objetiva, causen un desequilibrio importante. Así, y aunque no esté referida al préstamo hipotecario sino a la compraventa (aunque susceptible de extenderse si se da la identidad de razón o analogía), lo relevante no es el desequilibrio económico sino jurídico⁴⁹.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor; es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario⁵⁰.

⁴⁷ Así, lo precisa la STS de 15 de abril de 2014, al indicar que únicamente se contemplan las denominadas cláusulas negras, o prohibidas por en sí ser abusivas.

⁴⁸ Cfr. art. 3 de la Directiva 93/13/CEE y art. 1.1 L. 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación* (LCGC).

⁴⁹ Así, STJUE C-226/12, de 16 de enero de 2012.

⁵⁰ Para el concepto de consumidor, STJUE C-110/14, de 3 de septiembre de 2015, *Costea*, para un supuesto en que el consumidor era abogado. Y, para la inaplicabilidad del posible carácter abusivo a los no consumidores, la STS de 3 de junio de 2016.

Hoy aparece unánimemente aceptado. Cuestión distinta es hasta qué momento procesal puede apreciarse el carácter abusivo. Cabe entender que en cualquier trámite, hasta que no ha sido dictada sentencia firme, y el art. 552 LEC prevé ahora que dicho carácter abusivo pueda ser observado por el Juez *ad limine*. El precepto no distingue entre ejecución hipotecaria u otras; así también debe apreciarse en la extrajudicial, incluso aunque el notario sea el mismo que autorizó la escritura de constitución, entre otras cosas por la continua evolución jurisprudencial. También puede ser invocada la abusividad como causa de oposición en cualquier ejecución (art. 561, punto 3.º, apartado 1; art. 696 LEC).

2.1. *Existencia de cláusulas negras, pero inexistencia de cláusulas grises y de un órgano de control de cláusulas abusivas*

Como no hay un sistema de lista gris en nuestro Derecho del consumo, pues se ha optado por establecer únicamente un listado de cláusulas negras (que por sí ya son siempre abusivas), y por comparación con el resto del articulado, lo que no hay es una lista de cláusulas negras referidas a los préstamos hipotecarios (aunque esté salvado esencialmente a través de la doctrina de la DGRN, especialmente la ya citada RDGRN de 14 de mayo de 2015). Y, prácticamente, solo puede ser aplicable, y por no ser infrecuente que además de la hipoteca haya también fianza, el art. 88.1 TR-LGDCU, en cuanto vía para sancionar la sobregarantía⁵¹.

En lo que es la frecuente alegación, singularmente para la cláusula suelo, por la entidad de crédito, de que la condición general debatida es una cláusula negociada que forma parte del precio⁵², olvida que la legislación española, conforme a la STJUE C-484/08, de 3 de junio de 2010, *Caja Madrid*, permite también el control del contenido sobre el objeto principal del contrato⁵³.

2.2. *Las denominadas cláusulas sorpresa y eventuales en el control notarial de la abusividad incluso en los elementos esenciales*

Las denominadas cláusulas sorpresa, lo son justo por regular una determinada materia o extremo en lugar en que no cabe esperar, dentro de

⁵¹ Me referí a la sobregarantía en SERRANO, «La protección de los deudores hipotecarios: aspectos sustantivos y la denominada venta extrajudicial», *Actualidad Civil*, núms. 7-8, 2013, pp. 939-940.

⁵² CARRASCO *et al.*, «CESCO opina...», p. 11, mantiene claramente que la cláusula suelo es una condición general, y, desde luego, en la práctica así funciona, al no poderse alterar el suelo que en cada momento y cada entidad de crédito tiene para cada modalidad de préstamo hipotecario.

⁵³ Dentro de la delimitación jurisprudencial de lo abusivo en los préstamos hipotecarios también hay que señalar la STS de 4 noviembre 2010, que ha declarado la nulidad por abusiva de la llamada cláusula de redondeo al alza del tipo de interés. En la medida en que la cláusula de redondeo también constituye un pacto accesorio del elemento esencial que es el tipo de interés de referencia, iguales consideraciones, según entiendo, son extensibles para calificar como condición general de contratación a la cláusula suelo-techo.

la buena fe objetiva y lealtad contractual, *vgr.* la cláusula suelo dentro del interés variable cuando lo que supone es convertir, por un plazo indefinido, el interés variable en fijo si baja a menos que dicho límite. Las llamadas cláusulas eventuales son tales por no actuar ya *ab initio*, sino en un hipotético momento posterior, *vgr.* los intereses de demora o incluso la misma cláusula suelo, lo que implica que el consumidor no les dé la importancia que pueden llegar a tener, justo por no actuar ya de presente, sino de forma hipotética e incluso en forma que cabe esperar no suceda.

Es esta eventualidad de futuro la que exige que se refuercen los mecanismos de información o de constancia explícita de que el consumidor ha entendido no ya su existencia —que en sí no requeriría de especial explicación— sino las consecuencias que de activarse le pueden suponer, pues dicha eventualidad es la que puede suponer que por su única posible futura actuación, al consentirlas o adherirse, el consumidor pueda estar con la guardia baja; sin que pueda imputársele falta de diligencia, por la necesaria buena fe objetiva y lealtad contractual exigibles ya en los mismos tratos preliminares, cuanto más al momento de entrega de la oferta vinculante y, sin duda, al momento del otorgamiento notarial.

Para que estas cláusulas sorpresa o eventuales sean específicamente percibidas —incluso en sus consecuencias finales— por el consumidor se ha previsto un remedo bastante deficiente, tanto porque la necesidad de su autografía por el deudor hipotecario es innecesaria cuando ya interviene el notario; como porque no dejará de seguir siendo, si lo son, condiciones generales, con su específica forma de control judicial y notarial, y, dicho remedo, es el «Soy conocedor...»⁵⁴, en que el deudor hipotecario-consumidor manifiesta la existencia o no de cláusula suelo (una nueva manifestación de la denominada cláusula suelo, de la que deberá dejarse constancia de su existencia, es la conocida como «cláusula cero»)⁵⁵; la

⁵⁴ Se contempla en la *Guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España*, disponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folleto/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf (última visita: 6 de setiembre de 2016), conforme a la remisión en su regulación del art. 6.1 L. 1/2013.

⁵⁵ El mínimo de interés cero también es cláusula suelo (así, RDGRN de 8 de octubre de 2015), pues dado que ya son negativos (Euribor) implica que como mínimo se tenga que pagar el diferencial (que devendría en fijo en tanto sea negativo el interés de referencia); por ello, hay ya entidades de crédito que permiten restar el interés negativo; pero, a la vez, también contemplan expresamente que si sumado el interés negativo (o de referencia) al diferencial diese un interés negativo, en este supuesto, no satisfaría intereses al deudor hipotecario, lo que se justifica en el carácter oneroso del préstamo hipotecario; no obstante, sigue habiendo aquí un problema y es que como frutos civiles, el devengo día a día está contemplado para el usufructo (art. 474 CC), y por razón de la duración vitalicia o limitada del usufructo (a fin y efecto de que no se dé el caso de que el usufructuario no perciba ningún fruto), no parece que pueda trasladarse, sin más, al préstamo hipotecario, en que el cómputo, para determinar si se cobran o se pagan intereses (y si es o no oneroso para la entidad de crédito), no puede ser cada cuota, ni incluso cada año, sino la total duración del préstamo hipotecario, pues también hay derecho a cobrar intereses si por el desistimiento anticipado se causa perjuicio a la entidad de crédito. En consecuencia, tendría que ser la total duración del préstamo hipotecario, para determinar su onerosidad, a ello, además, se une que la fórmula que expresamente se consigna para su cálculo puede dar un resultado negativo, sin que, además, pueda olvidarse que la cuota a satisfacer tiene un doble componente como es la suma (o resta de ser negativos) de los intereses más el capital amortizado, por lo que no se

existencia o no de cobertura (de los tipos de interés) y si se paga o no en divisas.

Nada resuelve, pues, esta manifestación autógrafa y, además, parecería innecesaria pues bastaría que el notario deje expresa constancia de que se han hecho estas advertencias y explicaciones, no como cláusula genérica, al momento del otorgamiento y autorización final, sino específica al hilo y en la misma cláusula en que se regulen.

Por otra parte, sí es evidente que ciertas formalidades, tal que la negrita, cursiva o mayúscula, junto a ser un añadido del notario, en sí mismas no presuponen un consentimiento específico a estas denominadas cláusulas sorpresa o eventuales. Al margen de que en otros ordenamientos jurídicos, y más como aspecto bancario que no de defensa del consumidor, sí se exige, así en Italia, como un elemento de la transparencia *«il profilo dell'aspetto grafico»*.

Pero tampoco puede desconocerse que el consentimiento específico, a estas cláusulas sorpresa o eventuales, y la tipografía, son dos cosas distintas, dado que la transparencia no es formal, sino material o del contenido, pues la inclusión resulta evidente. Así, exigiría distinguir:

Por un lado, el requisito formal y aquí sí cabría el requisito del aspecto gráfico, aunque también sería imprescindible que lo fuese en el momento oportuno, es decir, como muy tarde ya al momento de la oferta vinculante, que en esta quede claramente destacado cada uno de los elementos dichos, que pueden ser sorprendentes o de actuación eventual.

Por otro lado, distinto es el interés sustantivo de la persona, o posibilidad del contenido material (consecuencias o efectos de llegar a actuar), este no se cumpliría con el simple aspecto gráfico, sino que interés sustantivo vendría a equivaler a comprensibilidad. Lo que debería impedir, por crear confusión, el utilizar unas veces el tanto por ciento y otras el tanto por mil, o, en lugar de hablar de tantos por cientos, hacerlo de puntos básicos u otras expresiones o jergas económicas, que no jurídicas, ni propias del ciudadano corriente y consumidor no siempre informado. Y, por ello, aunque es cierto que las Directivas parten de un abstracto ciudadano medio generalmente informado, y para él debería estar redactada la minuta hipotecaria (o contrato seriado con condiciones generales de la contratación), sin embargo, lo cierto es que la transparencia exige que la información sea la adecuada a cada concreto deudor hipotecario, función

trataría de que la entidad de crédito tenga que pagar intereses (algo en verdad insólito), sino que al ser uno de sus dos componentes negativo (como son los intereses remuneratorios negativos) y tener, en consecuencia, una deuda con el que es deudor hipotecario tendrá que restarse del otro y, en consecuencia, pagar el deudor hipotecario únicamente la diferencia entre ambas magnitudes (capital más o menos intereses); así, además, por razón de la compensación automática, art. 1.195 CC, junto al art. 1.196 CC para los requisitos exigibles, tales que vencido, líquido, exigible, cantidad de dinero y que lo estén principalmente y sin que haya, sobre ninguna, retención o contienda promovida por terceros y notificada al deudor. La onerosidad creo que debe predicarse de la total operación de préstamo, no de cada cuota concreta, ni de cada ejercicio contable.

que corresponde a quien entrega la oferta vinculante y, en último término, al notario.

Finalmente, la preferencia caso de discrepancia entre la forma y el interés sustantivo del consumidor debe concederse a este último; así tiene que ser dado que la buena fe objetiva y la misma lealtad contractual, incluso en la fase preliminar, no se satisface con cumplir una normativa sectorial —por otra parte, configurada como de contenido mínimo—, sino la legislación de protección del consumidor, que en sí exige que de forma clara y sencilla pueda todo consumidor entenderla en sus efectos de futuro, y, sin duda, esto podría lograrlo el notario, convirtiendo dicha información en entendible para cada consumidor concreto. Ahora bien, lo que no puede —la información notarial— es suplir la exigencia de que se haya dado en tiempo hábil, y esto es campo de la legislación de protección del consumidor, que es prevalente sobre la sectorial bancaria.

2.3. *Necesaria transición del derecho de la banca (o sectorial) a un Derecho bancario integrador del consumidor no generalmente informado*

Una cosa es lo que exige, o pueda exigir de futuro la transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, de crédito hipotecario, en orden a las obligaciones de las entidades de crédito, lo que no dejaría de ser regulación de una actividad sectorial, como lo es la bancaria o crediticia, al margen de su indudable relevancia para la economía nacional; y otra distinta la general de protección del consumidor, de la que la sectorial únicamente puede ser especialización que no excepción, ni suficiente su cumplimiento para justificar o soslayar el cumplimiento de la protectora de los consumidores. Así es, además, dado que la normativa sectorial viene a cumplir con una exigencia de requisitos mínimos, cuando la transparencia lo que tiene que lograr es romper con la «asimetría informativa», que tiene que ponerse de manifiesto al consumidor y gratis, pues por su propia dedicación, y como un gasto más, tiene que tenerla, por deber de diligencia profesional, el prestamista profesional (sea o no entidad de crédito).

La transparencia bancaria (legislación sectorial)⁵⁶, en relación con la protección del consumidor (legislación general), exige completar la información sectorial de forma que, frente a una información genérica

⁵⁶ El mejor ejemplo de esta legislación sectorial, también colateralmente dirigida a proteger al consumidor, es la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que en sí es una clara manifestación del denominado «derecho de la banca», o sectorial, muy en concreto, en su art. 30; y, además, para comprobar sus distintos destinatarios, basta comparar los arts. 8 y 9 LCC con el contenido de los arts. 5 a 7; y lo ratifica la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, *de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios*, junto a la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, *sobre publicidad de los servicios y productos bancarios*.

para una pretendida plural figura del consumidor (que se correspondería con la pretensión de un consumidor como ciudadano europeo generalmente informado), se tenga que dar una información personalizada para cada contratante débil o consumidor no generalmente informado; conviene significar que incluso la cláusula suelo es desconocida, hasta en su mero significado de límite, y sí así es, aunque pueda resultar sorprendente por la múltiple jurisprudencia y noticias informativas, pero es que el prestatario hipotecario es como es no como pueda abstractamente presuponerse, o respecto del que, desde luego, deba legislarse. Por ello resulta difícil reducir el concepto de consumidor a una sola categoría⁵⁷. Menos cuando está claramente alejada del común saber del consumidor la permanentemente renovada terminología financiera. Renovación que es, sin duda, obligación de las entidades de crédito, así renovar sus «productos financieros»⁵⁸ es también imprescindible, pues de esa renovación es indudable que han salido los actuales, que incluso con sus cláusulas suelo son más beneficiosos, también para el consumidor, que sus predecesores.

La cuestión está en que la legislación sectorial toma como sujeto destinatario a las entidades de crédito; y frente a ello, singularmente en España, para lo que basta ver el origen de los pronunciamientos del TJUE, la legislación protectora del consumidor exige tomar a la figura del consumidor —adquirente de su vivienda habitual o asimilado— como *subjecta materia*. Por todo ello, y en el necesario tránsito de la legislación bancaria (o sectorial) a una legislación integradora también de la protección del consumidor (o general), no puede ampararse la pretendida transparencia, ni en el simple, aunque estricto, cumplimiento de la normativa sectorial; ni en pretender que la información (o tipografía notarial) puedan salvar lo que en la fase precontractual no se ha cumplido, sea en el aspecto formal o tipográfico, como tampoco en el sustantivo.

En verdad, el problema no es únicamente de jerarquía normativa (que es evidente entre la legislación sectorial de la banca y la de protección del consumidor, por prevalecer esta última), sino de dar prevalencia a la normativa protectora de los consumidores, por tanto, no puede ampararse, sin más, la entidad de crédito, empresa o profesional, en que ha cumplido con lo que le exige su normativa sectorial, sino que debe cumplir con la normativa de protección de los consumidores, por otra parte, incluso en igualdad de rango normativo, la prevalente.

⁵⁷ Para la postura de nuestro TS, STS de 28 de mayo de 2014, en la compra de despacho profesional para la prestación de servicios.

⁵⁸ *Vid.*, para sus recelos a la innovación financiera, por los problemas que puede generar en la economía y en la estabilidad de las mismas entidades de crédito, A. MAYMONT, *La liberté contractuelle du banquier. Réflexions sur la sécurité du système financier*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 289 y ss.

IV. SUBVERSIÓN DE LA REGULACIÓN CODICIAL DE LA NULIDAD A TRAVÉS DE LA NULIDAD CONSUMERISTA: DE LO NULO ABSOLUTO A LO NULO RELATIVO POR ABUSIVO

Destacada la distinta tipología de cláusulas (negras vs. grises, sorprendidas o eventuales) que pueden aparecer en los préstamos hipotecarios y su carácter abusivo, así como la prevalencia del derecho general de defensa del consumidor frente al regulatorio o sectorial de la actividad de las entidades de crédito, procede ahora considerar, cuando se predica la nulidad de las cláusulas abusivas, si estamos ante un supuesto de invalidez o de ineficacia (originaria o sobrevenida), y, a la vez, si la nulidad codicial, de evidente carácter sancionador (por resultar de la falta de algún requisito esencial, art. 1.261 CC, o por ir contra norma imperativa o prohibitiva o contra las previsiones del art. 1.255 CC), es idéntica a la nulidad consumerista, cuya evidente finalidad no es sino proteger al consumidor (no tanto que sancionar al que las aplica), y, en consecuencia, declarar únicamente la nulidad de una cláusula concreta, o incluso solo parte de la misma, pero con subsistencia del contrato. Esto, a la vez, plantea la posibilidad o no de integrar el contrato respecto a la parte declarada nula, y, esto, por su parte, ha llevado respecto de los intereses de demora a discutirse si es o no aplicable el art. 1.108 CC, cuando se declaran nulos los intereses de demora por abusivos.

Ya puede anticiparse que parece innegable que lo abusivo requiere como presupuesto, al menos desde la óptica codicial decimonónica, que el contrato sea válido, pues si fuese nulo, por vicio o defecto estructural, ya no sería abusivo, sino nulo e ineficaz⁵⁹. Lo que, además, desde la óptica notarial, como ya se ha reseñado tiene su relevancia pues no es igual de fácil controlar lo invalido *ab initio* (y radicalmente nulo), que lo que podrá o no serlo eventualmente y como un supuesto de ineficacia, en donde no son ajenas las vicisitudes económicas. A ello se une, que como se ha dicho, en nuestro sistema positivo de protección del consumidor tampoco existe expresamente norma que establezca directamente que la falta de información es supuesto de nulidad⁶⁰, ni una lista de cláusulas negras para los préstamos hipotecarios.

1. Elementos que permiten diferenciar entre lo nulo codicial y lo abusivo consumerista

No parece que pueda identificarse la nulidad radical y absoluta del CC (art. 1.303 CC), con la nulidad, por ineficacia, que proclama el art. 8 LCGC⁶¹ o el art. 83 TR-LGDCU, aunque sea omnicompreensivo el concep-

⁵⁹ Así, incluso fuera de nuestro ordenamiento, en la doctrina italiana se cita el art. 1.440 *Codice civile*, para el dolo incidental y la Cass. Civ. Sz. I, 29 settembre 2005, n. 19024.

⁶⁰ *Id.*, al efecto, Cass. Civ. Sez. Un. 19 diciembre 2007, n. 26724.

⁶¹ Precisa, al efecto, MIQUEL, «La nulidad...», en el epígrafe 1 (Nulidad de pleno derecho en interés del adherente), que la nulidad del art. 8 «es una nulidad de pleno derecho relativa [...]», y,

to de nulidad de nuestro CC (como propio del siglo XIX en que imperaba el contrato negociado) y aunque dicha nulidad del CC español tanto puede derivar de la invalidez como de la ineficacia. La diferencia esencial, por no ser idénticas, estará en la retroactividad, por no poder ser igual lo que ya nació nulo de lo que deviene tal por su ineficacia⁶².

Dentro de la imprescindible distinción, por lo ya indicado, entre lo nulo (e inválido) y lo abusivo (e ineficaz), se hace imprescindible resaltar las novedades consumerísticas vs. categorías dogmáticas codiciales y su adaptación a nuestro Derecho positivo⁶³. Así cabe distinguir:

a) La litación de la autonomía de la voluntad, posible a través del art. 1.255 CC, singularmente el orden público, como orden público económico, no como límite a los efectos de lo declarado abusivo, sino como límite a ciertos pactos, *vgr.* cláusula suelo.

b) El neo-formalismo, la forma no ya como necesidad de la forma privada incluso en cualquier contrato en que haya consumidor (aunque es constitutiva aquí en el préstamo hipotecario), sino como elemento de tutela de la parte débil o no informada⁶⁴, a través del clausulado claro y comprensible, unido a la información —eso sí siempre que sea en tiempo hábil— que puede hacer llegar al consumidor un tercero neutral como es el notario.

c) La información gratuita, debe suministrarse por quien tiene la obligación de tenerla, dada su profesión y profesionalidad exigible (“contrato asimétrico”), y obligación —incluso desde la óptica del análisis económico del derecho— de ponerla a disposición de la otra parte para romper la asimetría informativa. La entidad de crédito debe ponerla a disposición del cliente o consumidor por su obligación de tenerla gratis, dado el rol que cumple y le es exigible en la economía. Junto a la facilidad de externalizar los costes por la infinidad de contratos que celebrará fundados en dicha información.

d) El desistimiento —como atenuación del vínculo contractual— respecto de contratos vinculados, no es todavía exigible, pero sí será una

además, añade que una ineficacia establecida por la Ley no tiene por qué encajar en un concepto previo elaborado por alguna de las construcciones doctrinales sobre la nulidad. Y para mayor claridad precisa que de pleno derecho «equivale a por obra de la Ley y no por obra de la sentencia que la aprecie». Por lo que se rechaza que el art. 8 establezca una ineficacia semejante a la que representa para la doctrina dominante la anulabilidad. Mas esa ineficacia no se aleja en esto de otra construcción de la anulabilidad, que sostiene que la sentencia en el caso de la anulabilidad no es constitutiva.

⁶² No es pacífica la admisión de la distinción entre la ineficacia y la invalidez, como puede verse, entre la manualística más reciente, P. DE PABLO CONTRERAS, «Ineficacia e invalidez de los contratos», en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 4.ª ed., Madrid, Colex, 2014, pp. 484-485.

⁶³ Se refiere a esta distinción un amplio sector de la doctrina italiana, así, entre otros, V. SCALISI, «Nullità e ineficacia nel sistema europeo dei contratti», en su recopilatorio *Categorie e istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*. Milano, Giuffrè, 2005, pp. 652-656, bajo el expresivo epígrafe de «5. Lo statuto dei contratti del consumatore e il mutato quadro delle cause di nullità».

⁶⁴ Al efecto, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 173-177, precisa que cuando hay consumidores (y aquí cabría añadir, aunque la forma sea constitutiva), no es ya que no quepa la libertad de forma, sino que esta cumple, en esencia, y siempre, una función garante de la información al consumidor.

obligación cuando se transponga la Directiva europea de créditos hipotecarios.

e) La ineficacia de ciertas cláusulas abusivas de los contratos con consumidores no coincide con la nulidad codicial (manifestación de la invalidez, art. 1.261 CC, y de la inobservancia de leyes imperativas o prohibitivas, art. 6.3 CC), sino con una nulidad especial, relativa o consumerística, que suele ser parcial (raramente por su gravedad arrastrará a la totalidad del contrato) y, en general, sobrevenida (cuando menos en el momento de su apreciación).

Esta distinción se pone de manifiesto en los siguientes aspectos⁶⁵. Así:

a) No deriva el carácter abusivo de los elementos intrínsecos del contrato (supuestos clásicos de la nulidad absoluta) sino de la conducta del empresario o profesional. Lo relevante es, pues, el procedimiento de formación del acuerdo o cláusula que se pretende abusiva, controlable a través de la buena fe objetiva y de la ruptura del equilibrio, junto a la transparencia o no.

Aquí se hace prácticamente imposible el control notarial pues no se trata de controlar la violación o incumplimiento de un precepto imperativo o prohibitivo, o la falta de los requisitos del art. 1.261 CC, sino que, frente a la regla de validez, se está ante la regla de conducta, que conlleva la prueba de un hecho y esta queda confinada al comportamiento del prestamista (sea o no entidad de crédito, pero sí profesional), desde el inicio de los tratos preliminares (incluso antes con la oferta o, incluso, con la publicidad de préstamos en muy concretas e inalterables condiciones si se cumplen tasados requisitos) y hasta la entrega de la oferta vinculante. Eso sí, en el momento del otorgamiento ya es el notario el que debe informar y disipar dudas, otra cosa es que ello, y por ser condiciones generales, no excluye la mera adhesión, ni si se discute la necesidad de probar la adecuada información y en el tiempo oportuno, pues así lo exige explícitamente el art. 89.1 TR-LGDCU.

La nulidad consumerista no puede ser, pues, idéntica a la derivada de los vicios o falta de consentimiento, ni asimilable, por tanto, en sus totales efectos; singularmente, en su necesaria eficacia retroactiva (o *ex tunc*), dado que aquí es un problema de ineficacia, no de invalidez, salvo que se considere como norma prohibitiva la prohibición genérica de las cláusulas abusivas en el TR-LGDCU, cuando lo cierto es que solo lo señala expresamente en las denominadas cláusulas negras.

b) En la nulidad protectora del consumidor, al margen la acción colectiva, no siempre lo protegido es un interés público (interés general *vs.*

⁶⁵ Para un más extenso conocimiento de la ineficacia, desde una óptica integrada de los distintos fenómenos legislativos y de la realidad económica que confluyen, cabe acudir a Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 649-669 y, singularmente, para los diversos niveles de control de las cláusulas no negociadas, del control de los elementos de la abusividad y, desde luego, para los efectos, incluso de las denominadas cláusulas negras y grises, pp. 771-830.

dimensión funcional), pues puede ser simplemente el del consumidor impugnante, que incluso puede interesarle mantenerla, en cuanto prevalece sobre la particular si le es más beneficiosa, y, además, es posible la impugnación incluso aunque la haya venido cumpliendo, basta que en un momento dado resulte abusiva, así sucede en la «cláusula suelo».

c) Puede apreciarse de oficio, en ambos casos, aunque no faltan sentencias del TS que resaltan la prudencia a la hora de apreciar, de oficio, nulidades codicísticas, sobre todo por razón de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

d) Es doctrina y jurisprudencia unánime que la nulidad codicística puede ejercitarse cualquiera de las partes de forma imprescriptible; por el contrario, para la declaración de abusividad, aunque apreciable de oficio, únicamente está legitimada la parte deudora o consumidor, que está en su perfecto derecho de no ejercitarla.

e) De lo que se acaba de decir resulta claro que los efectos no pueden ser los mismos, unido a que por su origen la nulidad codicística es una nulidad-sanción a la inobservancia de los requisitos para que exista un contrato válido, por infringir normas prohibitivas o imperativas o los mismos límites del art. 1.255 CC; mientras que la nulidad consumerista es una nulidad-protectora del consumidor, y, además, único posible impugnante en la acción individual.

Finalmente, en la nulidad-protectora o consumerista se trata de comprobar cómo la conducta precontractual ha incidido en la validez del contrato, para lo que no puede bastar el cumplimiento formal (o aparentemente formal, que es lo que puede comprobar el notario), sino que se trata de comprobar —y esto es propio de la autoridad judicial— el cómo la actuación precontractual ha influido en la reglamentación de los intereses (sin olvidar que frente al CC aquí los protegidos son los del consumidor).

2. Abusividad e ineficacia en la mutación de la nulidad-sanción (codicial) a la nulidad-remedio (consumerista): art. 1.108 CC y retroactividad

Solo si se admite un concepto genérico de la nulidad codicística (art. 1.303 CC; más excepcionalmente los arts. 1.305 y 1.306 CC), comprensiva tanto de los casos de invalidez como de ineficacia, es decir, una nulidad concebida como una categoría general, solo así puede subsumirse íntegramente la nulidad consumerista (o singular) dentro de la nulidad codicial (o general), pero esto no puede aceptarse ser así sin más; no puede serlo dado que parece imprescindible distinguir entre nulidad por invalidez, nulidad por ineficacia, mera anulabilidad y, desde luego, la nulidad parcial o relativa, y, junto a ello, unos concretos efectos, que en el actual estado del debate, en nuestra jurisprudencia (en concreto la de los tribunales inferiores) y doctrina, se centra en la posibilidad de aplicar el

art. 1.108 CC⁶⁶, cuando se decreta la nulidad de los intereses moratorios por abusivos y, por otra parte, en la retroactividad de la ineficaz «cláusula suelo» por abusiva, en todo caso desde que se aplique, pues por su mismo carácter eventual puede serlo al cabo de años de constituirse el préstamo hipotecario, aunque por no ser inválida sino ineficaz no parece descabellado que sea justo ineficaz desde el mismo momento en que deviene firme la sentencia que la declara, que, obviamente, será sentencia del Tribunal Supremo, pues lo extraño es que ambas partes se conforme con sentencia de tribunal inferior.

2.1. Inaplicabilidad del art. 1.108 CC y sí de los intereses remuneratorios sin que ello implique integración del contrato

La aplicación o no del art. 1.108 CC cuando son declarados nulos por abusivos los intereses moratorios exige como presupuestos básicos indicar que ambos son intereses, con idéntica naturaleza; o sea la de intereses, con todas sus consecuencias, incluso la usuraria, y ello al margen de que a veces se hable de indemnización (para los de demora) incluso *a forfait*, pues esto será el efecto pero no su naturaleza pero distinta causa de pedir⁶⁷; en efecto, la que va de la remuneración del capital prestado hasta que se devuelve (se esté o no en mora o incluso ya en situación de incumplimiento por haberse dado por vencido), a lo que es, en los moratorios, el incremento de la retribución justo por estar en mora, o ya en fase de incumplimiento, incluso en esta no cabe olvidar que en nuestro Derecho, mientras se puede cumplir en forma específica (o *in natura*) así debe cumplirse⁶⁸.

Por tanto, no hay forma más exacta de cumplir, y que, además, respete: *a)* la supresión de la cláusula abusiva (lo que sucede cuando se declaran nulos por abusivos); *b)* la no integración, pues admitido que los intereses ordinarios o remuneratorios siempre están devengándose —hasta que se extingue el contrato— si bien que absorbidos por los de demora cuando estos empiezan a devengarse, por tanto, al dejarlo de hacer por declararse nulos siguen devengándose (al margen sus propias vicisitudes, tal que fuesen también abusivos o usurarios)⁶⁹; *c)* el cumpli-

⁶⁶ Contrario a la aplicación del art. 1.108 CC se muestra F. PANTALEÓN PRIETO, «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», *Almacén de Derecho (blog)*, 7 de julio de 2015, accesible en <http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios> (última visita: 6 de septiembre de 2016), con amplio debate entre él y el profesor J. M.^a MIQUEL.

⁶⁷ Me he referido a la materia en Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Interessos de demora i altres possibles clàusules abusives: Impossibilitat de moderar-los si són declarats abusius», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2015, 15 (2), pp. 143-155, accesibles en: <http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP> (última visita: 6 de setiembre de 2016).

⁶⁸ Me he referido al tema, también, y allí me remito, en SERRANO, «Crisis hipotecaria: Una crónica de la muerte anunciada...», pp. 219-220. Se refiere ahora a la cuestión ARROYO AMAYUELAS, en su contribución en este mismo libro, con opinión discrepante a la que aquí se sostiene.

⁶⁹ Para la postura jurisprudencial de la no integración debe acudir a la citada al comienzo STS de 23 de diciembre de 2015, al indicar que ya la STS de 7 de septiembre de 2015,

miento específico o «in natura», siempre que sea posible, y, en efecto, delimitado el contrato en lo que se ajusta a la legalidad, suprimidos pues los intereses de demora abusivos, la forma de cumplir es pagando estos intereses remuneratorios hasta tanto se extinga el contrato y, *d)* la letra del art. 1.108 CC, que literalmente habla de mora, aquí en verdad ya es incumplimiento, al haberse dado por vencido, y, por otra parte, precisa que «a falta de convenio, en el interés legal», justo cuando se declara abusivo lo que es evidente es que sí había convenio, pero abusivo, por tanto, no se da el supuesto de hecho del art. 1.108 CC, ni puede, en este supuesto, aparte de doctrinalmente también estar admitida su diferencia, asimilarse lo *nulo* (que ya he dicho no por invalidez sino por ineficacia) con lo inexistente, pues ciertamente existía y se ha suprimido, por lo que el contrato de préstamo hipotecario queda tal cual se pactó (es decir, teniéndose que seguir pagando los intereses remuneratorios) y, en consecuencia, así debe cumplirse⁷⁰.

Además, parece innegable que —al aplicar los intereses remuneratorios pactados— no hay integración ninguna pues lo que queda vacío por su carácter abusivo, vacío queda, por haber desaparecido completamente los intereses de demora abusivos; y, además, nada se trae de fuera para llenar el hueco —o clausulado— dejado vacío por la nulidad, sean previsiones legales como la del art. 1.258 CC (al que por otra parte ya no hay remisión, en el vigente el art. 83 TR-LGDCU) o posibles pactos, pues como se ha dicho los intereses remuneratorios son aplicables en tanto hay capital prestado, y lo hay hasta que no se devuelve o se extingue el contrato, sin que pueda hablarse de integración por aplicarse los intereses ordinarios o remuneratorios pactados, dado que estos ya estaban y únicamente estaban absorbidos por los intereses de demora (en algunas entidades de crédito es evidente dado que se trata de un porcentaje que se suma a los remuneratorios) por lo que desaparecidos los mismos, por abusivos, siguen —como por otra parte estaban— los intereses remuneratorios, que, además, al tratarse de una nulidad-remedio o protectora del consumidor, es lo que mejor les protege por ser —cuando menos al día de hoy— considerablemente inferiores al interés legal del dinero.

precisó que: «[L]a conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1.258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor... [C]omo se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE».

⁷⁰ Claramente a favor de la no aplicación del art. 1.108 CC, sino de que se mantenga la aplicación de los intereses remuneratorios, se pronuncia la STS de 3 de junio de 2016.

2.2. *Admisibilidad de la irretroactividad en la «cláusula suelo» por no derivar de la invalidez sino de la ineficacia en un momento concreto*

Ya he señalado con anterioridad que esta nulidad, derivada de una cláusula abusiva (en este caso la cláusula suelo), no puede confundirse con la nulidad radical (al modo clásico del CC), incluso aun con la dicción literal del art. 83TR-LDCU, de declararlas nulas y tenerlas por no puestas, por ello, se habla de ineficacia, que no de invalidez estructural o *contra legem*, junto a tampoco haber un texto explícito, frente a otras materias, en el TRLDCU, que las señale explícitamente como negras, que en sí ya no podrían incluirse.

Para nuestro Derecho, y desde la óptica de la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia y la retroactividad o no de sus efectos, es de especial relieve la STS de 25 de marzo de 2015, que señala como doctrina legal (aunque con voto particular en contra, referido también a los efectos *ex tunc*):

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

El problema, por tanto, es y a expensas de lo que resuelva el TJUE⁷¹, qué fundamentos en la distinción entre validez e ineficacia, originaria y sobrevenida, pueden encontrarse para considerar que no es la retroactividad desde que se aplica, sino desde dicha concreta fecha de 9 de mayo de 2013, en que se declara su nulidad por falta de transparencia. Sin que, desde luego, pueda ser argumento el orden público económico o argu-

⁷¹ Al efecto, es innecesario destacar la pesadumbre que en ciertos sectores, frente a otros que las reciben como mal menor, han suscitado las ya dichas Conclusiones del Abogado General Paolo MENGOTZI, presentadas el 13 de julio de 2016, cuando dice que: «[E]l art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, entendido a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias propias de los litigios principales, no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que este declara el carácter abusivo de las cláusulas “suelo”, ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia en ese sentido». Lo que supone, según opinión prevalente, que convalidaría la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pero tampoco parece que necesariamente tenga que ser así, pues se limita a decir que cabría la limitación, parece que justo por lo singular del caso, aunque frente a ello lo exigible es la equivalencia con lo resuelto para los otros supuestos de nulidad, y aquí reside el problema, como se trata de exponer, pues no es un claro supuesto de nulidad por invalidez, sino de ineficacia, no equiparable ni a la nulidad, ni a la anulabilidad codicial, sino que tendría que resolverse si la sentencia es declarativa (así parece, al simplemente reconocer lo que ya es nulo por abusivo desde que se da esta eventualidad) o constitutiva.

mentos similares pues implicaría cargar al consumidor responsabilidades que no le corresponden.

Para dar solución, pues tiene que ser conforme a nuestro Derecho interno, se tendrá que partir de que se trata de una nulidad relativa, no completamente equiparable, ni a la nulidad ni a la anulabilidad (aunque aquí ya sería discutible si estamos ante un contrato claudicante o que nació nulo pero a falta de impugnación), sino una nulidad protectora del consumidor; que, a diferencia de otros supuestos, no es una cláusula negra, pues ningún texto legal así la contempla, sino que resulta su nulidad de la nulidad genérica de las cláusulas abusivas; que no es un supuesto de libre elección del consumidor, así es en la práctica, pues aunque se pretende elemento esencial y, por ello, se tiene que acudir a la transparencia, que se da o no al momento inicial de perfeccionarse el contrato, como una cuestión de contenido, que no de inclusión, junto a que necesariamente será actuante de futuro, pues siempre hay un plazo —aunque se mínimo— en que se aplicará el interés pactado; por todo ello, parece un claro caso de ineficacia sobrevenida, pues únicamente actuará eventualmente si se dan sus presupuestos, y su supresión requiere de una declaración judicial, en que ciertamente, y aunque sobrevenida, no exige por sí que tenga que ser *ex nunc* (aunque la falta de transparencia si lo fue en dicho momento), pues podría considerarse que no se declara algo sino que la sentencia es constitutiva y, por ello, en este caso sí debería aceptarse la fecha señalada por la STS de 9 de mayo de 2013, aunque por dicho simple argumento y no por el inasumible del orden público económico, que justo sancionaría al que tiene que proteger como es el consumidor.

En base a lo que se acaba de decir lo que parece irrefutable es que la sentencia que declara el carácter abusivo lo único que hace es constatar, declarar que no constituir, una situación evidente, al menos en la cláusula suelo, cual es que se está cobrando un interés abusivo, por tanto, y por sus simples efectos declarativos tiene que ser con efectos *ex tunc*, o retroactivos, al momento en que la cláusula por eventual deviene aplicable, es decir, a la primer cuota que se cobra aplicando la cláusula suelo. En la acción colectiva sí es cierto que declara su cese de futuro, pero en la individual lo que hace es simplemente constatar su carácter abusivo y, por ello, su ineficacia que tiene que ser desde que es abusiva⁷², procede, pues, la retroactividad.

V. CONCLUSIONES

De la ya amplia jurisprudencia tanto nacional como comunitaria resulta evidente que las cláusulas abusivas pueden apreciarse de oficio y no únicamente por la autoridad judicial, sino también por funcionarios

⁷² Singularmente SCALISI, «Nullità...», p. 670, defiende para la ineficacia su «naturale vocazione alla composizione di interessi conflittuali o penzionalmente confligente e como tale, in uno scenario sempre più dominato dalle leggi del mercato».

públicos como son los notarios. Cuestión distinta es que su forma de actuación es sustancialmente diferente, en tanto que el notario no puede entrar en juicios de valor, y, por ello, difícilmente en la transparencia cuando esta depende de la actuación de las partes, singularmente de la redactora de las cláusulas o condiciones generales, o de la información ofrecida, lo que es decisivo en la cláusula suelo, y hoy ya no ofrece problema en los intereses de demora, al haberse fijado en dos puntos sobre los remuneratorios.

Es igualmente claro que no hay en nuestro sistema de protección del consumidor un sistema de cláusulas grises, sino que hay únicamente cláusulas negras. Y, desde luego, estas faltan en la protección del consumidor financiero hipotecario, aunque puede decirse que actualmente esté suplido por la jurisprudencia y doctrina registral, que no por el RCGC.

Es necesario coordinar la legislación sectorial, cuyo destinatario es la entidad de crédito, con la legislación de consumo, cuyo destinatario es el consumidor, y, en todo caso, la que prevalece en caso de duda, y, de igual forma, que no puede obviarse bajo el argumento de haber cumplido con la legislación sectorial.

Finalmente, y aunque puede aparecer discutible, por falta de texto positivo expreso, la declaración de abusividad es una declaración de ineficacia, en que será discutible si la sentencia es declarativa o constitutiva, y con ello si sus efectos son *ex tunc* o *ex nunc*, pero, en cualquier caso, parece que en la «cláusula suelo», y justo por su falta de transparencia al concertarse el préstamo hipotecario, tiene que ser retroactiva.

The Europeanization of Commercial Agency Law

Dieter KRIMPHOVE*

CONTENT: I. INTRODUCTION.—II. EUROPEANIZATION AND SUBSIDIARY.—III. HOW TO MEASURE THE «EFFICIENCY» OF LAW?: 1. New economic approach. 2. Application of new scientific methodology justified by the Principle of Subsidiary.—IV. THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS IN A NUTSHELL: 1. The objective of the New Institutional Economics. 2. Economic impact of Institutes. 3. Wide concept designation of Institutes.—V. EUROPEANIZATION IN THE LIGHT OF ECONOMIC ANALYSIS: 1. Scope. 2. EU-Predicted application of national (additional) law to complete EU-law-standards, in the cases. 3. Allowances of Member states to adopt their own rules. 4. No EU-Regulation left for national Legislation.—VI. EXAMPLE: FOR A JURIDICAL EFFICIENT EUROPEANIZATION OF «PERIODS OF LIMITATION».—VII. EUROPEANIZATION BY INDIVIDUALS: 1. Influence of private persons in Private International law. 2. Benefits of private activeness.—VIII. EUROPEANIZATION BY JURISDICTION.—IX. RÉSUMÉ.

I. INTRODUCTION

Europeanization of Commercial Agency Law can be considered as a role model to demonstrate the functioning of the Europeanization of law. The following reasons will prove this:

- a) As there is only one European source of law —by name the European Commercial Agent Directive 86/653/EEC— the subject brings ostensibly about very clear arrangements.
- b) I allow myself asserting, that the Commercial Agency Law is not as sophisticated as other areas of law.
- c) In order to solve this problem, the literature has drawn conclusions from experience gathered since the introduction of the Commercial Agency Directive.

Benefiting from the simplicity of the Europeanization of Commercial Agency Law this legal matter also demonstrates a new method of law comparison (which I call the «Comparative Economic of law»). This method supports the creation of new and efficient European Law or serves to har-

* Jean Monnet Professor *ad personam*, University of Paderborn.

monize national law. The secondary aspect will reveal criteria to evaluate the process of Europeanization and gives advice on how to proceed in the process of Europeanization simultaneously.

II. EUROPEANIZATION AND SUBSIDIARY

Starting point of my contemplation is the fact that all European measures have to comply with the European Principle of Subsidiary, as it is set out in art. 5.3 Treaty on European Union and the Protocol (No. 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality¹. The Principle of Subsidiarity —based on the «Catholic Social Teaching»²— comprises an organizing principle of competence and responsibility. It gives the local and small entity the precedence in problem solving³, provided that the smallest and closest-related entity has the power to solve problems efficiently⁴. A central authority should only interfere in case of issues that cannot be handled effectively on a more immediate or local level⁵. In the Principle of Subsidiary, the term efficiency precedence —notably efficiency of law— becomes an essential and constituent fact. Hence, the question arises how to measure the efficiency of law.

III. HOW TO MEASURE THE «EFFICIENCY» OF LAW?

To clear up this essential question the economic approach of the New Institutional Economics can be used.

1. New economic approach

The starting point of the connection of jurisprudence and economics is the understanding that economic methods are used to explain legal

¹ DO C 83, 30 of March 2010, 13 et seq.

² PIUS XI, «Quadragesimo anno», in *Acta Apostolicae Sedis. Commentarium Officiale*, vol. 23.6, Romae, Typis Polyglottis Vaticanis, 1931, pp. 177-228, esp. 190-209 (http://www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_1931-1931__Sancta_Sedes__Acta_Apostolicae_Sedis_Vol_023__LT.pdf.html); PAULUS VI, «Gaudium et spes», in *Acta Apostolicae Sedis. Commentarium Officiale*, vol. 58.15., Romae, Typis Polyglottis Vaticanis, 1966, pp. 1025-1120, esp. 1109, §86 (http://www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_1966-1966__Sancta_Sedes__Acta_Apostolicae_Sedis_Vol_058__LT.pdf.html); PIUS XII, «Pfungstsonntag [= La solennità della Pentecoste]», in *Acta Apostolicae Sedis. Commentarium Officiale*, vol. 33.6, Romae, Typis Polyglottis Vaticanis, 1941, pp. 195-203 (http://www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_1941-1941__Sancta_Sedes__Acta_Apostolicae_Sedis_Vol_033__LT.pdf.html); see also LEO XIII, «Litterae Encyclicae Sanctissimi D[omini] N[ostri] Leonis Papae XIII de conditione opificum [=Rerum novarum]», in *Acta Sanctae Sedis*, vol. 23, Romae, Ex Typographia Polyglotta: 1890-1891, pp. 641-670 (http://www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_1890-1891__Sancta_Sedes__Acta_Sanctae_Sedis_23__LT.pdf.html).

³ See PIUS XI, *Quadragesimo anno...*, *op. cit.*, §§79, 80.

⁴ PIUS XI, *Quadragesimo anno*, *op. cit.*, §§77 et seq., §79; rudimental in LEO XIII, *Rerum novarum*, *Acta Leonis XIII* 11 (1892), §11; PIUS XII, *La solennità della Pentecoste*, *op. cit.*, pp. 237 et seq., 242, 245.

⁵ See also PONTIFICAL COUNCIL FOR JUSTICE AND PEACE, *Kompendium der Soziallehre der Kirche*, Vatican, 2004, p. 148, §187 (with further quotations).

statements, norms and their clarification, as well as judgments. Furthermore, the economic consideration of human decision of choice of goods, prices and scarce goods, among other things, will be looked at, in order to also achieve legal incentives and restrictions of human behaviour⁶. Likewise, the change of prices also brings about changes in the capacity of legal norms that influence behaviour within a framework of constant conditions. This mechanism corresponds to the demand in the economy⁷.

2. Application of new scientific methodology justified by the Principle of Subsidiary

Institutes are the «tools» to minimize transaction costs. Their existence and the ability of institutes to economize transaction costs becomes an indicator of the effectiveness of national and institutional arrangements (law). Every national law system features different transaction costs according to its quality. Hereby the New Institutional Economics can compare institutes and their arrangements as national or multinational law. The New Institutional Economics constitutes a new (economical) standard of law comparison. The continental traditions of law inventions up to now base exclusively on the «standardized exegesis» with the help of strong legal rules of clarification⁸. The New Institutional Economics—in contrast—measures norms according to their ability to minimize transactional costs, and thereby prevent the waste of resources with the intention to raise the necessary efficiency (of welfare)⁹.

By referring to the «efficiency», the Principle of Subsidiary justifies the application of the economical approach of the New Institutional Economics.

⁶ C. KIRCHNER, in H. D. ASSMANN, C. KIRCHNER and E. SCHANZE (eds.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr, 1993, 2nd ed., pp. 63 et seq.; R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Cia, 1977, Part 1, law and Economics, An Introduction, pp. 4 et seq.; see also A. M. POLINSKY, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product. A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of law*, Tübingen, Mohr, 1993, 2nd ed., pp. 99 et seq.; critical, H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, Mohr, 1995, pp. 29 et seq.; W. NAUKE, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, Werner Verlag, Neuwied, 1996, p. 147; F. KÜBLER, «Effizienz als Rechtsprinzip. Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente», in J. BAUR, K. HOPT and P. MAILÄNDER (eds.), *Festschrift für Steindorf zum 70. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 1990, pp. 687 et seq.

⁷ Cfr. H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, *op. cit.*, p. 29; R. S. PINDYCK y D. L. RUBINFELD, *Microeconomics*, 2nd ed., New York, MacMillan, pp. 73 et seq., 84 et seq. and 245 et seq.

⁸ See art. 31 Vienna International Sales Convention; more precisely the contract clarification from the law viewpoint of K. ZWEIGERT and H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 1996, pp. 395 et seq. (with further references).

⁹ Cfr. P. SALJE, *Ökonomische Analyse des Rechts aus deutscher Sicht*, Rechtstheorie, 1984, 15, pp. 277 et seq.

IV. THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS IN A NUTSHELL

The research area of the New Institutional Economics (or its precedent «Economic Analysis of law») first originated in the 1960s¹⁰. The goal is to analyse the application of economic methods in order to examine the economic impact on legal rules¹¹.

Within the epoch-making monography *The Problem of Social Cost* in 1960¹² Coase focused not only the relationship between economic control mechanisms and legal questions but also included the view of economic interests. He described, with the help of economic methods, conditions arranged between parties with conflicting interests (i.e. proprietor and interferer)¹³. The greatest merit of Coase was to emphasize the economic value of *institutes: The New Institutional Economics*. Already in 1937, Coase has proved the minimizing effect of *institutes* on transaction costs and —due to this— the welfare profit of institutes for social, economic and political systems¹⁴.

In his work on the *The nature of the firm*¹⁵, Coase looked for reasons why partnerships, companies or business entities exist on the market. He justified their existence with the advantage of the reduction of transaction costs. A market where only small, individual suppliers are operating is characterized by a vast amount of detrimental transaction costs (especially costs for search, information and bargaining). E.g. Every individual demander has to look for a reliable supplier who got the desired product with an adequate quality. He will also have to explore what the delivery conditions are and in what time he will be able to dispose over the good. Hence, he will have to bargain conditions and delivery-time. This process induces various costs. On the other hand, every individual supplier strives, at great expense, for the knowledge about the adequate products or services, and their characteristics.

All these investigations involve several transaction costs, especially information, search and bargaining costs. Avoiding such transaction costs does not only provide an individual benefit to the parties, it also opens positive aspects from an economic point of view:

¹⁰ The documentation of literature until now by: H.-D. ASSMANN, C. KIRCHNER y E. SCHANZE (eds.), *Ökonomische Analyse...*, *op. cit.*, p. XI, note 1.

¹¹ EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, *op. cit.*, pp. 4 et seq.

¹² *Journal of law and Economics* 3, pp. 1 et seq.

¹³ Coase himself understands his contribution as an antithesis to the theory of Pigou, the person who causes the negative external effects alone is allowed to carry, in order to act contrary to, the divergence of private and social optimums.

¹⁴ R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, *Economica*, New Series, 1937, 4 (16), pp. 386-405; R. H. COASE, «The Nature of the Firm: Meaning», *Journal of law, Economics and Organizations*, 1988, 4, pp. 14 et seq.; see also. T. VEBLÉN, *The Engineers and the Price System*, Kitchener (Ontario), BatocheBooks, 2001; T. VEBLÉN, *The Engineers of Business Enterprise*, New York, Mentor, 1904; J. R. COMMONS, *Institutional Economics*, New York, MacMillan, 1934, pp. 55 et seq.; J. R. COMMONS, *Legal Foundation of Capitalism*, New York, Macmillan, 1924.

¹⁵ See above.

a) Transaction costs will increase the prices of the exchange of goods and services. The reduction of transaction costs equates with the improvement of the exchange of goods.

b) The avoidance of transaction costs will prevent supply crisis.

c) The reduction of transaction costs will thereby enable the efficient allocation of goods and services. So that those market participants, who market foreign goods and services more efficiently than other actors and who for this reason will invest more to acquire these goods and services, will have the possibility to acquire and to utilise them fully.

d) This effect will guarantee competition and a best value pricing.

e) If the supplier cannot market his goods due to high transaction costs, he will not undertake measures to preserve their quality. Thus wasting of scarce resources develops.

f) If the supplier —due to high transaction costs— cannot commercialize his product, he will reduce time and costs to store and to receive goods.

g) This will cause the waste of scarce resources. The economization of transaction costs therefore is synonymous for preserving scarce resources.

h) Transaction costs are unsolicited in economic systems because of their unfavourable effect on welfare. Search, information and bargaining activities will neither raise the quality of the product nor improve the quality of its distribution. Furthermore, the expenditures bind financial capacities of enterprises and prevent investments in e.g. research and development.

1. The objective of the «New Institutional Economics»

Transaction costs for example occur to the parties by:

a) identifying the appropriate trading or cooperation partner (search costs),

b) necessary investigations in the market, the product and its quality, and/or the dependability of the supplier (information costs),

c) defining their existing legal position (defensive costs), the process of acquisition of new legal positions or rights (acquisition costs), or by

d) the control and enforcement of arrangements, contracts and/or rights (enforcement costs).

The above-mentioned economic defects and damages are not only a theoretical problem. Actually, the amount of transaction costs in modern economies is estimated to 70-80 % Net National Product (NNP)¹⁶. By this, transaction costs have tremendous influence, not only on weak, but also on industrialized markets.

¹⁶ R. RICHTER, *Institutionen ökonomisch analysiert - Zur jüngeren Entwicklung auf einem Gebiet der Wirtschaftstheorie*, Tübingen, Mohr, 1994, pp. 5 et seq.

The consequences of the above-mentioned findings must be to abolish or at least to minimize transaction costs, in order to raise and to foster national welfare. Whenever an economic system is willing to stabilize and improve welfare it has to allow its participants¹⁷ to avoid or at least to minimize transaction costs. So the economic and law system that will be able to prevent transaction costs will be more efficient than the one facilitating transaction costs. The former will by this hold and manifest—as North expounded in *The rise of the Western world*¹⁸— evolutionary advantages.

2. Economic impact of Institutes

«Institutes» have the power to minimize transaction costs. Here Coase proves that the institute of enterprises/company groups minimize transaction costs efficiently. Due to their hierarchical structure, the «parent company» will order the exactly needed quantity in the appropriate quality within the required time from its subsidiary. Expenditures and costs for searching the right quality or a reliable provider will become in the same way obsolete as bargaining costs. The supplier can avoid previous costs for market research.

At least the economization of expenditures of harmful transaction costs justifies the existence of a combine¹⁹.

3. Wide concept designation of Institutes

The New Institutional Economics defines the term of «institution» very broadly. It sees herein all rules, which affect (the way of) acting of individuals.²⁰ That makes the New Institutional Economics interesting for social sciences particularly, because the broad institute term expands the consistent assumption of economic methodology on social or ethi-

¹⁷ See E. SOHMEN, *Allokationstheorie und Wirtschaftspolitik*, München, 1994, pp. 26 et seq.; also, C. J. DAHLMAN, «The Problem of Externality», *Journal of Law and Economics*, 1979, 1 (22), pp. 141 et seq., p. 161

¹⁸ D. C. NORTH y R. P. THOMAS, *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973; D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; D. NORTH, *Structure and Change in Economic History*, New York, WW Norton, 1981. See, D. KRIMPHOVE, *Rechtstheoretische Aspekte der neuen Ökonomischen Theorie des Rechts*, *Rechtstheorie*, 2001, 32, pp. 497 et seq., 522 et seq.

¹⁹ The existence of combines finds its natural limit: If the costs of administration of a combine are higher than the profit through economized search, information or bargaining costs, participants of an economic system will not tend to establish combines.

²⁰ R. RICHTER and E. G. FURUBOTN, *Neue Institutionen-Ökonomik*, Tübingen, Mohr, 2003, 3rd ed., pp. 7 et seq. (with further references); O. E. WILLIAMSON, «Comparative Economic Organization. The Analysis of Discrete Structural Alternatives», *Administrative Science Quarterly*, 1991, 36 (2), pp. 269 et seq.; S. VOIGT, *Institutionenökonomik*, 2nd ed., München, Fink, 2009; O. E. WILLIAMSON, *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, Tübingen, Mohr, 1990.

cal phenomena²¹, like supranational agreements and its economic consequences²².

Especially North applied this economical approach on the description and explanation of historical processes²³. In 1986 Keohane expanded the term of «institutes»²⁴. He made sure that «institutes» cannot only be economical institutes (like markets, prices or enterprises) or law institutes (like contracts, juridical sanctions and regulations)²⁵, but also political institutes like the «state», «democracy» as well as «international organisations»²⁶. Using this conception of «institutes» the New Institutional Economics is not hermitic but a rather interdisciplinary approach.

V. EUROPEANIZATION IN THE LIGHT OF ECONOMIC ANALYSIS

Europeanization as well as law harmonization includes lots of economic potential in the sense of economizing transaction costs.

Law harmonization and the Europeanization of law will basically equalize different national law conditions at first. This saves transaction costs in form of research and information costs the parties would suffer under by handling different national laws. By this, parties will restrain from extensive and costly inquiries in different national laws and in the fact of the prevailing national law will be applicable to the (resolution of the) conflict.

On the other hand, a full harmonization or a complete Europeanization of Commercial Agency Law violate the Principle of Subsidiary, which is not only a juridical mandamus category, but also an Institute in the sense of the

²¹ For the economic significance of the institute of marriage and conjugal cohabitation, family planning, suicides and other ethical manifestations cfr. D. HAMERMESH and N. SOSS, «An Economic Theory of Suicide», *Journal of Political Economy*, 1974, 82 (1), p. 83; K. E. BOULDING, *Beyond Economy - Essay on Society, Religion and Ethics*, Ann Arbor, Michingan University Press, 1968, pp. 177 et seq.; G. S. BECKER, «A Theory of Marriage», Part 1, *Journal of Political Economy*, 1973, p. 813; P. SCHULTZ, «An Economic Model of Family Planning and Fertility», *Journal of Political Economy*, 77, 1969, pp. 153 et seq.; D. KRIMPHOVE, «Was ist Wahrheit - Die ökonomische Seite des Phänomens», *Rechtstheorie*, 2008, 39, 1, pp. 105 et seq.; for further examples see B. T. RAMB and M. TIETZELL, *Ökonomische Verhaltenstheorie*, München, Vahlen, 1993.

²² J. HIRSHLEIFER, «The Expanding Domain of Economics», *American Economic Review*, 1985, 75, pp. 53 et seq.; H. SIEGENTALER, *Regelvertrauen, Prosperität und Krisen. Die Ungleichmäßigkeit wirtschaftlicher und sozialer Entwicklungen als Ergebnis individueller Handelns und sozialer Lernens*, Tübingen, Mohr, 1993, pp. 6 et seq.; G. KIRCHGÄSSNER, «Ökonomie als imperi(alistische) e Wissenschaft», *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 1988, 7, pp. 128 et seq.

²³ See, KRIMPHOVE, *Rechtstheoretische Aspekte...*, op. cit., pp. 497 et seq., 522 et seq.

²⁴ R. O. KEOHANE, *After Hegemony, Cooperation and Discord in the Political Economy*, New Jersey, Princeton, 1984.

²⁵ See also, A. SCHOTTER, «The Evolution of rules», in R. LANGLOIS (ed.), *Economic as a process*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 117-133; RICHTER, *Institutionen...*, op. cit., p. 2; M. ERLE, M. LESCHKE and D. SAUERLAND, *Neue Institutionenökonomik*, op. cit., Stuttgart, Schäffer-Poeschel Verlag, 1999, p. 23; RICHTER and FURUBOTN, *Neue Institutionenökonomik*, op. cit., pp. 7 et seq.; D. KRIMPHOVE, «An Economic Analysis of the law of Good-Faith Purchase in European Property law», in *Gdanskie Strudia Prawnicze*, V, Danzig, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdanskiego, 1999.

²⁶ KEOHANE, *After Hegemony...*, op. cit., pp. 85 et seq.

New Institutional Economics, that minimises economic harmful transaction costs. Subsidiarity aims —by its definition— at the most immediate (or local) level dealing with (political and social) issues, on condition that the lower level is able to solve the tasks efficiently on its own.

In other words: A central authority should only perform those issues which cannot be performed effectively on a more immediate or local level. By this the Principle of Subsidiary carries out the economic advantages to lead the issue to the immediate or nearest level, that is linked to its tasks and its requirements closer and will, therefore, not need further information to deal with the task efficiently. Hence, the Principle of Subsidiary is an institute to abolish information costs. Furthermore, the most immediate or nearest level is quoted —by its proximity— to have more capacity than the central authority would have to resolve the problem by its well-known local remedies and problem adapted, local adequate methods. Therefore, the Principle of Subsidiary will also minimize execution and control costs. At least the local party or the lowest and closest level would —more than a central party— often get an immediate feedback of the effectiveness of its measures. This effects an economization of information costs as well as control and enforcement costs²⁷.

This concept of having economical opposite effects requires a countervailing system. The Europeanization of Commercial Agency (CA) Law conveys a very intelligent system of countervailing. It operates with the mean of cost-benefit-analysis as well as a weighing-up system and the balancing of antidromic interests measured now by the (antidromic) transaction costs impacts of different (law) Institutes. This very elaborated and intelligent system of Europeanization of CA-law exhibits various occasions to describe, emphasize and evaluate its fine-tuning of the Europeanization.

Let us have a glance on the Europeanization set out by the European Commercial Agents Directive.

1. Scope

- Relations only between commercial agents and their principals.
- Only commercial agents for goods EU-law not valid for.
- Broker and agencies of other types of contracts e.g.: service contract, insurance contract, contracts for labour and services (art. 1.2).
 - Secondary / part time CA (art. 2.2).
 - Unpaid CA (art. 2.1).
- Broker and CA operating on commodity exchanges (art. 2.1), or in the commodity market (art. 2.1).
- Member states may exclude opportunity representatives from the EU-Directive (art. 1.2).

²⁷ ERLEI, LESCHKE and SAUERLAND, *Neue Institutionenökonomik...*, *op. cit.*, p. 427.

2. EU-Predicted application of national (additional) law to complete EU-law-standards, in the cases

- Absence of any remuneration agreement between the parties requires national regulation (art. 6).
- Existing specific national law to inspect principals books (art. 12.4).
- National requirements of written form for the agency's contract (art. 13.2)
- Specific national law conditions for the immediate termination of the agency contract (art. 16).

3. Allowances of Member states to adopt their own rules

- Prolongation of period of notice mentioned in art. 15 Par. 2 (art. 15.3).
- Restrictions or validity of restraint of trade clauses (art. 20.4).
- Inclusion of a restraint of trade clauses (relative to art. 20) in the calculation of CA's indemnity [art. 17.2.a)].
- National legislative choice between a specific geographical area or group of customers orientated method of fixing CA's provision or the attachment to his exclusive right to negotiate with specific customers (art. 7.2).

4. No EU-Regulation left for national Legislation

- Limitation.
- CA's Authority.
- Collection, encashment.
- Del credere liability.
- Reimbursement of expenses allowances.
- See: Top I.

VI. EXAMPLE: FOR A JURIDICAL EFFICIENT EUROPEANIZATION OF «PERIODS OF LIMITATION»

The existence of a «period of limitation» has large potential of economizing transaction costs. For instance, the contract will come to a determined end, even if the parties have not agreed on certain duration or even if the terms of contract will not expire. The legal end of contract duration gives certainty to the parties. Therefore, the parties will not need any information relative to the end of the contracts end as well as the end of their contractual obligations. The Institute of limitation will reduce transaction costs in form of information costs. Only if the term of the limitation is shorter than the usual necessary time for the realization of the contract (e.g. only half a year), the contract cannot be carried out properly. This limitation period is too short, because nobody would ever

conclude such contracts. This juridical setting (short limitation period) harms the exchange of goods and causes supply crisis.

Example 1: Limitation period for liability for material defects in the case of a purchase contract for kitchen utensils.

As the quality of kitchen appliances usually decreases after a period of two years, a limitation period of two years is adequate. An one-year limitation period would be too short, because no consumer concludes a purchase contract, that does not enable him to use the object of purchase entirely and fully, as set out in the purchase contract. Because the natural durability of kitchen utensils is usually not more than two years, a two-year limitation time is enough. An only one-year limitation time is too short.

Example 2: Forfeiture of Commercial agent's rights.

The EU Commercial Agents Directive 86/653/EEC only in one case is an Institute which can be considered similar to limitation periods: The EU Commercial Agents Directive 86/653/EEC stipulates in art. 18.5 a forfeiture of Commercial agent's rights. art. 18.5 schedules a loss of Commercial agents' entitlements if he will not notify —within one year following termination of the contract— his intention to pursuing his rights. The period of forfeiture of only one year is, measured by the above given explanations, not too short. In contrast to the above mentioned case, this situation mentioned in art. 18.5 is not about the limitation of putting forward a notice of quality defects of goods, but of already one-year existing rights.

Example 3: Exclusion of Secondary Commercial Agents

We will find many further examples to evaluate the Europeanization of Commercial Agency Law. Hereby, it would be interesting to examine the member-states possibility to exclude commercial agents whose activities are considered secondary (EU Directive art. 1.2) from the EU directive. England proceeded in this manner very strictly, while Germany and France included secondary Commercial Agency into their national regulation. In my eyes a Pan-European regulation, that includes this kind of agents could economize transaction costs.

VII. EUROPEANIZATION BY INDIVIDUALS

Europeanization in general, as well as Europeanization of Commercial Agency Law, is not accomplished by the means of European Directives respective by the EU Commercial Agents Directive Council Directive 86/653/EEC. Legal and/or natural persons, like enterprises, consumers and suppliers play also an active part in Europeanization of Commercial Agency Law. The fact of their importance in the process of Europeanization reflects also the Principle of Subsidiary and corresponds with it. Especially the Private International law has to be mentioned.

1. Influence of private persons in Private International law

Private International law determines the application of several national Private Laws in cross border conflicts. The general prediction and basic element of Private International law is the freedom of the parties to regulate their own law conflicts by negotiating national rights agreements, in order to stipulate the applicability of national law. Relative to the validity of applicable law, as it is determined in art. 3 Rome I. art. 3 Rome I corresponds to economic welfare standards.

Parties personally affected by a cross border conflict, easier decide what kind of law will be needed to rule their conflict. They got the closest relation to the conflict, so that they will overview all consequences of the appliance of foreign or their domestic law. The institute of «freedom of contract» (art. 3 Rome I) enables the parties to choose a suitable law. As the parties normally choose a legal system they are familiar with, their choice economizes transaction costs in form of search and information costs.

2. Benefits of private activeness

Significantly, the use of New Institution Economics offers the benefit to detect relations between different law institutes. From the economic view, the reasons and methods of minimizing economic destructive (harmful) transaction costs are quite the same at the Principle of Subsidiary and at the concept of freedom of contracts, even if both are —under juridical view— unalike and dissimilar. The above mentioned mechanism does only work correctly, if parties can dispose over a multitude of appropriate national laws to solve their conflict. National legislators are called upon to allow a comprehensive choice of law by the supply of suitable appropriate national law²⁸. This statement has to be suppressed first, because it is counterproductive regarding the ordinary understanding of Europeanization and law harmonization. Anyway, it refers not to political but to economic welfare reasons.

VIII. EUROPEANIZATION BY JURISDICTION

Obviously jurisdiction may exert its influence on Europeanization of Commercial Agency Law by interpreting indefinite legal terms, especially those (deriving) from the European Commercial Agent Directive 86/653/EEC. For instance, expressions like «principal's interests» and «act dutifully» (art. 3.1) and «in good faith» (arts. 3.1 and 4.1), or «where appro-

²⁸ D. KRIMPHOVE, *Europäisches Sachenrecht*, Köln, EuL, 2006, p. 15 (with further references); D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1996, p. 48 (with further references).

priate» [art. 3.2.a)], «reasonable instructions» [art. 3.2.c)], «information necessary» (arts. 4.2 and 17.1), «reasonable remuneration» (art. 6.1), «exceptional circumstances» [art. 16.b)], «significantly increased», or «substantial benefits» (art. 17.2) open up a wide field of jurisdictional activity. However, a second —more sophisticated— way how jurisdiction will «Europeanize» law, especially Commercial Agency Law, is of particular importance.

Art. 9 exempts national «overriding mandatory provisions» from the choice and/or appliance of other national law systems. Thus, art. 9 excludes these national norms (mandatory national provisions) from being replaced by other national law conditions. By distinguishing or characterizing a national law condition as an «overriding mandatory provision», the choice of this law and its implementation in other laws is interdicted. Hereby jurisdiction allocates to this norm the statue of a norm irrevocable belonging to the fixed stock of European unchangeable norms. This norm —declared as being an overriding mandatory provision— takes now part in the «Europeanized» law. The recent literature is filled with examples. In the case *Ingmar*²⁹ the European Court of Justice applies British Commercial Agent Law, although the parties have expressly agreed on US-American law. US-American law does not dispose over the possibility of Commercial Agent claims of indemnity for loss of clients. The Directive stipulates such a claim of indemnity [arts. 17, 18 and 19 d)]. As the European Court of Justice considers the law condition of indemnifying the Commercial Agent as an infeasible overriding mandatory provision, the Commercial Agents right of indemnity becomes a fixed and permanent part of EU law Standards. In its decision *Unamar*³⁰ the Court enlarged his position to create European Law standards and therefore to Europeanize the Commercial Agent Rights of indemnity. The decision *Unamar* differs from the decision *Ingmar*, because the last-mentioned case involves two European Member states (Belgium and Hungary). Both Member states had transformed the Commercial Agent Directive into their national law. However, Belgian law provides the Commercial Agent more generously as Hungarian law with the law of Indemnity. Although the parties had agreed on the validity of Bulgarian Commercial Agency Right, the right performed (exerted) by the called Belgian court (*lex fori*) came to force. The European Court of Justice judged namely the more generous Belgian sales representative protective regulation as an «overriding mandatory provision» in the sense of art. 9 Rome I. The Court hereby committed the highest national level as a unique European standard of Commercial Agency Law and therefore contributes to the Europeanization of Commercial Agency Law.

²⁹ ECJ C-381/98, of 9 November 2000, *Ingmar GB Ltd gegen Eaton Leonard Technologies Inc.* (I-2000, pp. 9035 et seq.).

³⁰ ECJ C-184/12, of 17 October 2013, *Unamar* (ZEuP 2014, 843 et seq.).

IX. RÉSUMÉ

The explanations provided above demonstrates the necessity of the use of economic approaches to evaluate the Europeanization of national law. Mainly, the Principle of Subsidiarity, which has to be applied by all European activities. The Europeanization needs economic reasons to correspond with its constituent fact of «Efficiency». The economic method of Comparative Economics of Law provides objective reasons for or against the Europeanization of Commercial Agency Law.

This method reveals welfare economic benefits and risks of the Europeanization of Commercial Agency Law. Every business activity generates transaction costs. Whether you are looking for a suitable provider, the appropriate quality of the product or its delivery conditions, all these activities are connected to the occurrence of transaction costs. Transaction costs are unsolicited in economic systems, because of their harmful effects on welfare. Search, information and bargaining activities will neither raise the quality of the product nor improve the quality of distribution. Furthermore, the expenditures bind financial capacities of market participant and prevent investments in research and development. Institutes are the «tools» to minimize transaction costs. The existence and the ability of institutes to economize transaction costs becomes an indicator of the effectiveness of European as well as national law arrangements and, in other words, of Europeanization. By this effectivity of Europeanization can be found by «balancing» the (antidromic) transaction costs of each law institute.

Europeanization of Commercial Agency Law is not only set out by the Commercial Agents Directive, but also by individuals as well as jurisdiction. Especially this underestimated last influence awaits further evaluation.

Índice

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS.....	9
PRESENTACIÓN	13
NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO DE CONTRATOS EUROPEO Y CUESTIONES ESPECÍFICAS ACERCA DE LA REGULACIÓN DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES.....	15
I. Introducción	15
II. El cambio actual del Derecho contractual.....	17
III. Necesidad de modernización	19
IV. Continuidad e innovación.....	21
1. Conformidad con el contrato	22
2. Estructura de los remedios.....	25
V. Perspectivas	26
VI. Conclusiones.....	26
LA RÉGLEMENTATION DES CONTRATS DE FOURNITURE DE CON- TENUS NUMÉRIQUES: L'APPRÉCIATION DES ASPECTS NUMÉRI- QUES.....	29
I. Introduction.....	29
II. La mystérieuse définition des contenus numériques.....	32
1. La définition des contenus numériques.....	32
2. Les ambiguïtés de la définition de «contenus numériques».....	34
III. L'occultation du rôle des plateformes dans la mise à disposition des contenus numériques.....	37
1. La définition du fournisseur : l'occultation des plateformes....	37
2. La définition du fournisseur : l'intégration des plateformes au titre d'un contrôle matériel.....	38
IV. La reconnaissance de l'économie spécifique des contrats de four- niture de contenus numériques	40

	Pág.
1. La reconnaissance de l'échange « contenus contre données » .	40
2. Les conséquences de la reconnaissance de l'échange « contenus contre données » en cas de résiliation du contrat.....	42
LA DIRECTIVA 2014/17/UE, SOBRE CRÉDITOS HIPOTECARIOS, Y SU PREVISIBLE IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL	45
I. Introducción	45
II. El estado de transposición de la Directiva	46
III. ¿Qué camino seguirá el legislador español?	48
IV. La finalidad de la Directiva 2014/17/UE.....	49
V. El ámbito de aplicación: el crédito y la garantía	52
VI. Dos aspectos especialmente destacados de la Directiva	55
1. El control de solvencia y la tasación del inmueble.....	55
2. La «tolerancia razonable» ante el incumplimiento (¿y la necesidad de reformas no explicitadas?).....	60
VII. A modo de conclusión.....	63
NO VINCULAN AL CONSUMIDOR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DEL DERECHO CIVIL AL PROCESAL Y ENTRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO.....	65
I. Introducción	65
II. La no vinculación de las cláusulas abusivas	66
III. Del terreno civil al procesal. La apreciación judicial de oficio de las cláusulas abusivas.....	68
1. Principios de efectividad y equivalencia.....	68
2. Particularidades de la apreciación judicial de oficio, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.....	69
3. La compatibilidad del Derecho procesal español con la doctrina del TJUE	71
3.1. Cláusulas sobre atribución de competencia territorial ...	72
3.2. Apreciación de oficio en todo tipo de procedimientos....	74
3.2.1. Procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales.....	75
3.2.2. En particular, el procedimiento de ejecución de laudos arbitrales	78
3.2.3. Procedimiento monitorio.....	80
IV. Las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva.....	83
1. La prohibición de la interpretación reductora de la validez	83
2. Criterios determinantes para la subsistencia del contrato	86
3. Si el contrato subsiste ¿cómo se llenan las lagunas?	87
4. La repercusión de la jurisprudencia europea sobre el Derecho español.....	89
4.1. La modificación del art. 83 TR-LGDCU.....	90
4.2. ¿Se puede eliminar el recurso al Derecho supletorio?	91

	Pág.
4.3. ¿Y la interpretación integradora?	92
4.4. ¿Qué piensa el Tribunal Supremo?	92
V. Reflexiones finales	96
CONTROL NOTARIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	97
I. Introducción	97
II. Aspectos básicos para el control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios.....	98
1. Tres principales cláusulas del préstamo hipotecario que suelen tener carácter abusivo.....	100
2. Notas o caracteres jurídicos que configuran los préstamos hipotecarios de las entidades de crédito o prestamista profesionales	101
III. Control notarial del clausulado abusivo en los típicos contratos coaligados y seriados.....	104
1. Aplicación del control de legalidad notarial a la contratación en masa o seriada y a los contratos bajo minuta <i>ad hoc</i> con consumidores	107
1.1. Doctrina inicial de la DGRN respecto al control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos o créditos hipotecarios.....	110
1.2. Doctrina vigente de la DGRN respecto del control de las cláusulas abusivas por los notarios, junto a la jurisprudencial al ejecutarse	111
1.3. Necesaria transparencia en los elementos esenciales y condiciones generales desde los tratos preliminares al otorgamiento notarial	113
2. Control notarial de las cláusulas negras, sorpresa (por su ubicación) y eventuales (por su actuación) en los préstamos hipotecarios.....	114
2.1. Existencia de cláusulas negras, pero inexistencia de cláusulas grises y de un órgano de control de cláusulas abusivas.....	115
2.2. Las denominadas cláusulas sorpresa y eventuales en el control notarial de la abusividad incluso en los elementos esenciales	115
2.3. Necesaria transición del derecho de la banca (o sectorial) a un Derecho bancario integrador del consumidor no generalmente informado	118
IV. Subversión de la regulación codicial de la nulidad a través de la nulidad consumerista: de lo nulo absoluto a lo nulo relativo por abusivo	120
1. Elementos que permiten diferenciar entre lo nulo codicial y lo abusivo consumerista	120

	Pág.
2. Abusividad e ineficacia en la mutación de la nulidad-sanción (codicial) a la nulidad-remedio (consumerista): art. 1.108 CC y retroactividad	123
2.1. Inaplicabilidad del art. 1.108 CC y sí de los intereses remuneratorios sin que ello implique integración del contrato.....	124
2.2. Admisibilidad de la irretroactividad en la «cláusula suelo» por no derivar de la invalidez sino de la ineficacia en un momento concreto	126
V. Conclusiones	127
THE EUROPEANIZATION OF COMMERCIAL AGENCY LAW	129
I. Introduction.....	129
II. Europeanization and Subsidiary.....	130
III. How to measure the «efficiency» of law?	130
1. New economic approach.....	130
2. Application of new scientific methodology justified by the Principle of Subsidiary.....	131
IV. The New Institutional Economics in a nutshell	132
1. The objective of the «New Institutional Economics»	133
2. Economic impact of Institutes	134
3. Wide concept designation of Institutes	134
V. Europeanization in the light of economic analysis.....	135
1. Scope	136
2. EU-Predicted application of national (additional) law to complete EU-law-standards, in the cases.....	137
3. Allowances of Member states to adopt their own rules	137
4. No EU-Regulation left for national Legislation.....	137
VI. Example: for a juridical efficient Europeanization of «periods of limitation»	137
VII. Europeanization by Individuals	138
1. Influence of private persons in Private International law.....	139
2. Benefits of private activeness.....	139
VIII. Europeanization by Jurisdiction	139
IX. Résumé	141



Desde diversas aproximaciones metodológicas, el libro aborda distintas cuestiones a propósito del desarrollo del Derecho privado europeo y/o su impacto sobre los Derechos nacionales. En particular, son objeto de análisis los contratos sobre contenidos digitales (Reiner Schulze, Judith Rochfeld), los créditos inmobiliarios (Miriam Anderson), las cláusulas abusivas (Esther Arroyo Amayuelas, Ángel Serrano de Nicolás) y los agentes comerciales independientes (Dieter Krimphove).



Marcial
Pons



Cofinanciado
por el Programa Erasmus +
de la Unión Europea



COL·LEGI DE NOTARIS
DE CATALUNYA