



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 21 (2017), pp. 314-333

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2017.21.0.3281>

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN FRENTE A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

MARÍA JESÚS SANDE MAYO

*Doctoranda del Área de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

Resumen. El ejercicio de las acciones de cesación en el marco de las condiciones generales de la contratación plantea una serie de particularidades que conviene ser clarificadas, fundamentalmente, en el caso de que la cláusula cuyo cese se pretende forme parte del contenido principal del contrato. En estos supuestos, para determinar la licitud de la cláusula ésta habrá de ser sometida a un doble control o filtro de transparencia, que ha sido desarrollado por el Tribunal Supremo así como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos tiempos.

Palabras clave: acción de cesación, condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas, control de transparencia.

Abstract: The exercise of injunctions within the framework of the general conditions of the contract raises a series of particularities that agree to be clarified, fundamentally, in relation to clauses that form part of the main content of the contract. In these cases, in order to determine the lawfulness of the clause, it will have to be subject to a double control or transparency filter, which has been developed by the Supreme Court as well as by the European Court of Justice in recent times.

Keywords: injunction, general conditions of the contract, unfair terms, transparency control.

SUMARIO: I. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN. II. PARTICULARIDADES DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. A. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA COMO PRESUPUESTO DE ESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN. B. LA CUESTIONADA VIABILIDAD DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN FRENTE A LAS CLÁUSULAS QUE FORMAN PARTE DEL CONTENIDO PRINCIPAL DEL CONTRATO. C. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL JUEZ PUEDA MODERAR LA CLÁUSULA O INTEGRAR EL CONTRATO TRAS LA DECLARACIÓN DE SU CARÁCTER ABUSIVO. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN

La pretensión de condena más relevante en los procesos colectivos en defensa de los intereses supraindividuales de los consumidores es una pretensión de «*non facere*», la de cesación¹. A su través se persigue luchar frente a determinadas conductas cuya perpetración afecta, directa o indirectamente, al colectivo de los consumidores. Nos referimos a la publicidad ilícita, los comportamientos desleales o el empleo de cláusulas generales abusivas, entre otras muchas. Se trata de conductas que tienen la vocación de reproducirse en el tiempo, o lo que es lo mismo, presentan un carácter continuado², por lo que para impedir que sigan cometiendo, es preciso arbitrar soluciones que vayan más allá de la declaración de ilicitud del comportamiento en cuestión y, en su caso, de la reparación de los daños causados³.

¹ Esta pretensión es definida por PARDO GATO, J. R., «La acción de cesación como medio para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios», en *Estudios sobre consumo*, núm. 60, 2005, pp. 35 y ss., como aquella que pretende «*la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento, pudiéndose ejercitar asimismo cuando la conducta haya finalizado, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración*».

² Desde este punto de vista, resulta de interés el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander de 3 de diciembre de 2013, que desestimó la pretensión formulada por la asociación ADICAE para que una entidad bancaria cesase en las prácticas de comercialización de valores: «*Mal puede subsumirse la pretensión de la actora en el contenido propio de las acciones de cesación, pues no pretende con carácter general la no inclusión de las supuestas condiciones generales en los futuros contratos o la prohibición de invocarla para fundar alguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran. Por el contrario, lo realmente pretendido es la revisión del proceso de contratación de aquellas personas que, según ella, suscribieron antes de una determinada fecha.*

Pero esta cuestión, podrá ser objeto de análisis, en su caso, bajo otro tipo de acción singular, que pueda valorar las circunstancias del caso concreto, pero no dese luego bajo el prisma de la generalidad y abstracción que es propio de las acciones colectivas que ahora nos ocupan».

³ Vid. GARCÍA VILA, M., «El objeto del proceso en materia de consumidores y usuarios: pretensiones ejercitables y acumulación de acciones», en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Tutela de los Consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 292 a 294.

Las pretensiones de cesación fueron reconocidas en nuestro ordenamiento desde antes de la LEC 1/2000⁴, pero alcanzaron mayor protagonismo tras la promulgación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios⁵. Y es que desde entonces, se encuentra regulada, no sólo en la LEC y en el TRLGDCU, sino también en un importante elenco de leyes sectoriales⁶.

Para proceder a su delimitación partiremos del artículo 53 TRLGDCU, el cual dispone en su párrafo primero que *«La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato»*.

Como se desprende del precepto transcrito, la acción de cesación tiene por objeto que una práctica o conducta ilícita quede sin efecto⁷, siendo necesario que el juez lleve a cabo una declaración previa⁸: ya sea la declaración de nulidad de la cláusula, del

⁴ Con carácter previo a la transposición al ordenamiento español de la Directiva 98/27, la pretensión de cesación había sido incorporada a algunas de las leyes sectoriales a la sazón vigentes en materia de protección de los consumidores: la Ley General de Publicidad de 1998, en cuyo art. 25 se preveía la posibilidad de que determinados sujetos se dirigiesen al anunciante solicitando *«la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita»*; la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 (en adelante LCGC), que contemplaba la acción de cesación en su art. 12 LCGC; la Ley de Competencia Desleal de 1991, que en su art. 18, preveía entre las formas de tutela, la acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si aún no se había puesto en práctica.

⁵ Como consecuencia de la transposición de la Directiva 98/27/CE, todos los Estados de la Unión Europea cuentan con una regulación de las pretensiones colectivas de cesación. Por ejemplo, en Italia, como resultado de la transposición de la mencionada Directiva se introdujo la que se ha dado en llamar *«azione inhibitoria»*, regulada en el art. 139 del Código de Consumo italiano.

⁶ Art. 54.1 TRLGDCU; art. 16.4 LCGC; art. 10.3 a) de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; art. 13.3 a) de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados; art. 16 bis. 3 a) de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; art. 120.1 a) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; art. 22.3 a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; art. 33.3 a) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal; Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que viene a transponer a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 1999/44/CE. Su art. 12 se refiere a las acciones de cesación, si bien limitándose a realizar una remisión genérica a la LEC y a la LGDCU, con cita de los sujetos legitimados.

Teniendo presente la variedad de normas que acogen la regulación de la pretensión de cesación, sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F., *«Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios»*, en REBOLLO PUIG, M. (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, 2011.

p. 907, que aunque no existe una pretensión de cesación, el contenido de todas ellas es idéntico.

⁷ Como señala ARIZA COLMENAREJO, no existe una modalidad concreta para pedir o ejecutar el cese, dependerá en buena medida de la conducta que se esté ejercitando, en ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 141.

⁸ Por ello, no se comparte el parecer de ARIZA COLMENAREJO, cuando sostiene que si la condición es nula de pleno derecho no será necesario un pronunciamiento del juzgador por el que se declare la nulidad de la cláusula en cuestión. Y es que aun en los supuestos en los que el juzgador deba limitarse a cotejar que la cláusula cuyo cese se pretende es una de las contenidas en la *«lista negra»* del TRLGDCU (arts. 85 a 90), dicha comprobación debe ir sucedida de la declaración de su carácter abusivo y, por ende, su nulidad, pues en caso contrario, la condena al cese se hallaría desprovista de fundamento. Cfr. ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de..., cit.*, p. 159.

carácter engañoso de la publicidad emitida⁹, del carácter desleal de la práctica, etc., de ahí que las pretensiones de cesación puedan ser calificadas, con las restantes pretensiones de condena, como «mixtas»¹⁰.

Ahora bien, como tuvimos ocasión de adelantar anteriormente, la finalidad de la acción de cesación no se agota en procurar el cese de una conducta ilícita, a ella se suma una función con clara proyección futura, cual es la prohibición de su reiteración¹¹. De este modo, en los casos en los que la conducta ilícita haya cesado pero existan indicios suficientes de que puede ser reiterada, también cabrá el ejercicio de la acción de cesación, en este caso, con una función eminentemente preventiva o inhibitoria¹². Y es que aquello que es ilícito y contrario a la ley –a no ser que esta última sea posteriormente modificada–, lo seguirá siendo en el tiempo¹³.

Los presupuestos que han de concurrir para que la acción de cesación pueda ser ejercitada se han ido definiendo jurisprudencialmente¹⁴, diferenciándose a este respecto los que han de concurrir en el caso de que la acción que pretenda interponerse sea la de cesación en sentido estricto o la de prohibición.

Para que la «acción de cesación en sentido estricto» prospere, no es necesario que la conducta cuyo cese se pretende haya irrogado un daño patrimonial concreto, es suficiente con que sea susceptible de irrogar un daño que, en el momento en el que la acción se ejercite, puede ser únicamente potencial. Por ejemplo, en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, bastaría con que el empresario incluyese

⁹ El art. 32.1.2ª de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, dispone que contra los actos de competencia desleal –incluida la publicidad ilícita– cabrá la interposición de la acción de cesación, con lo que previamente deberá ser declarado el carácter desleal o ilícito de la conducta de que se trate.

¹⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 2015, p. 245. En este mismo sentido, tal y como apunta CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del...*, cit., p. 251, la acción de cesación presenta un *petitum* complejo, en el que se condensan diversas pretensiones ejercitadas de modo simultáneo, «aunque conceptualmente cada una de ellas sea un *prius* de la posterior».

¹¹ Las acciones colectivas tienen por finalidad reaccionar frente a conductas ilícitas que pueden lesionar a una pluralidad de consumidores, con el propósito último de evitar la extensión del perjuicio y disuadir de la realización en lo sucesivo de «comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores» (SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 22 de enero de 2004).

En este sentido sostiene GONZÁLEZ CUETO, T., «La acción de cesación en la legislación española. Disposiciones nacionales y, en particular, la Ley 39/2002, de 28 de octubre», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 15/2003 parte Estudio*, Pamplona, 2003, pp. 3 a 4, que a través de la acción de cesación se puede perseguir una doble finalidad, en función de si la conducta ilícita que se pretende combatir ha o no finalizado al tiempo de ejercitar la acción.

¹² Por el contrario, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y...», cit., p. 5, considera que, a pesar de que podría ser muy útil, no cabe el ejercicio de la acción de cesación en el caso de que se estuvieran realizando actividades preparatorias encaminadas a ese fin, o lo que es lo mismo, considera que por medio de la acción de cesación no se consigue este pretendido efecto inhibitorio.

Vid. a este respecto CAMPUZANO TOMÉ, H., CAMPUZANO TOMÉ, H., «Tutela preventiva y tutela reparadora de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos: su regulación a la luz de la LEC y de la Ley de 28 de octubre de 2002», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

pp. 778 y ss.

¹³ Cfr. ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de...*, cit., p. 142.

¹⁴ Vid. a este respecto GARCÍA VILA, M., «El objeto del...», cit., p. 298 y ss.

dentro del clausulado de un contrato de adhesión una cláusula abusiva¹⁵ – como podría serlo una cláusula de vencimiento anticipado que prevé la posibilidad de ejecutar la hipoteca ante el impago de dos mensualidades–, sin necesidad de que la cláusula haya sido empleada por el predisponente ocasionando un perjuicio efectivo.

En relación a la «acción de prohibición», el actor no necesita probar que la práctica ilícita se ha materializado, pues como indicamos anteriormente, a través de ella se persigue, precisamente, evitar que la conducta ilícita llegue a realizarse. A los efectos de que tal pretensión pueda prosperar, como señala el artículo 53 TRLGDCU, han de existir «indicios suficientes» que hagan temer su realización de modo inmediato, con lo que serán éstos los que deban ser acreditados al momento de su ejercicio¹⁶.

II. PARTICULARIDADES DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Una vez delimitadas, con carácter general, las características que definen a las acciones de cesación, pasaremos a analizar las particularidades que presenta esta concreta pretensión en el marco de las condiciones de la contratación, para lo cual debemos comenzar por analizar el artículo de la LCGC que disciplina su ejercicio.

El artículo 12 LCGC establece que «La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz»¹⁷. Por tanto, tendremos que detenernos, por un lado, en el examen de las particularidades que reviste la declaración de nulidad de las cláusulas generales de la contratación y, por otro, en la obligación del juez de aclarar el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Ambas cuestiones han resultado especialmente polémicas en los últimos tiempos, siendo determinante la influencia ejercida por la jurisprudencia del TJUE en nuestro ordenamiento interno.

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 53 TRLGDCU dispone que «A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas».

¹⁵ A los efectos de determinar qué debe entenderse por cláusulas abusivas es preciso acudir, en primer término, al art. 82 del TRLGDCU, que define las cláusulas abusivas como «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Por tanto, los requisitos que debe reunir una cláusula para ser considerada abusiva son: a) Que no sea negociada individualmente; b) Que, en contra de las exigencias de la buena fe, cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) Que ese desequilibrio perjudique al consumidor. *Vid.* a este respecto el comentario al art. 82 TRLGDCU que realiza GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Cláusulas abusivas», *cit.*, pp. 1103 y ss.

¹⁶ Tal y como apunta ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de...*, *cit.*, p. 142, aunque nada se diga al respecto, habrá que aportar un principio de prueba que demuestre que se va a iniciar una conducta que puede ser contraria al ordenamiento jurídico.

¹⁷ El ejercicio de las acciones de cesación en el ámbito de las condiciones generales de la contratación se rige por los arts. 12 y ss., y en lo no previsto por lo dispuesto en los arts. 53 y ss. TRLGDCU. Así se desprende del art. 56 TRLGDCU, cuando se remite al art. 19.2 LCGC, al entender que esta norma reviste un carácter más específico (*cfr.* CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del...*, *cit.*, p. 49).

A este respecto ha declarado el TJUE que «*el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones colectivas de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto implican que puedan ejercitarse aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados, sino que hayan sido únicamente recomendadas por los profesionales o sus asociaciones*»¹⁸. Esto supone que la acción de cesación podrá entablarse también frente a las organizaciones que recomiendan entre sus miembros su utilización en el tráfico negocial¹⁹.

A) La declaración de nulidad de la cláusula como presupuesto de estimación de la acción de cesación

En líneas anteriores explicamos que las acciones de cesación llevan siempre implícita una pretensión declarativa, que en el marco de las condiciones generales de la contratación vendría a corresponderse con la pretensión de nulidad de la cláusula cuyo cese se pretende²⁰. Por tanto, para que el demandado sea condenado al cese de una cláusula contractual predispuesta es preciso que ésta sea previamente declarada nula²¹, ora por ser contraria a lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva en perjuicio del adherente²²; ora por tratarse de una «*cláusula abusiva*», si bien esto último únicamente en los contratos suscritos con consumidores. A continuación nos centraremos en el análisis de la declaración de nulidad por la última causa indicada, ya que es la que ha generado mayores controversias en la práctica.

Cuando el fundamento de la acción de cesación descansa sobre el carácter abusivo de una cláusula general de la contratación, cabe destacar que el control al que ésta será

¹⁸Vid. a este respecto las siguientes sentencias del Tribunal de Luxemburgo: de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, «*Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero y Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane y Emilio Viñas Feliú*» (en adelante, *Grupo Editorial y Salvat Editores*), apdo. 27; de 24 de enero de 2002, asunto C-372/99, «*Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*», apdo. 15; de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, «*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt*», (en adelante, sentencia *Invitel*), apdo. 37; de 27 de febrero de 2014, asunto C-470/12, «*Pohotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*», (en adelante, sentencia *Pohotovost'*), apdo. 44.

¹⁹Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999. p. 406.

²⁰ A propósito de la acción de cesación en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, sostiene BARONA VILAR, S., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Dir.), *Comentarios a la..., cit.*, p. 457, que «*La ilegalidad de las citadas cláusulas es el resultado de un pronunciamiento merodeclarativo que, de manera acumulada, se solicita del órgano jurisdiccional como "prius lógico" que se exige a los efectos de obtener la condena a eliminar*», o lo que es lo mismo, a cesar en el uso de la misma.

²¹ A este respecto señala PICÓ I JUNOY, J., «*Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales*», p. 121. Disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro153/lib153-4.pdf>. Consultado por última vez el 17 de diciembre de 2016, que la alegación de la nulidad en este tipo de procesos puede tener lugar por dos vías distintas, con consecuencias radicalmente contrarias: en primer lugar, la declaración de nulidad puede solicitarse en el suplico de la demanda, por lo que al formar parte del objeto del proceso, en concreto de su *petitum*, el fallo de la sentencia deberá pronunciarse expresamente sobre la nulidad o no de la condición general impugnada, en aras de mantener su congruencia (en este caso, estaremos ante el ejercicio de una verdadera y propia acción de nulidad). Y, en segundo lugar, si la nulidad no consta en el suplico de la demanda y sólo forma parte de su alegación fáctica, esto es, constituye un mero fundamento para que prospere la acción de cesación, la declaración relativa a la existencia o no de la nulidad tan sólo aparecerá en los fundamentos de la sentencia.

²²Salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

sometida para determinar si es abusiva o no será distinto en función del tipo de estipulación ante la que nos encontremos —cláusulas accesorias o normativas²³ y cláusulas que integran el objeto principal del contrato²⁴—. De este modo, mientras que las «cláusulas accesorias» se verán sujetas a un control de contenido o abusividad, de conformidad con el cual se examinará si la cláusula en cuestión responde a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; las «cláusulas que vienen referidas al objeto principal del contrato» únicamente podrán ser declaradas abusivas o desequilibradas si no superan el «control de transparencia»²⁵.

En los últimos tiempos ha cobrado gran importancia esta última modalidad de control, que se ha ido perfilando tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Luxemburgo en las resoluciones a las que nos referiremos seguidamente.

²³ Las cláusulas accesorias son aquéllas que disciplinan los derechos y obligaciones de las partes, son todas las cláusulas del contrato que no definen el objeto principal de éste. *Vid.* sobre la distinción entre unas y otras cláusulas: PAGADOR LÓPEZ (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 278 a 279; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentarios al art. 1 LCGC», en MENÉNDEZ, A.; y Díez-PICAZO, L. (Dir.), *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Thomson Civitas, Madrid, 2002, pp. 129 a 136; y PERTÍÑEZ VÍLchez, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», *Aranzadi Civil*, 2003, pp. 16 a 27.

²⁴ *Vid.* BERROCAL LANZAROT, A. I., «La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del TJUE, sala primera, de 14 de marzo de 2013», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013, p. 231.

²⁵ Esta diferenciación viene impuesta por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de conformidad con el cual «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Tal y como explica CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 2015, p. 79, este artículo se limita a recoger la jurisprudencia alemana sobre el deber de transparencia.

A pesar de que el Tribunal Supremo haya declarado en sus últimas resoluciones que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE rige en nuestro ordenamiento, el hecho de que éste no haya sido formalmente transpuesto, ha provocado un vacío legal que ha generado gran desconcierto en la práctica. En este contexto, el Tribunal Supremo interpuso una cuestión prejudicial frente al TJUE, cuya respuesta a través de la sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)», (en adelante, sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*), contribuyó a arrojar aún más confusión a la materia. Y es que el TJUE consideró que el art. 4.2 de la Directiva 13/1993 es una norma de mínimos que no se opone a una legislación como la española que, para otorgar una mayor protección de los consumidores, autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, aun en el caso de que estén redactadas de manera clara y comprensible. El TJUE en el supuesto examinado, al decidir cuál es el significado de una laguna legislativa en un derecho nacional, se extralimita en sus funciones, ya que únicamente le compete la interpretación de la Directiva. El error de partida se encuentra, sin embargo, en el modo en el que el Supremo interpone la cuestión prejudicial, dando a entender al TJUE que el Derecho español ha omitido conscientemente la excepción regulada en el art. 4.2 de la Directiva. La interpretación plasmada en la STJUE fue seguida durante un tiempo, incluso por el Supremo, entre otras, en su sentencia de 4 de noviembre de 2010, en la que considera que las cláusulas de redondeo al alza (que forman parte del objeto principal del contrato), podían ser sometidas a un control completo de abusividad. Con todo, como indicamos anteriormente, el Tribunal Supremo en resoluciones posteriores ha reorientado su doctrina al considerar aplicable a nuestro ordenamiento este precepto. *Vid.* un clarificador estudio sobre las consecuencias de la falta de transposición al ordenamiento español del art. 4.2 de la Directiva en CÁMARA LAPUENTE, S., «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (Precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.

En lo relativo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, reviste especial importancia la sentencia del Pleno 241/2013 de 9 de mayo²⁶, que es la primera resolución en la que declara el carácter abusivo de las cláusulas suelo²⁷. En ella, a fin de evaluar el carácter abusivo de estas cláusulas²⁸ –que según declara, forman parte del contenido principal del contrato²⁹–, considera que no basta con analizar su claridad y comprensión gramatical, sino que es necesario, además, evaluar si el consumidor ha comprendido antes de la celebración del contrato, las cargas jurídicas y económicas de tales cláusulas durante su vigencia. La verdadera innovación que supone esta sentencia

²⁶ El caso de autos resuelto por el Supremo, principia con la interposición por parte de AUSBANC de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación frente a varias entidades bancarias, solicitando al efecto, por un lado, la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas suelo y la condena a las demandadas a eliminar las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; y, por otro, la publicación e inscripción de la sentencia. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla en su sentencia de 30 de septiembre de 2014 –la primera en este procedimiento– declaró la nulidad de la cláusula suelo impugnada por entenderla abusiva al mediar a su entender un desfase con la cláusula techo, que produciría un desequilibrio objetivo entre las prestaciones en perjuicio del consumidor. Sin embargo, la SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 7 de octubre de 2011, revocó dicho pronunciamiento al considerar que la cláusula suelo era válida al formar parte del precio, libre y voluntariamente aceptado por el consumidor, por lo que quedaría fuera del control de contenido de cláusulas abusivas previsto por el art. 82 TRLGDCU. A su vez, la AP de Sevilla negó que mediara desproporcionalidad entre el suelo y el techo fijados para el tipo de interés. Presentado recurso de casación, el TS admitió parcialmente dicho recurso.

²⁷ Con carácter previo se había pronunciado sobre el control de transparencia, si bien lo había hecho *obiter dicta*. En concreto, en la STS 361/2012, de 18 de junio, en la que pronunciándose acerca del carácter abusivo de los intereses remuneratorios del préstamo hipotecario, considerados de modo unánime por la doctrina y la jurisprudencia como integrantes del objeto principal del contrato, el Supremo admite que sería posible evaluar su carácter abusivo de acuerdo con la ley de usura (aun cuando finalmente lo descarta al no considerar que los intereses fueran excesivos), pero no con base en la normativa de cláusulas abusivas. Declara a este respecto que «*aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva de 1993, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y transparencia*». Con todo, como apuntamos en el texto, aunque se pronuncia en esta resolución hasta en cuatro ocasiones en relación al control como abusivos de los elementos esenciales, estas afirmaciones han de ser consideradas *obiter dicta*, ya que en el caso de autos consideró que los clientes no tenían la consideración de consumidores, por lo que no podía aplicárseles esa normativa.

²⁸ Las cláusulas suelo aluden a la limitación a la baja de los tipos de interés o índices de referencia que pueden incorporar los contratos de préstamo hipotecario. A ellas se alude de formas diversas: «*límites a la aplicación del interés variable*», «*límite de la variabilidad*» o «*tipo de interés variable*». Según el Banco de España –en su informe anual correspondiente al año 2014– el 97% de los préstamos hipotecarios suscritos en España son préstamos a interés variable, de los cuales, aproximadamente un tercio, contienen cláusulas como las descritas. *Vid.* un estudio en profundidad sobre las cláusulas suelo en MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 49; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2014. Desde un punto de vista económico resulta de interés: GENTO MAHUENDA, P., «El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014.

²⁹ La consideración de las cláusulas suelo como integrantes del objeto principal del contrato llevó a la sentencia de apelación recurrida a considerar que la cláusula suelo era válida, al partir de que este tipo de cláusulas quedan excluidas del control de contenido de las cláusulas abusivas del art. 82 TR-LGDDCU. Ello no obstante, como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *Indret*, Barcelona, 2013, esta postura parte de una interpretación incorrecta del art. 4.2 la de la Directiva 93/13/CEE, que no distingue entre cláusulas incluidas y cláusulas excluidas del control de contenido, pues todas las cláusulas son susceptibles de ser controladas en su contenido. Únicamente incide en la importancia que la transparencia tiene en el control de contenido, atribuyendo a una redacción «*clara y comprensible*» el valor de evitar la declaración de abusividad de las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación.

es que intensifica los presupuestos que deben ser observados para que las cláusulas puedan ser consideradas lícitas. De este modo, pasamos de una transparencia limitada al control de incorporación de las cláusulas, circunscrito a su claridad y comprensión gramatical (arts. 5 y 7 LCGC), a un control de transparencia que exige, además de esto, una comprensión real de la repercusión económica y jurídica de la cláusula en cuestión —transparencia *strictu sensu* o transparencia material³⁰.

En el caso de autos, la ausencia de la debida transparencia fue declarada por la concurrencia de las siguientes circunstancias³¹: a) La creación de una apariencia de un contrato de préstamo en el que las oscilaciones a la baja del tipo de referencia supondrá una disminución del precio del dinero; b) La falta de información suficiente en torno a la consideración de dicho parámetro como definitorio del objeto principal del contrato; c) La aparente fijación de una contraprestación que vendría de la mano de la cláusula techo; d) la ubicación de este tipo de cláusulas entre una gran amalgama de datos que suponen un obstáculo de cara a su visibilidad; e) La ausencia de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y la falta de información clara y comprensible sobre el coste comparativo del contrato en cuestión con otros productos de la entidad³².

Por su parte, el TJUE, en sus resoluciones posteriores a la STS 241/2013, de 9 de mayo, ha respaldado la interpretación seguida por el Supremo. La primera sentencia en la que se pronuncia acerca de la «naturaleza» del control de transparencia como un control a través del cual se examina la comprensión real y no sólo gramatical de la cláusula, es la sentencia STJUE de 30 de abril de 2014³³, asunto *Kásler Káslerné Rábai*, en la que declara que: «El art. 4.2 Directiva 13/1993/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la

³⁰ Como pone de manifiesto PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia...», *cit.*, p. 6, la STS 241/2013, de 9 de mayo, produce un doble efecto: pone fin a la identificación, por una parte, de la transparencia de las condiciones generales con los requisitos de incorporación y, por otra parte, el control de las cláusulas abusivas con una mera cuestión de desequilibrio objetivo entre los derechos y obligaciones de ambas partes. La sentencia rompe con esta tendencia y considera que la falta de transparencia respecto del objeto principal del contrato —precio y contraprestación— puede ser la causa de un perjuicio para el consumidor, consistente en la alteración del valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información proporcionada por el empresario.

³¹ Nótese que el TS declara que la cláusula suelo es nula en el caso de autos, pero no con carácter general. Las cláusulas suelo son lícitas conforme a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, derogadora de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y conforme a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. El Banco de España en su Informe de 27 de abril de 2010 reconoce también la licitud de este tipo de cláusulas. En este sentido, entre otras, en su STS 367/2016, de 3 de junio declara la validez de la cláusula suelo controvertida. *Vid.* a este respecto SABATER BAYLE, A., «Cláusula suelo válida», en *Revista Aranzadi*, Cizur Menor (Navarra), 2016; y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «Requisitos sobre la validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo de 2013», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, p. 120.

³² Sin embargo, como establece el auto de aclaración del TS de 3 de junio de 2013, por un lado, estos parámetros no constituyen un *numerus clausus* y, por otro, la consideración aislada de alguna o algunas de ellas podrían no ser suficiente a los efectos de apreciar la falta de transparencia.

³³ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, «*ÁrpádKásler y HajnalkaKáslernéRábai c. OTP JelzálogbankZrt*», (en adelante, sentencia *KáslerKáslernéRábai*).

cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»³⁴. Planteamiento éste que confirma, entre otras, en sus sentencias de 26 de febrero de 2015³⁵; de 23 de abril de 2015³⁶; y de 9 de julio de 2015³⁷.

B) La cuestionada viabilidad del ejercicio de las acciones de cesación frente a las cláusulas que forman parte del contenido principal del contrato

Una vez analizado el control de transparencia *strictu sensu* al que quedan sometidas las cláusulas contractuales que forman parte del contenido principal del contrato, corresponde que nos preguntemos si es posible controlar este tipo de cláusulas de modo abstracto, o lo que es lo mismo, si frente a ellas cabe el ejercicio de una acción de cesación. Y es que al menos en una primera aproximación podríamos pensar que si para realizar el control de transparencia es necesario tomar en consideración parámetros como la información facilitada a los consumidores y la comprensión real del funcionamiento de las cláusulas durante la vigencia del contrato, estos aspectos debieran ser analizados individualmente en relación a cada uno de los consumidores afectados. Sin embargo, como explicaremos posteriormente, no es ésta una interpretación a la que nos sumemos.

Los autores que se han pronunciado a propósito de la conveniencia o no de que opere en tales casos el ejercicio de la acción de cesación, han considerado necesario partir de la naturaleza del control de transparencia –enmarcándolo en el control de incorporación o en el de contenido–, al entender que es de este extremo del que depende que pueda llevarse a cabo el control abstracto. Este razonamiento se apoya en el tenor literal del artículo 12.2 LCGC, de conformidad con el cual las pretensiones de cese únicamente pueden dirigirse frente a las cláusulas «*nulas*». Siendo así, el examen sobre la concurrencia de los requisitos de incorporación no podría evaluarse por medio del control abstracto, ya que las cláusulas que no superen el control de contenido no son nulas sino que se tienen por «*no incorporadas*»³⁸.

³⁴ Apdo. 60 sentencia *KáslerKáslernéRábai*.

³⁵ Apdo. 73 STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, «*Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank România SA*», (en adelante, sentencia *Matei*).

³⁶ Apdos. 40 y ss. STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, «*Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA*».

³⁷ Apdo. 55 sentencia *Bucura*.

³⁸ CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013.

p. 183, consideran que la acción de cesación no puede ser ejercitada contra una condición general con base en cualquier motivo, sino sólo frente cláusulas abusivas. En igual sentido DURANYPICH, S., «Comentario al artículo 5», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; DíEZ-PICAZO, L. (Dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Thomson Civitas, Madrid, 2002, p. 281, sostiene que las reglas de incorporación no son aplicables en el ámbito del control abstracto, en tanto regulan la incorporación de las condiciones generales a un contrato concreto. En igual sentido se pronunciaba ya

A la vista de que el Tribunal Supremo ha enmarcado el control de transparencia en el control de contenido o abusividad³⁹, de acuerdo con el razonamiento anteriormente expuesto, no existiría ningún impedimento para el ejercicio de las pretensiones de cesación frente a las cláusulas que forman parte del contenido principal del contrato. Ello no obstante, en nuestra opinión, la consideración del control de transparencia como parte del control de incorporación o de contenido resulta irrelevante a los efectos de evaluar si cabe o no el ejercicio de la pretensión de cesación. Ello, porque el propósito de esta última es el de erradicar del ordenamiento, no sólo las cláusulas que se reputen nulas (art. 12.2 LCGC), sino también cualquier otra que sea contraria a lo dispuesto en la propia LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 12.1 LCGC). Por tanto, lo determinante para que quepa el ejercicio del control abstracto es que exista una pauta estandarizada con carácter continuado que se sustente sobre condiciones objetivables⁴⁰. En este punto, cabe recordar que la introducción de las acciones de cesación responde al mecanismo del *private enforcement* cuyo propósito reside en la erradicación del mercado de comportamientos abusivos o contrarios a la ley.

De este modo, si tomamos como ejemplo la comercialización de un contrato bancario en el que una de las cláusulas se encuentra redactada con un tamaño de letra inferior a los parámetros legalmente permitidos (1.5 mm), ésta, tras ser sometida al control de incorporación regulado en los artículos 5 y 7 LCGC, se tendrá por no puesta. Si este contrato (idéntico) ha sido suscrito por doscientos consumidores, consideramos que cabría sin lugar a dudas el ejercicio de una acción colectiva de cesación por la que se pretendiese la eliminación de esa cláusula de la totalidad de los contratos afectados. La circunstancia de que la cláusula no sea nula sino que se declare como no incorporada, en nuestra opinión, no plantea impedimento alguno en relación al ejercicio de la acción colectiva y a la postre del control abstracto. Lo determinante a tal efecto, como

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Thomson Civitas, Madrid, 1991, pp. 204 a 205.

³⁹ En la sentencia del Pleno 464/2014, de 8 de septiembre, afirma que el control de transparencia es «parte integrante del control general de abusividad», pese a consistir en «contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada» (F. J. 2º, apdo. 8). Por su parte, la STS del Pleno de 24 de marzo de 2015 establece que ya en el art. 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas se observa el vínculo entre transparencia y abusividad, puesto que la falta de la primera «trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá» (F. J. 3º, apdo. 2). Paradójicamente, tras enmarcar el control de transparencia en el control de contenido, decide ubicarlo en el art. 80 TRLGDCU, lo que en nuestra opinión, resulta contradictorio.

⁴⁰ En este sentido se pronuncia PORTELLANO DÍEZ, «Comentario al artículo 12», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; DÍEZ-PICAZO, L. (Dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Thomson Civitas, Madrid, 2002, p. 590, al sostener que cuando el apdo. 2 del art. 12 LCGC alude sólo a las condiciones generales «que se reputen nulas», utiliza una fórmula abreviada, por lo que parte de que el apartado que refleja la verdadera vocación del control abstracto es el apartado primero al señalar que las acciones de cesación se dirigen «contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas».

Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 237, 238 y 251, aunque efectivamente el art. 12.2 LCGC disponga que las acciones de cesación se dirigen frente a las cláusulas «nulas», otros preceptos de la LCGC nos llevan a la conclusión inversa. Por un lado, el art. 9 de la LCGC, que prevé las mismas consecuencias para la nulidad y la no incorporación. Por otro, el entonces art. 19.2 de la LCGC (actual 19.3), en materia de prescripción de las acciones de cesación y retractación, que preveía la posibilidad de ejercitar estas acciones «en todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación» (actualmente, cinco años).

señalamos anteriormente, es la posibilidad de objetivar una pauta estandarizada que tenga carácter continuado.

Además, frente a los argumentos de quienes consideran que el control de transparencia exige un análisis caso a caso de las circunstancias concurrentes, consideramos plenamente acertado el razonamiento efectuado por el Tribunal Supremo a raíz del incidente de nulidad planteado frente a la STS 241/2013, de 9 de mayo, en el que se alegaba, precisamente, que la transparencia sólo era analizable caso por caso, no pudiendo por tanto dar lugar a una declaración general de nulidad⁴¹.

El Tribunal Supremo, en el auto de 6 de noviembre de 2013 que resuelve el incidente, insiste en la necesidad de realizar un control abstracto con arreglo a la figura del «consumidor medio» y los parámetros generales de la contratación en masa, puesto que, en ausencia de este tipo de control, la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores tendría un obstáculo de difícil salvación. Y es que en su opinión que compartimos «*Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1)*» (F. J. 5º). En el caso de los contratos controvertidos en la STS de 9 de mayo de 2013, se dice que «*la posibilidad de tal control abstracto se justificaba por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por las entidades demandadas de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa. Tales extremos fueron objeto de alegación y prueba y el Tribunal concluyó en la procedencia de realizar el control abstracto de validez en los términos en que lo hizo*» (F. J. 5º)⁴².

A su vez, en la STS del Pleno 464/2014, de 8 de septiembre, manifiesta que este control de legalidad o de idoneidad en que se traduce el control de transparencia, no tiene por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni en el plano de su interpretación. De este modo, al desvincularlo de los vicios del consentimiento, que sí exigen un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en cada caso, plantea menos dudas que las cláusulas sometidas al control de transparencia puedan ser objeto de una acción de cesación.

A ello debemos sumar que el proceso en el que se ejercite una pretensión colectiva de cesación, es independiente en relación a los procesos individuales que sean iniciados por consumidores afectados, de modo que si bien en el proceso colectivo no se pueden analizar las circunstancias particularizadas que concurren en un determinado caso, éstas sí podrán ser objeto de valoración en el proceso individual⁴³. Por medio de la acción de

⁴¹ Planteamiento que reitera en la STS del Pleno 138/2015, de 24 de marzo (F. J. 5º).

⁴² No compartimos la opinión de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «¿Y ahora qué?», en *Indret*, Barcelona, enero de 2017, p. 6, cuando señala que el Supremo se equivocó al declarar, en el marco de una acción colectiva, que la cláusula-suelo era intransparente, ya que no tenía a la vista información sobre las circunstancias concretas que rodearon la celebración de los contratos en los que se había incluido la cláusula-suelo.

⁴³ Ello es así, tal como declara la STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, porque «*las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales*

cesación se evalúa la transparencia de la cláusula predispuesta «*con carácter general*», y no en atención al concreto litigio que pudiera enfrentar al predisponente con quien hubiera llegado a contratar con él⁴⁴.

De este modo, si el empresario condenado a eliminar de sus contratos las cláusulas suelo abusivas, no las eliminara de un contrato y el consumidor estima que corresponde su expulsión, este último podrá iniciar un proceso individual contra el empresario reclamando la eliminación de su cláusula, correspondiendo al demandado probar que en ese concreto caso la cláusula no es abusiva, por ejemplo, porque al consumidor en cuestión se le ha proporcionado información adicional o porque la cláusula fue individualmente negociada.

C) La imposibilidad de que el juez pueda moderar la cláusula o integrar el contrato la declaración de su carácter abusivo

Como tuvimos ocasión de avanzar anteriormente, de acuerdo con el artículo 10.1 LCGC, cuando se estime la acción de cesación interpuesta en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, siendo condenado el demandado a eliminar la cláusula controvertida y a abstenerse de utilizarla en el futuro, deberá el juez determinar o aclarar, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. A este respecto, el artículo 83 TRLGDCU⁴⁵ establece que el contrato «*seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*»⁴⁶, por lo que la nulidad integral del contrato únicamente será

contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

Esta diferencia de naturaleza entre una y otra acción también ha sido advertida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2016, de 19 de septiembre, cuya doctrina se reitera en las sentencias 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre; así como por el Tribunal Supremo, entre otras, en su STS 367/2017, de 8 de junio.

⁴⁴ En este sentido, como establece el ATS de 6 de noviembre de 2013 que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones frente a su STS de 9 de mayo de 2013, el ejercicio de la acción colectiva de cesación en relación con una condición general de la contratación «*no permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente*» (F. J. 14º).

⁴⁵ Con carácter general la eliminación de la cláusula o cláusulas declaradas nulas provoca «*la nulidad parcial del contrato*», y lo hace *ex lege*. Como indica GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 1160, a este respecto resulta irrelevante la voluntad del predisponente, quien no podrá evitar la subsistencia del contrato aunque pueda probar que el resto del contrato sin la cláusula declarada nula no responde a su voluntad. Por otro lado, tampoco producirían efecto alguno las llamadas «*cláusulas salvatorias*», que son aquéllas que estipulan la nulidad del contrato para el caso de que se elimine una determinada cláusula.

⁴⁶ Con carácter previo a la reforma, el art. 83.2 III TRLGDCU disponía que la nulidad íntegra del contrato únicamente podría ser declarada «*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*», la nueva redacción se limita a reproducir lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. *vid.* en relación a la redacción previa CARBALLO FIDALGO, L., *La protección del...*, *cit.*, p. 214.

declarada si tras la supresión de la cláusula éste quedara privado de alguno de sus elementos esenciales, generando una posición no equitativa para las partes⁴⁷.

Lo que ya no prevé el artículo 83 TRLGDCU, como sí lo hacía con carácter previo a su reforma por la Ley 3/2014, es la posibilidad de que el juez nacional pueda moderar la cláusula o integrar el contrato tras la declaración de nulidad de la primera⁴⁸. Ello es consecuencia de la necesidad de adaptar la legislación española, especialmente la procesal, al Derecho europeo y a la doctrina sentada por el TJUE, para garantizar al consumidor una protección más eficaz en los términos exigidos por la Directiva 13/93/CEE y la normativa que la desarrolla⁴⁹. En concreto, la reforma responde a la exigencia de dar cumplimiento a las sentencias *Banco Español de Crédito* y *Asbeek Brusse* y *Man Garabito*, que han declarado expresamente que el juez nacional no puede moderar las cláusulas cuyo contenido haya sido previamente declarado nulo para poder garantizar la vigencia del contrato⁵⁰, al considerar que dicho proceder sería contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁵¹.

En concreto, la sentencia *Banco Español de Crédito* considera que la facultad de moderación de la cláusula abusiva reduce el efecto disuasorio pretendido por la Directiva 93/13/CEE. En este sentido, señala que la Directiva se opone a que un juez «modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor»⁵², así como que es contraria a la Directiva una normativa nacional «que atribuye al juez nacional [...] la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva»⁵³.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia *Asbeek Brusse* y *de Man Garabito*⁵⁴, al establecer que de conformidad con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, cuando el juez nacional haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede limitarse a moderar el

⁴⁷Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Texto...*, cit., p. 1171, en la jurisprudencia se aprecia cómo la nulidad radical del contrato suele ser instada por el consumidor con base en la presencia de cláusulas oscuras que generan una indeterminación o indefinición del objeto, fundamentalmente en contratos de venta de derechos de aprovechamiento compartido o de «afiliación a programa vacacional».

⁴⁸Nótese que la reforma indicada no ha derogado el art. 10.2 LCGC, por lo que sigue disponiendo que: «La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo». En nuestra opinión, sin embargo, esta disposición carece de aplicación, pues en este punto prevalece el art. 83 TRLGDCU.

⁴⁹Recordemos que el art. 83 TRLGDCU –previa su reforma por la Ley 3/2014– disponía expresamente que: «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».

Vid. en torno a la capacidad de integración de los contratos MARCOS FRANCISCO, D., «Consumidores, sujetos...», cit., pp. 28 a 33.

⁵⁰Vid. el Preámbulo de la Ley 3/2014.

⁵¹Art. 6.1: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

⁵²Apdo. 71 sentencia *Banco Español de Crédito*.

⁵³Apdo. 73 sentencia *Banco Español de Crédito*.

⁵⁴Vid. a este respecto PAZOS CASTRO, R., «El control de las cláusulas abusivas y la autonomía de la voluntad del consumidor ante el juez (comentario a la STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse* y *De Man Garabito*)», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVIII, núm. 2162, enero de 2014.

importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula, sino que debe excluir pura y simplemente su aplicación⁵⁵.

Ello no obstante, en su sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, el TJUE introduce un nuevo matiz, al declarar que no es contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que una normativa nacional permita que el juez, tras la declaración del carácter abusivo de una cláusula en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, pueda «subsana la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional»⁵⁶.

De la interpretación conjunta de ésta y de las anteriores resoluciones podría desprenderse, que si bien no cabe la moderación de la cláusula declarada abusiva, lo que sí procede es la integración del contrato mediante la aplicación supletoria de la normativa nacional. Esta última interpretación fue la seguida, de hecho, por algunas Audiencias Provinciales que, tras declarar el carácter abusivo de las cláusulas que regulan los intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual⁵⁷, integraron el contrato mediante la aplicación supletoria de la normativa nacional reguladora de los intereses moratorios (arts. 114.3 LH⁵⁸ y 1108 del CC), al considerar que de este modo no se estaría contraviniendo la doctrina jurisprudencial del TJUE⁵⁹.

Sin embargo, el TJUE en la sentencia de 21 de enero de 2015 del TJUE⁶⁰, asunto *Unicaja Banco y Caixabank*⁶¹, ha negado expresamente la posibilidad de que el juez

⁵⁵ Apdo. 61 sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

⁵⁶ Apdo. 85 sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*.

⁵⁷ Cabe señalar a este respecto que el Tribunal Supremo en su sentencia del Pleno 364/2016, de 3 junio, ha fijado como doctrina jurisprudencial, que los intereses moratorios en préstamos hipotecarios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios serán reputados abusivos. *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A., «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios, Comentario a la STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 junio (JUR 2016\126397)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 29 de junio de 2016.

⁵⁸ La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, estructuración de la deuda y alquiler social, se modifica el art. 114 LH, de aplicar supletoriamente el art. 114 de la Ley Hipotecaria, en concreto, se añade un apartado tercero a este precepto, merced al cual se establece un tope en orden al cálculo de los intereses de demora en los préstamos para la adquisición de vivienda habitual. *Vid.* sobre la reforma hipotecaria ALCALÁ DÍAZ, M. A., *La protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

⁵⁹ Tal proceder se observa, entre otros, en el AAP de Madrid (Sección 25ª) 111/2014, de 7 de abril; en el AAP de Sevilla (Sección 8ª) 253/13, de 30 de septiembre; AAP de Navarra (Sección 1ª) 64 y 87/2013, de 18 de noviembre y 19 de diciembre.

⁶⁰ STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, «*Unicaja Banco, S.A., c. José Hidalgo Rueda y otros y Caixabank, S.A., c. Manuel María Rueda Ledesma y otros*», (en adelante, sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*). El interés que ha suscitado esta resolución encuentra su reflejo en los numerosos comentarios que a su respecto ha realizado la doctrina, entre ellos: RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J. M., «El TJUE confirma que los jueces españoles deben aplicar la limitación de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios prevista por la Ley 1/2013», en *Diario La Ley*, núm. 8474, de 5 de febrero de 2015; ACHÓN BRUNÉN, M. J., «Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras», en *Diario La Ley*, núm. 8473, de 4 de febrero de 2015; CARRASCO PERERA, A., «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducir las, moderarlas ni modificarlas», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 846, 2012; MORENO TRAPIELLO, P. C., «Las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de interés moratorio (Comentario de STJUE de 21 de enero de 2015)», en *Diario La Ley*, núm. 8525, Sección Doctrina, 23 de Abril de 2015, La Ley 2940/2015. También BELHADJ BEN GÓMEZ, C., «Intereses

nacional pueda, con carácter general, aplicar supletoriamente la normativa nacional en estos casos⁶². En opinión del Tribunal de Luxemburgo, el único supuesto en el que estaría justificada la aplicación supletoria de la normativa nacional en orden a subsanar el contenido de una cláusula previamente declarada nula por abusiva, sería aquél en el que la supresión de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor⁶³. En igual sentido se ha pronunciado la STS 265/2015, de 22 de abril, al concluir 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 [...] salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario*» (F. J. 6º). A su vez, el auto del TJUE de 11 de junio de 2015⁶⁴, asunto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, ha consolidado este criterio jurisprudencial reiterando la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra del espíritu de la Directiva 93/13, debiendo el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula⁶⁵.

Con todo, al analizar las resoluciones posteriores del Tribunal Supremo, comprobamos que no ha acatado tal y como debiera haberlo hecho, la jurisprudencia del TJUE. Esto se advierte con especial claridad en relación a los efectos que anuda en algunas de sus

moratorios abusivos. Moderación o expulsión del contrato», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2014 parte Comentario, Pamplona, 2014.

⁶¹ Vid. acerca de esta resolución MORENO TRAPIELLA, P. C., «Las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de interés moratorio (Comentario de STJUE de 21 de enero de 2015)», en *Diario La Ley*, núm. 8525, Sección Doctrina, 23 de abril de 2015, La Ley 2940/2015, pp. 13 y ss.

⁶² El TJUE se pronuncia a este respecto como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, en la que se pedía al Tribunal de Justicia que se pronunciase acerca de la conformidad con la Directiva 93/13/CEE, de la aplicación por parte del juez nacional del límite de tres veces el dinero en concepto de interés de demora de acuerdo con la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, reduciéndolos a la cifra de tres veces el interés legal del dinero.

⁶³ A este respecto declaraba el TJUE en el referido pronunciamiento del modo que sigue: «*Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.*

No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización». Vid. a propósito de la integración *pro consumatore*, BALLUGERA GÓMEZ, C., «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», en *Diario La Ley*, núm. 8330, Sección Doctrina, 11 de junio de 2014, Año XXXV, La Ley 3414/2014.

⁶⁴ ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, «*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., c. Fernando Quintano Ujeta y María Isabel Sánchez*».

Precisa a este respecto la SAP de Murcia (Sección 4ª) 498/2015, de 17 septiembre, que si bien la declaración del carácter abusivo de una cláusula que regula los intereses moratorios lleva aparejada su eliminación del contrato así como la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio, este último se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, a saber la entrega del dinero al prestatario y la disposición por éste de la suma entregada, de modo que considera que el interés remuneratorio no resulta afectado por la abusividad del interés de demora (F. J. 5º).

⁶⁵ En igual sentido se ha pronunciado en el ATJUE, de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/2015, «*Ibercaja Banco SAU c. José Cortés González*».

resoluciones, por un lado, a la declaración como abusivas de las cláusulas que fijan los intereses de demora, y, por otro, a las cláusulas que regulan el vencimiento anticipado.

Tras el examen de las primeras, vemos que el Tribunal Supremo después de la declaración del carácter abusivo de una cláusula que regula los intereses moratorios, en lugar de inaplicar la cláusula, teniéndola por no puesta, ha optado por reducir el interés moratorio hasta el límite legalmente permitido, esto es, equiparándolo al interés remuneratorio⁶⁶. El Tribunal Supremo considera que lo procedente es la eliminación de la parte de la cláusula que es abusiva y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. Esta misma solución ha sido confirmada por la STS 470/2015, de 7 de septiembre, así como por la STS del Pleno 367/2016, de 3 de junio.

En opinión del Alto Tribunal, de este modo, no se lleva a cabo una reducción conservadora de validez hasta el límite máximo admisible, ya que se elimina totalmente el incremento o recargo, que es lo que realmente resulta abusivo por desproporcionado. En nuestra opinión, sin embargo, la actuación del Tribunal Supremo español es contraria a la jurisprudencia del TJUE, de conformidad con la cual no cabe la moderación de ningún tipo de la cláusula declarada nula, que no podrá vincular al consumidor. Y es que la abusividad no puede ser apreciada en relación tan sólo a una parte de la cláusula, cuando un aspecto de ésta es abusivo lo es la cláusula en su totalidad.

Sin embargo, la cuestión tampoco es clara para el propio Tribunal Supremo, que por medio del [auto de 22 de febrero 2017](#), en el marco de un recurso en el que el recurrente solicitaba que la declaración de abusividad del interés de demora trajera como consecuencia que el préstamo dejase de devengar interés alguno, ha acordado plantear una petición de decisión prejudicial frente al Tribunal de Luxemburgo. En particular, le pide que se pronuncie acerca de la compatibilidad de los artículos 3, en relación con el anexo 1.e y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, con una doctrina jurisprudencial que tras declarar el carácter abusivo de una cláusula reguladora del interés de demora, elimina de la cláusula el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, pero no suprime la cláusula en su conjunto. Por otro lado, y para el caso de que lo anterior sea contrario a la Directiva 93/13/CEE, pregunta al TJUE cuál es el modo de proceder que no se opone al Derecho de la Unión Europea: la supresión total del devengo del interés o el devengo del interés legal.

A su vez, en relación a las cláusulas que regulan la penalización por vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo, en su sentencia del Pleno 705/2015, de 23 de diciembre –confirmada por la sentencia 626/2016, 18 de febrero⁶⁷–, una vez declarado el carácter abusivo de la cláusula que fija el número de impagos que justifican el vencimiento

⁶⁶ En este sentido, es preciso recordar la STS del Pleno 265/2015 de 22 de abril de 2015, en la que se ha fijado como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. En esta resolución, el Tribunal Supremo mantiene que la consecuencia de la nulidad del interés de demora no debía ser la moderación hasta un porcentaje que se considerase aceptable, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal, pero tampoco que no se devengue interés alguno.

⁶⁷ Vid. acerca de estas dos resoluciones RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016», en *Diarios la Ley*, núm. 8791, Sección Doctrina, 27 de junio de 2016, Ref. D-256.

anticipado⁶⁸, en lugar de dejar sin efectos la cláusula procediendo al sobreseimiento del proceso⁶⁹, ha proseguido con la ejecución, alegando que ello redundaría en beneficio no sólo del empresario, sino también del consumidor⁷⁰.

Ello no obstante, también en este caso, el Tribunal Supremo alberga dudas en torno a la compatibilidad de este modo de proceder con el Derecho de la Unión Europea. Tanto es así que el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en el curso de un recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), de 14 de mayo de 2014, en la que, entre otras, se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, decidió plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Lo hizo por medio del auto de 8 de febrero de 2017, en el que pide al TJUE que se pronuncie acerca de las siguientes cuestiones: en primer lugar, le pregunta si es posible la separación de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados a los efectos de declarar el carácter abusivo de parte y no del conjunto de la cláusula; y, en segundo término, si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para éste que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo.

⁶⁸ Para evaluar si el vencimiento anticipado está justificado, deberá atenderse en particular a los criterios enunciados en la sentencia Aziz y en el auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*. De esta forma, el vencimiento anticipado será posible cuando el incumplimiento se refiera a una obligación esencial y dicho incumplimiento sea grave en relación con la cuantía y la duración del contrato de préstamo.

⁶⁹ El sobreseimiento del proceso de ejecución tras la declaración del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, ha sido la opción escogida por algunas Audiencias Provinciales. Es el caso de la AP de Pontevedra (Sección 1ª), en el auto 201/2015, de 30 de octubre. La Audiencia de Pontevedra, tras constatar que la cláusula anulada por abusiva constituye fundamento de la ejecución, opta por el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, para ello fundamenta el cambio de criterio operado respecto a su jurisprudencia anterior en la doctrina del TJUE, en concreto en el tantas veces citado auto de 11 de junio de 2015: «*En estas condiciones, aun reconociendo que estamos ante una cuestión discutida y llena de matices, la Sala considera que la ponderada valoración crítica de los razonamientos expuestos conduce a estimar que, al menos en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado forma parte de la causa de pedir y constituye presupuesto, y, en consecuencia, fundamento de la ejecución, a modo de condición de procedibilidad impropia, por lo que la declaración de nulidad determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria y, lógicamente, el sobreseimiento de la ejecución instada al amparo de la cláusula que se declara nula*» (FJ 6.º). También adopta la misma solución en el auto 240/2015, de 10 de diciembre (F. J. 2º)

Decisión de sobreseer que no impide un ulterior procedimiento de ejecución ordinaria, al existir un título que lleva aparejada fuerza ejecutiva (art. 517.2.5.º LEC como tampoco obsta al proceso declarativo que pudiera instarse en reclamación de las cantidades vencidas o, en su caso, del total importe del préstamo al socaire de los arts. 1124 y 1129 CC, en cuyo caso la sentencia estimatoria podría ejecutarse manteniendo la preferencia derivada del derecho real de hipoteca, el cual lógicamente sigue subsistente».

⁷⁰ El Supremo considera que el sobreseimiento de la ejecución perjudicaría al consumidor, porque no podría beneficiarse de lo dispuesto en el art. 693.3 LEC (posibilidad de enervar la subasta mediante la consignación de lo debido «*rehabilitándose*» el préstamo) ni de lo dispuesto en el art. 579 (remisión de la deuda pendiente tras la adjudicación de la vivienda) o en el art. 682.2.1ª LEC, (valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por ciento del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo). Y que se trata de «*especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo*».

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Thomson Civitas, Madrid, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «¿Y ahora qué?», en *Indret*, Barcelona, enero de 2017.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentarios al art. 1 LCGC», en Menéndez, A.; y Díez-Picazo, L. (Dir.), *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Thomson Civitas, Madrid, 2002.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Thomson Civitas, Madrid, 1991.

ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Aranzadi, Navarra, 2012.

CÁMARA LAPUENTE, S., «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (Precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.

CAMPUZANO TOMÉ, H., «Tutela preventiva y tutela reparadora de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos: su regulación a la luz de la LEC y de la Ley de 28 de octubre de 2002», en González Porras, J. M., Méndez González, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosh, Barcelona, 2013.

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013.

DURANYPICH, S., «Comentario al artículos 5», en Menéndez Menéndez, A.; Díez-Picazo, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Thomson Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA VILA, M., «El objeto del proceso en materia de consumidores y usuarios: pretensiones ejercitables y acumulación de acciones», en Barona Vilar, S. (Coord.), *Tutela de los Consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GASCÓN INCHASTI, F., «Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios», en Rebollo Puig, M. (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/20072*, Iustel, 2011.

GENTO MAHUENDA, P., «El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 2015.

GONZÁLEZ CUETO, T., «La acción de cesación en la legislación española. Disposiciones nacionales y, en particular, la Ley 39/2002, de 28 de octubre», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 15/2003 parte Estudio, Pamplona, 2003.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999.

MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 49; López Jiménez, J. M. (Dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2014.

PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

PARDO GATO, J. R., «La acción de cesación como medio para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios», en *Estudios sobre consumo*, núm. 60, 2005.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *Indret*, Barcelona, 2013.

PORTELLANO DÍEZ, «Comentario al artículo 12», en Menéndez Menéndez, A.; Díez-Picazo, L. (Dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Thomson Civitas, Madrid, 2002.