

LA OBLIGACIÓN DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES DE CONTROLAR LA ABUSIVIDAD

-¿Cuándo puede ser abusiva? CGC puede ser en los contratos B2B y B2C (STS de 16 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5113) CUARTO.- Cuestión común previa a ambos motivos. Concepto legal de consumidor. Inaplicación al caso de la legislación de consumidores); pero las **CGC ABUSIVAS** únicamente en los B2C, y, además, **excluidos los elementos esenciales** –precio, STJUE de 21 diciembre 2016 (asuntos C-145/15, C-307/15 y C-308/15, asunto Naranjo Gutiérrez) destaca que el contenido material del **objeto principal** resulta del art. 4.2 Directiva 93/13 (prgfo. 49), y debe destacarse que en España la falta de transparencia determina la abusividad; mientras que en Alemania la falta de transparencia no es por sí suficiente- y STJUE de 20 de septiembre de 2017, Asunto C-186/16, Caso Andricicuc, prgfo. 43, resulta que los elementos esenciales solo quedan eximidos de apreciación de abusividad, cuando el órgano jurisdiccional considere que fueron redactados por el PROFESIONAL de manera CLARA Y COMPRENSIBLE y el ÚNICO REMEDIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL sería las cláusulas contra proferentem (pues entre empresarios también caben las condiciones generales), la buena fe y el justo equilibrio (art. 1258 CC), tal que interés remuneratorio, dudoso la cláusula suelo, de ahí el control de transparencia, en los elementos esenciales.

- Relevancia de que la transparencia¹ -STS de 28 de mayo de 2018, P: Vela (ECLI:ES:TS:2018:1901)- se residence en el:

control de incorporación: “1.- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato”².

control de contenido: requeriría comprender las previsiones contractuales, en el momento de concluirse.

STS de 7 de junio de 2018 Pt: Orduña (ECLI:ES:TS:2018:2062) precisa en su FD 2ª que: “Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTS 241/2013, de 9 de mayo

¹ Destaca la construcción jurisprudencial Giovanni D’Amico – Stefano Pagliantini, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, Giapichelli, 2018, págs. 89-97.

² Además, añade esta STS “el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

, 464/2014, de 8 de septiembre, 593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre y SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler*), de 21 de diciembre de 2016 (caso *Gutiérrez Naranjo*) y de 20 de septiembre de 2017 (caso *Ruxandra Paula Andricius y otros*), “una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de **la carga económica y jurídica** que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”. **“Control de transparencia que como ya ha declarado de forma reiterada esta sala, entre otras STS 593/2017, de 7 de noviembre, no puede quedar reconducido el mero control de incorporación de la cláusula en cuestión”.**

Auto dictado por Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013 (Diario LA LEY, nº 9220, de 18 de junio 2018, Nº 9220, 18 de jun. de 2018, Editorial Wolters Kluwer), sobre aclaración de su Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, dejó constancia, respecto del juicio de transparencia, que el apartado séptimo del fallo de la sentencia identificó seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas abusivas, puntualizando que no se trataba de un *numerus clausus* o n exclusión de cualquier otro, ni tampoco era necesaria la concurrencia de todos ellos (6). Los seis motivos de nulidad de las cláusulas suelo que fijaba la STS de 9 de mayo de 2013 eran los siguientes:

- a) *La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*
- b) *La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- c) *La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*
- d) *Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.*
- e) *La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.*
- f) *Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.*

Así mismo, el referenciado Auto evidenció que, **en relación a la información al consumidor sobre la trascendencia de la cláusula y su incidencia en la ejecución del contrato, tampoco existen medios tasados** para obtener dicho resultado pudiéndose emplear una pluralidad de ellos (información verbal o por escrito al solicitar el préstamo, previa entrega y devolución de la oferta vinculante; otras declaraciones recogidas en el contrato; advertencias del notario; ofertas realizadas y negociadas con instituciones privadas de carácter asociativo...). Añadiendo que **el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio** en contra de los intereses del consumidor.

-¿Cómo y cuándo puede y debe cumplirse? Al final de ir y venir se residencia como:

Información precontractual, ya en el primer momento, desde luego, *no al momento de la firma*, que podrá informarse, pero nada cambia, ni tampoco sin un plazo que permitiera negociar otro préstamo, que no son los quince días, ni los diez, en menos de un mes no se obtiene otro préstamo.

Publicidad engañosa. STS de 19 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2284) **SEGUNDO.-** Publicidad engañosa. Oferta de préstamos personales y reunificación de créditos por entidades de intermediación financiera.

1.- La demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 L.E.C., interpone recurso de casación que se articula en dos motivos.

En el primer motivo, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 3 b), 4 y 5 de la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con los arts. 8 letra d) y 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con la normativa que regula la oferta comercial de bienes y servicios. En el desarrollo del motivo argumenta que la publicidad realizada induce a error a sus destinatarios y es idónea por afectar el comportamiento económico de los mismos. Entre otras razones, porque la publicidad llevada a cabo puede inducir, en un consumidor medio, a la siguiente representación errónea: que la entidad anunciante es una entidad bancaria, que presta directamente los productos y servicios que anuncia, que hay una gran facilidad o automatismo en la contratación de dichos productos o servicios y que en la reunificación de créditos se produce siempre un significativo ahorro para el cliente.

.- SUBROGACIÓN STS 140/2018, de 26 de enero de 2018 y, más reciente, STS 24 de mayo de 2018 P: Saraza (ECLI:ES:TS:2018:1896) **TERCERO.-** Decisión del tribunal. La entidad bancaria está obligada a *informar al consumidor de la existencia de la cláusula suelo también en los casos de subrogación en el préstamo hipotecario*

.- SUBROGACIÓN DE UNA ENTIDAD A OTRA para EMPEORARLAS (FUNCIÓN DEL NOTARIO):

SSTS 367/2017, de 8 de junio y 139/2018, de 24 de enero de 2018, el juzgador puede valorar la labor del notario pero ello no excluye la información precontractual.

STS de 7 de junio de 2018, P. Saraza (ECLI:ES:TS:2018:2089) **CUARTO.-** Decisión del tribunal. El control de transparencia de las cláusulas suelo // 1.- Caja Rural alega que el recurso pretende modificar la base fáctica de la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta objeción no puede ser aceptada. Las afirmaciones de la sentencia recurrida acerca del conocimiento y aceptación de la cláusula suelo por parte de los recurrentes **no constituyen propiamente hechos, sino valoraciones jurídicas** que la Audiencia Provincial extrae de los hechos, sobre los que no existe especial controversia (redacción de la cláusula, ausencia de engaño, **intervención notarial, etc.**).

.- NOVACIÓN MODIFICATIVA, STS de 15 de junio de 2018 P: Orduña (ECLI:ES:TS:2018:2200) **“SEGUNDO.-** Cláusula suelo. Control de transparencia. Préstamo hipotecario objeto de novación modificativa. // 1. Los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interponen recurso de casación que articulan en tres motivos.

En el primer motivo, los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 5 y 7 de la LCG, así como de los arts. 80.1 y 82 de la LGDCU y de la jurisprudencia de esta sala contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013.

2. El motivo debe ser estimado. Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre y STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

-¿Qué función atribuyen al notario el Abogado Gral. TJUE y nuestro TS?

Conclusiones del Abogado Gral. –Pedro Cruz Villalón- de 25 de junio de 2015, Asunto C-32/14 ERSTE Bank Hungary Zrt vs. Attila Sugár – Como funcionarios que somos también podemos excluir las cláusulas abusivas de oficio. (ECLI:EU:C:2015:637 Asunto C-32/14 STJUE (3ª) de 1 de octubre de 2015).

Empezó de forma cuasi despectiva con la STS –cláusula suelo- de 9 de mayo de 2013.

STS de 7 de junio de 2018, P. Saraza (ECLI:ES:TS:2018:2089) Por tanto, **la simple intervención del notario (sin la cual la hipoteca no habría podido ser inscrita) y la prestación del consentimiento contractual por los prestatarios (sin la que el contrato sencillamente no existiría) no son suficientes para que la cláusula suelo supere el control de transparencia.**

1ª.- LECTURA: STS núm.593/2017, de 7 de noviembre, consolida la línea jurisprudencial sobre la función notarial en pos de garantizar la transparencia real en la contratación de préstamos hipotecarios -anticipada por las Sentencias de la misma Sala núms. 464/2013, de 8 de septiembre; 367/2017, de 8 de junio (RJ 2017, 2509); y 138/2015, de 24 de marzo (RJ 2015, 845)- en el sentido de que **la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.**

2ª.- PUESTA A DISPOSICIÓN EN LOS TRES DÍAS: STS 614/2017, de 16 de noviembre, establece que **la puesta a disposición** de los prestatarios del proyecto de escritura tres días antes de la firma del contrato no colma el deber de transparencia porque, tal y como señala el TJUE, **la exigencia de transparencia no puede limitarse al plano formal y gramatical**, sino que incluye el deber de la entidad financiera de explicar al prestatario de forma clara y comprensible el contenido de la cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, así como el alcance de la misma. Y todo ello con anterioridad a la celebración del contrato para que el consumidor pueda decidir con conocimiento de causa si quiere quedar vinculado o no. Por lo tanto, *no puede considerarse cumplida con el acceso a la minuta de la escritura dentro de los tres días previos a la suscripción del contrato*; sino que, por el contrario, al ser preciso un análisis minucioso y pormenorizado del contrato; *es necesario que dicha información sea precontractual*³.

3ª.- FASE PRECONTRACTUAL: STS núm.36/2018, de 25 de enero, “Conforme a la jurisprudencia establecida tras la sentencia 241/2013, de 9 de mayo y muchas otras posteriores (entre otras, sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril, y 705/2015, de 23 de diciembre, el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual **el control de contenido** no puede referirse «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». **Fase pre-contractual:** “La STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone **el artículo 4, apartado 2**, de la Directiva» (ap. 49), añade: «50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que **reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración**”. Y, en consecuencia, la **labor del notario puede completar la transparencia del contrato en el momento de otorgarse la escritura pública, pero no puede garantizar** –por su propia posición en la secuencia completa de la contratación conforme al Derecho vigente– que el banco haya proporcionado al consumidor la información pre-contractual. Así dice: “En las sentencias 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio hemos advertido que, en función de esa finalidad o razón de esta exigencia de transparencia, **la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento**. Es cierto que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser **un elemento a valorar la labor del notario** que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». Pero, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, lo anterior no excluye la necesidad de una

³ El notario en la futura Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: deberes y responsabilidades – 24 enero, 2018Alberto J. Tapia Hermida -- <http://ajtapia.com/2018/01/notario-la-futura-ley-reguladora-los-contratos-credito-inmobiliario-deberes-responsabilidades/>

información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir”.

Y, finalmente, asevera que el **notario garantizó la transparencia en el momento de la contratación, pero sin alcanzar –por su propia posición conforme al Derecho vigente- la fase pre-contractual, con el resultado último de que la cláusula suelo litigiosa no superó el control de transparencia y, por lo tanto, era nula.** Diciendo: “En el presente caso, a tenor de lo que deja constancia la sentencia recurrida, al tiempo de firmar el contrato, el notario que autorizaba la escritura se cercioró de que en ese momento se informaba a la consumidora de la existencia de un límite por debajo a la variabilidad del interés, tal y como además aparece en el anexo I del contrato. Este documento contiene en una sola página todas las condiciones financieras del contrato de préstamo, entre las que se encuentra el interés y los límites a la variabilidad del interés, de forma esquemática y sencilla. De este modo se cumplen las exigencias de transparencia en el momento de la celebración del contrato, pues, de una parte, la cláusula aparece en un papel aparte, en el que en una sola página se contienen todas las condiciones financieras más relevantes que inciden en el contenido esencial del contrato de préstamo, y, como ya hemos advertido, de forma esquemática y clara. De un golpe de vista se detecta su contenido. Y de otra, el notario deja constancia que advirtió a la prestataria de la existencia del límite inferior al interés variable. **El problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato, sino en la ausencia de la reseñada información pre-contractual,** muy relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante. Bastaba que se acreditara que la información contenida en el anexo I le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación al interés variable por debajo. De tal forma que si hubiera quedado acreditado el cumplimiento de la información precontractual, de lo que no deja constancia la sentencia recurrida, no habría duda de la transparencia de la cláusula y por lo tanto no podría entrar a juzgarse sobre su carácter abusivo. En consecuencia, procede casar la sentencia de recurrida y confirmar la de primera instancia”.

-¿Qué cláusulas abusivas dan problemas y cuáles podrían vislumbrarse?

- **Seguros con una única prima** que forma parte del capital –Colegio de Mediadores de Seguros de Asturias contra Popular y Sabadell, Jg. Mtil. 3 de Gijón.
- **Comisión de apertura**, pues paga un interés por un capital que no se entrega ya que se detrae en el acto, en general.
- **Comisiones en general al ser “a forfait”**, cuando debe responder a un gasto concreto, que no tiene porqué ir unido a la cuantía.

.- **La distinción entre PH y crédito hipotecario** a los efectos de si es o no aplicable el art. 1124 y 1129 CC, cuando el vto. Anticipado ha sido declarado abusivo, ya, al efecto, ECLI:ES:APV:2018:291 – Ortega Llorca- SAPV de 6 de febrero de 2018 y Auto Juzgado de 1ª Inst. nº 2 de Dos Hermanas, de 15 de junio de 2018. Y, desde luego, según cómo si los créditos abiertos y totales no puede llegar a encubrir una hipoteca de propietario, nula por inadmisibles en nuestro sistema hipotecario.

.- **la cuota creciente 2% según sea sobre la inicial o sobre la última de cuando se revisa.**

.- **la cuota única y última aplazada de hasta el 30 0 40% que hace pagar intereses sin amortizar.**

.- **la modalidad de cuota, al pagarse un elevado porcentaje de intereses al comienzo.**

-¿Qué control de las fianzas e hipotecantes no deudores?

STS de 28 de mayo de 2018, P: Vela (ECLI:ES:TS:2018:1901)- Más complejo resulta el contrato de fianza.

En un supuesto como este, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, *Tarcău*), estableció que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Señala el TJUE que dicha «[p]rotección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar » (apartado 25).

A continuación, el TJUE explica, con cita de la sentencia *Dietzinger* (STJCE de 17 de marzo de 1998), que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente «ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal» . En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza (apartado 26).

Con lo cual resuelve el ATJUE que: «los artículos 1, apartado 1 , y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad» .

La doctrina del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 fue reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, *Dumitras*), en un supuesto de garantía inmobiliaria (hipoteca), al decir en su fallo:

«Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), 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 dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente » .

Accesoria y subsidiaria la fianza, incluso solidaria y con renuncia a los beneficios de división, excusión y orden.

STS 2944/2014, de 8-VII-2014, al precisar que: “En nuestro derecho, la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad. El carácter subsidiario de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, significa un determinado orden en la responsabilidad, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación principal. Este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del art. 1822 CC, según el cual el fiador sólo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión. La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador. = Por eso, en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal. = En esto se diferencia, como muy bien apuntó la sentencia de primera instancia, la obligación del fiador solidario de la

obligación del deudor solidario: la exigibilidad de la primera presupone el incumplimiento previo del deudor principal. En el presente caso, esto conlleva que las cuotas hayan vencido y no hayan sido pagadas por el deudor principal. Mientras esto no haya ocurrido, el crédito del prestamista frente al fiador solidario en concurso de acreedores deberá reconocerse como crédito concursal contingente”.

En la misma línea ya el Auto Jgdo. 1ª Inst. Madrid, nº 3, de 3-II-2014, tras aludir a las limitadas posibilidades de defensa de los fiadores, se precisa que la reclamación a los fiadores se hace “generalmente tras un previo proceso de ejecución hipotecaria que no ha logrado la íntegra satisfacción del acreedor”, en verdad –y como se ha indicado- siempre tiene que ser previa –o a lo más simultáneamente art. 1834 primer inciso CC- la reclamación al deudor principal, nunca directamente al fiador, dado que por muy solidario que sea no es deudor solidario, sino que siempre seguirá siendo fiador, y, por tanto, gozará de la regla de subsidiaridad.

Hipotecante no deudor y liberación de una de las fincas (justo la que no es vivienda habitual de los compradores) STS de 4-II-2005, cabría hablar de “hipoteca solidaria” (que en sentido estricto no está admitida en nuestro Derecho hipotecario), cuando la segunda finca hipotecada no puede liberarse aunque ya se haya satisfecho el capital por el que respondía, y, así, ante la pretensión *del deudor hipotecario*, fundándose en el art. 124 LH en relación con los arts. 119 LH y 216 y 221 RH, de que el acreedor hipotecario consienta el alzamiento de la carga hipotecaria dividida entre varias fincas por entender que así resulta, conforme a dichos arts., para el caso de que se hubiere satisfecho la responsabilidad hipotecaria de una cualquiera de las fincas hipotecadas, *deniega el TS la pretensión* (art. 124 LH vs. art. 119 LH) por entender que la alegación del art. 124 LH es improcedente dado que *no estamos ante la división de un crédito entre varias fincas*, sino ante “*un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas, con la consiguiente y obligatoria valoración de las mismas*”. Es decir, que se está ante el supuesto del art. 119 LH que dispone que “*cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una pueda responder*”, y, ante dicha dicción, no puede liberarse ninguna de las fincas, incluso aunque exista tercer poseedor, cualquiera que sea el capital que se ha satisfecho, pues precisa esta sentencia del TS que “*sustituido el principio de generalidad por el de especialidad de las hipotecas, hoy el concepto de solidaridad hay que referirlo necesariamente a la hipoteca sobre fincas ciertas y determinadas inscritas. En este sentido, como en el caso que nos ocupa, la hipoteca solidaria (concepto inducido de los arts. 119 y 123 de la Ley Hipotecaria), es aquélla por la que quedan sujetas varias fincas simultáneamente en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas.*= No es lo mismo la imprescindible distribución hipotecaria que la facultativa división del préstamo o crédito hipotecario. Por haber dos o más fincas hipotecadas no necesariamente hay tantos créditos o préstamos como fincas se hipotecan, si además no queda a voluntad del deudor la imputación de pagos [... y prosigue afirmando que es] el elemento característico de la hipoteca como derecho real de garantía dirigido a asegurar el cumplimiento de una obligación, su indivisibilidad [art. 1860 CC]; de ahí que en tanto el débito del que responde no se satisfaga íntegramente seguirá la hipoteca gravando la totalidad del fundo a ella sujeto. Consecuencia de esto es que el hecho de que por pagos o acuerdos se vaya disminuyendo la deuda, no altera la función ni la extensión de la

hipoteca hasta que el débito se satisfaga por completo (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1986)”.

-¿Pueden controlarse las disposiciones legales, cual quiera que sea su rango inferior al de Ley? STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017 IRPH -- Necesidad de diferenciar la norma misma de la plasmación en la EP; lo mismo que -en su día y si se aprueba- sucedería con los intereses de demora, por no respetar los dos puntos de la STS 265/2015, de 22 de abril de 2015.

IRPH -- No es abusivo según STS de 14 de diciembre de 2017 al estar regulado reglamentariamente, aunque había el voto disidente de dos magistrados, pero es que, además, está pendiente de resolverse por el TJUE, Autor de 16 de febrero de 2018, del Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona, habiéndosele asignado el nº C-125/18. Por estar pendiente de decisión suspenden la tramitación el Juzgado de 1ª Inst. nº 4 de Sevilla (Auto de 21 de junio de 2018) y el de 1ª Instancia e Inst. de Dos Hermanas (Auto de 15 de junio de 2016),

-¿Puede admitirse en su redacción actual el acta notarial?

Sentencia de 28 de mayo de 2018 ECLI: ES:TS:2018:1901 // *Como venimos diciendo hasta la sociedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula* // A continuación expone la doctrina del TJUE sobre el particular y la aplica al caso concreto. Se refiere al ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, Tarcău), que estableció que aplicar la protección de la Directiva.

Dos tipos de deberes que aquel precepto impondrá al notario:

Control del cumplimiento de plazos (aunque puede renunciarse), art. 12.1 PLCI: FEIN, FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas, con índices oficiales, elementos relevantes, vencimiento anticipado, distribución de gastos asociados, etc.); ints. Variable y escenarios posibles; copia del proyecto de contrato ¿si el FEIN sirve de oferta vinculante para qué?), seguros, e incluso la obligación de informar de la “obligación [en verdad carga] de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario [...] sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado [1]”. Remisión telemática.

Servicio –ya propio del notario- de asesoramiento individualizado, art. 12.2. b) a c)

Más en el **art. 12.2.d) de la manifestación manuscrita y firmada** –¿copiar literalmente según texto propuesto y redactado por el oferente también es manifestación?- que tiene un poco más de contenido, **pues deber declarar que ha recibido la información** con antelación mínima de siete días, y **que “comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación”, ¿vale in abstracto o debe concretar algo de lo que ha entendido?**

Se contempla que se recojan las pruebas realizadas de entendimiento de diversos ejemplos prácticos y en diversos escenarios, de tipos de interés y de instrumentos de cobertura. **¿Pero será con lo sabido o conocido cuando lo manifiesta?** NO se conocían los ints. Negativos.

Se suprime la afirmación genérica de entenderlo, art. 13.2.c) PLCI.

Críticas al acta notarial previa:

Se impone una carga, art. 13.3 PLCI, no una obligación recíproca, ni incluso unilateral, el día anterior, pero el consentimiento y adhesión se presta al siguiente, y puede haberse hecho otra conformación mental de lo que firma. Es sencillamente abusivo, al imponerlo como carga.

No podrá autorizarse la escritura de préstamo (¿y de crédito o incluso cualquier forma de financiación?) ¿Quién insta el acta en la que nadie comparece? ¿No puede renunciarse al plazo?

Intento de meter de remolón, lo obvio y lo que nuestros Tribunales exigen como *lex artis ad hoc*, configurada por la praxis, y, además, ya reconocido en el art. 17 bis, apt. 2.b) LNot y 319 LEC, de que el **“contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba”** del asesoramiento y aceptación del contenido, *¿pero no se consiente en la escritura pues el acta no es ni siquiera medio idóneo? ¿Se impone una inversión de la carga de la prueba? ¿Se da por descontada la transparencia, en base a qué?*

No generará costes arancelarios, ni siquiera los de folios.

-¿Puede admitirse que la copia literal de la expresión manuscrita satisface los requisitos de comprensibilidad y transparencia?

«Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».-

.- **Indeterminación del objeto**, por no saberse cuánto tiempo durará.

.- **Indeterminación de las consecuencias económicas**, por no saber si bajará o subirá mucho o poco respecto del 2,25%.

VELA TORRES, Pedro-José, “Validez de la transacción que rebaja en dos puntos la cláusula suelo a cambio de la renuncia a instar su nulidad”, *Diario La Ley*, Nº 9227, Sección Comentarios de jurisprudencia, 27 de Junio de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo Pleno, Sala Primera, de lo Civil, n.º 205/2018, de 11 de abril (LA LEY 21223/2018); rec. 751/2017. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio -- RESUMEN DEL FALLO // La Sala Primera del Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ibercaja Banco, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5.ª) de 13 de diciembre de 2016 (rollo 479/2016 (LA LEY 189129/2016)). Asimismo, estima el recurso de casación interpuesto por la misma entidad contra dicha sentencia y casa la sentencia recurrida, para estimar el recurso de apelación y desestimar la demanda de los prestatarios contra la entidad prestamista en la que solicitaban la nulidad de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado (cláusula suelo). // El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013 (LA LEY 34973/2013), era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto.

http://codigo-civil.net/?page_id=124249 – Informes institucionales a la reforma

<http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/199/1/tesi%20dottorato%20Roma%203%20XX%20Umberto%20TROIANI.pdf>

Università degli Studi Roma Tre Scuola Dottorale “Tullio Ascarelli” Sezione di Dottorato di Ricerca in **CONSUMATORI E MERCATO XX** Ciclo Dipartimento di Scienze Aziendali ed economico-giuridiche
Verso un diritto contrattuale europeo Il processo di armonizzazione delle regole e l'individuazione di principi ordinanti nei lavori della Commissione UE Dottorando: Umberto Troiani

C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto comparato ed europeo*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/CE* (a cura di P. Sirena), Milano, 2016, p. 44 ss., consultabile sul sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/pdf/I-2015.pdf>)

A livello europeo, non vi è una regolamentazione uniforme in materia di garanzie. Il *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets* presentato dalla Commissione il 18 dicembre 2007 [COM(2007) 807], dimostrava che le differenze esistenti a livello di discipline nazionali costituivano un ostacolo notevole alle attività transnazionali. La Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali ha introdotto “un quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti contratti concernenti i crediti ai consumatori garantiti da un’ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali”. Per un inquadramento sul diritto europeo delle ipoteche immobiliari v. A. FUSARO, *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari. Novità e prospettive*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/CE*, cit., p. 27 ss.

“Cláusulas suelo: la retroactividad de las declaraciones judiciales de nulidad, por abusivas, de dichas cláusulas al momento de la contratación de los préstamos. Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados c 154/15, c 307/15 y c 308/15)” publicado en la Revista La Ley Unión Europea nº 45 (2017).

Puede consultar también, si lo estima conveniente, y las entradas de este blog de 24.06.2016 sobre “El Tribunal Supremo confirma la validez de la cláusula suelo incluida en un contrato bancario de préstamo hipotecario con un empresario: Sentencia nº 367/2016, de 3 de junio de 2016”; de 22.06.2016 sobre “El Tribunal Supremo declara abusivo el interés moratorio que supere en más de 2 puntos el interés remuneratorio pactado en préstamos hipotecarios con consumidores: Sentencia nº 364/2016, de 3 de junio de 2016”; de 27.01.2016 sobre “El Tribunal Supremo anula, por abusivas, entre otras, las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos bancarios con consumidores”; de 21.12.2016, sobre “Cláusulas suelo: El TJUE declara la retroactividad de las declaraciones judiciales de nulidad, por abusivas, de dichas cláusulas al momento de la contratación de los préstamos”; de 23.01.2017 sobre “Cláusulas suelo: el sistema de reclamación previa establecido en el Real Decreto-Ley 1/2017”; de 23.02.2017 sobre “Cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos y créditos bancarios con consumidores: El Tribunal Supremo plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sendas cuestiones prejudiciales

sobre los efectos de la declaración de abusividad de aquellas cláusulas”; de 27.02.2017 sobre “Cláusulas de intereses moratorios en los préstamos y créditos bancarios con consumidores: El Tribunal Supremo plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea tres cuestiones prejudiciales sobre la calificación y los efectos de la declaración de abusividad de dichas cláusulas”; y de 10.04.2017 sobre “Cláusulas suelo. No son revisables las sentencias firmes. El Auto del TS de 4 de abril de 2017”; 19.06.2017 sobre “La sombra de las cláusulas suelo es alargada. Novedades en materia de cláusulas abusivas en los contratos bancarios de préstamo y crédito: la Comisión de seguimiento, control y evaluación y los Juzgados Provinciales para las demandas sobre cláusulas abusivas”.

<http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/199/1/tesi%20dottorato%20Roma%203%20XX%20Umberto%20TROIANI.pdf>

ⁱ **Para sostener su licitud dice STS 241/13 que** “no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo – máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite -. Más aún son lícitas las cláusulas suelo que no coexistan con cláusulas techo” (cfr. apartados 257 y 258 de la Sentencia). Si bien, seguidamente, matiza “las suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que [el deudor] esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia, cuando menos a corto plazo ... sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados” (apart. 259). ¿Dónde queda el orden público económico? “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. Olmedo Cardenete (dirs.), *Presente y futuro del Mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y Empresarios/as*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 301-353.

Informe de la Comisión europea de 27 de abril de 2000, sobre aplicación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, informe en el que se afirma que “es ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc) al precio o a la fecha de entrega del bien o prestación del servicio ...”. En este sentido, el art. 82.2 TRLCU dispone que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

RETROACTIVIDAD vs. IRRETROACTIVIDAD: Devolución en base al TJUE y rectificación STS Pleno de 24 de febrero de 2017, esto es, el relativo a la limitación temporal de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. En el procedimiento que dio lugar a aquella sentencia el Ministerio Fiscal, a pesar de haber intervenido en el procedimiento como codemandante, solicitó que el TS precisase en su sentencia el elemento temporal (alcance temporal de su eficacia), ya que entendía que si se otorga a la sentencia un efecto retroactivo total “quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que ... habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas”, afirmando que “no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso”.

Pretendida justificación de la irretroactividad en la STJUE de 21 de marzo de 2013 (RWE Vertrieb), apartado 59, que “[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica ..., verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber,

la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”, ..., pero frente a ello, los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al art. 267 TFUE, por el Juzgado Mercantil nº1 de Granada, así como por la Audiencia provincial de Alicante, se dictó la STJUE de 21 de diciembre de 2016, en la que se **concluye, contradiciendo abiertamente la doctrina de nuestro TS**, que *“el art. 6.1 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del art. 3.1 de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*. Y, en consecuencia, STS de 24 de febrero de 2017, **RD-L 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.**