

Sentencia del pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2017, sobre hipoteca multidivisa: Cambio de doctrina en cuanto a su naturaleza y normativa aplicable

Soledad Nevado Torres

Letrado de la Administración de Justicia.

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante

EXTRACTO

La Sala Primera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los prestatarios contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó la demanda en la que solicitaban la nulidad de las cláusulas multidivisa de un préstamo hipotecario concertado con Barclays Bank. La sala declara la nulidad parcial de la hipoteca multidivisa por falta de transparencia, tal y como había hecho la sentencia de instancia.

SUMARIO

1. Introducción
2. Impugnación de las cláusulas multidivisa, acciones posibles
3. Sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017
 - 3.1. Antecedentes
 - 3.2. Motivos que fundamentan los recursos extraordinarios
 - 3.3. Decisión de la sala y cambio de la doctrina jurisprudencial respecto de la establecida en la Sentencia de 30 de junio de 2015
4. Conclusiones
5. Una cuestión final de interés

1. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera global, iniciada en la segunda mitad de 2007, ha arrastrado tras sí, aunque en menor medida, también una importante crisis inmobiliaria.

Esta crisis económica, el alto índice de desempleo y el miedo a la inversión han provocado que los bancos reciban menos dinero para hacer negocio.

Debían entonces atraer la atención del cliente para conseguir este dinero, y, para ello, su oferta ha ido más allá de las hipotecas, los créditos, los depósitos y la emisión de tarjetas como hicieran hace tan solo unos años, no dudando en utilizar ahora todo tipo de técnicas y de ofertar todo tipo de productos complejos y engañosos a este fin.

Unido esto al deseo de los particulares y empresas de obtener mayor rentabilidad en sus inversiones o depósitos o de conseguir préstamos a intereses más bajos, ha llevado a la aparición y contratación de numerosos productos bancarios que finalmente han resultado gravemente lesivos y dañosos para la economía de los particulares contratantes.

En este contexto podemos citar la estipulación de las llamadas «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo ordinario e hipotecario, la suscripción de las llamadas «participaciones preferentes», los *swaps* o los depósitos estructurados, entre otros, todos ellos productos más o menos conocidos por la repercusión que han tenido en los medios de comunicación al hacerse estos eco de las reclamaciones de los afectados.

Pues bien, en este contexto, se sitúan las **hipotecas multidivisa**.

La hipoteca multidivisa es una modalidad de préstamo hipotecario que se paga o se puede pagar en varias divisas. Básicamente, tiene dos particularidades:

1. La cantidad de dinero prestada se realiza en una moneda distinta al euro, normalmente en yenes o francos suizos.
2. El índice que se utiliza para el cálculo de intereses no es el euríbor, sino que se aplica un índice distinto, normalmente el líbor de la divisa en cuestión, que será por lo general más bajo que el euríbor. De ahí la ventaja.

El prestatario, para la devolución del préstamo, puede realizar cambios de divisa cada cierto tiempo con el fin de aprovechar la divisa más favorable en cada periodo y su tipo correspondiente.

Al entrar en juego el tipo de cambio entre monedas y su respectivo tipo de interés, la cuota mensual varía a cada vencimiento, con recálculos constantes del capital pendiente y con movimientos que pueden ser muy importantes, a favor o en contra del hipotecado, hasta el punto de que la parte hipotecante puede llegar a adeudar como capital pendiente de amortización, tras años abonando religiosamente sus cuotas, más o mucho más de lo que le fue inicialmente prestado, caso de que la divisa objeto del préstamo se hubiera apreciado, al punto de hacerse más o mucho más fuerte que la moneda funcional, la local.

Es por ello que ha sido considerado un producto de riesgo que obliga a estar al tanto de los mercados de divisas y sus tipos de interés, y que solo sería recomendable para personas entendidas o prácticas en estas materias.

Sin embargo, las entidades financieras y crediticias han omitido en muchas ocasiones a los particulares la información de los riesgos que pueden provenir de las fluctuaciones de valor de las divisas extranjeras y de su tipo de interés, y el modo en que podía influir en sus deudas, y se han ofertado a clientes sin conocimientos financieros atraídos sencillamente por el bajo tipo de interés, aspecto que se les representa interesante, y en la creencia de que deberán devolver el capital prestado y no más.

El remedio frente a este tipo de situaciones, cuando se han producido perjuicios graves o difícilmente reparables a los particulares, ha de buscarse, a falta de voluntad conciliatoria de la parte más fuerte, la entidad financiera, en los Tribunales de Justicia.

2. IMPUGNACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MULTIDIVISA, ACCIONES POSIBLES

Habría dos vías, dos tipos de acciones judiciales, a través de las cuales poner remedio a esta situación, acumulables o no en una misma demanda.

2.1. El ejercicio de la acción de nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho, cuando el contrato se ha llevado a cabo violando un mandato o prohibición legal. A esta nulidad se refiere el artículo 6.3 del CC cuando dice que los actos (o contratos) contrarios a una norma imperativa o prohibitiva son nulos de pleno derecho a no ser que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) traspone al derecho español la directiva comunitaria sobre condiciones abusivas, Directiva 93/13/CEE, que establece, entre otras cosas, que corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, que los contratos deben

redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor, entre otras cosas.

Al no ser de aplicación directa las directivas de la Unión Europea, a diferencia de lo que sucede con los reglamentos, los artículos 80.1, 82 y siguientes de la LGDUC vienen a trasponer y positivizar a la normativa española lo dispuesto en esa directiva.

Así se dispone que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquellas deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; y buena fe, justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El artículo 82 viene a proporcionar el concepto de cláusula abusiva, al decir que se considerarán tales aquellas no negociadas individualmente y 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.

Las cláusulas abusivas, dice esta ley, serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, previa su declaración por el juez, subsistiendo, si es posible, el contrato sin dichas cláusulas. Se entenderá existencia fáctica de las cláusulas, que comporta inexistencia jurídica, ya que, puestas las cláusulas, lo están.

Pues bien, resulta patente, evidente y manifiesta la falta de transparencia, claridad y sencillez y el desequilibrio para el consumidor, contrario a la buena fe en este tipo de cláusulas, y de ahí la infracción, en estos casos, de norma prohibitiva sancionada con la nulidad de pleno derecho¹.

Se evidencia en este tipo de cláusulas la naturaleza del contrato como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral y el orden público, que vino exigiendo nuestro Tribunal Supremo (TS) (Sentencias de 28 de julio de 1986 y 17 de octubre de 1987).

2.2. El ejercicio de la acción de nulidad relativa o anulabilidad por adolecer el contrato de algún vicio susceptible de producir su ineficacia. Este es el tipo de nulidad a que se refieren los artículos 1.300 y siguientes del CC.

¹ En esta línea, siguiendo a Agüero Ortiz, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10, I Estudios y Consultas, pueden citarse algunas resoluciones que paralizaron ejecuciones hipotecarias por la eventual abusividad de la cláusula multidivisa (AJPI núm. 13 de Madrid, núm. 215/2013, de 15 de marzo [AC 2013/493]; AJPI núm. 15 de Madrid de 31 de octubre de 2013; AJPI de Collado Villalba núm. 1 de 13 de enero de 2014; STJUE [Sala Cuarta] de 30 de abril de 2014, asunto C-26/2013), amén de las numerosas sentencias que han declarado nulidad por abusividad de cláusulas impuestas por las entidades bancarias; sin ir más lejos, la Sentencia del Pleno del TS que nos ocupa.

En este caso, la nulidad o anulabilidad del contrato provendría, no de la infracción de una norma imperativa o prohibitiva como en el caso anterior, sino de la intervención en el momento de la perfección del contrato de un vicio en el consentimiento prestado, en este caso por el particular, determinante de anulabilidad: intimidación o violencia, error, dolo o falsedad de la causa.

Se plantearía si el consumidor, inducido a error por la falta o deficiente información proporcionada por la entidad bancaria, decidió contratar este tipo de hipoteca.

Si el particular «no sabía» lo que firmaba, su consentimiento estará viciado de error y sería anulable.

Hemos de partir, pues, de conocer cuál es la información que debía proporcionar la entidad bancaria con carácter previo a la celebración del contrato, si lo hizo en condiciones de ser comprendida por el cliente, si el cliente conocía o sabía, o debía conocer o saber de la materia, y qué consecuencias tendría esta falta.

A) Normativa aplicable en materia de obligación de información

A este objeto es significativo el cambio de doctrina jurisprudencial de la sentencia que nos ocupa, de 15 de noviembre de 2017, respecto de la STS de 30 de junio de 2015 en cuanto a la naturaleza de este tipo de operación, con su correlativo deber de información.

La citada Sentencia de 30 de junio de 2015, siguiendo la línea de algunas resoluciones de tribunales inferiores, sostenía que a una operación como la estudiada le resultaba de aplicación la Ley del Mercado de Valores (LMV) en la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporaba al ordenamiento jurídico español, entre otras, la Directiva 2004/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MIFID, y que fijaba las normas de conducta aplicables a quienes prestasen un servicio de inversión, al considerar como tal este tipo de préstamo en divisas².

² En su trabajo, Gallego Martínez, V. (2015). «Hipotecas Multidivisa y Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de junio de 2015: Pronunciamiento sobre su naturaleza y sobre la normativa aplicable», septiembre, SP/DOCT/19513, analiza la citada Sentencia de 30 de junio de 2015 y expone la contradicción existente en cuanto a la normativa aplicable a la obligación de información de las entidades financieras en este tipo de hipotecas, según sea considerada su naturaleza. Algunas opiniones, dice la autora, consideran «que la hipoteca multidivisa es un producto de naturaleza híbrida en el que se mezclan los efectos de un préstamo hipotecario convencional y de un derivado que actúa transformando el tanto recibido en una mera referencia a un índice (divisa) y consideran que encaja en el ámbito de aplicación del art. 2.2 de la Ley de Mercado de Valores cuya normativa entienden de aplicación, junto con sus normas de desarrollo (Real Decreto 217/2008), en particular, los artículos 78 y siguientes reguladores de las obligaciones de la entidad bancaria de clasificar a los clientes, de actuar con diligencia y transparencia, de obtener la información derivada de los test de conveniencia y de idoneidad, de prevenir y resolver los conflictos de intereses y de obtener el mejor resultado para el cliente». Entre estas destaca la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid de 12 de mayo de 2014, que establece que el contrato «incluye para la determinación de una parte de la contraprestación a la que debe hacer frente el prestatario un verdadero derivado financiero, lo que conllevaría la aplicación de la LMV, esto es, de la normativa MiFID, porque el artículo 2 de esta norma

La posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de diciembre de 2015 declaró, por el contrario, que este tipo de préstamos no constituían un servicio o una actividad de inversión encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva MIFID, en la medida en que constituían actividades de cambio puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas.

La finalidad de estas operaciones no era llevar a cabo una inversión sino obtener fondos para la compra de un bien³.

Y así, dada la obligación de los jueces y tribunales españoles de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, el TS modifica el criterio adoptado en la Sentencia de 30 de junio de 2015 y declara en esta última, de 15 de noviembre de 2017, que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la LMV.

Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden este tipo de préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores, deber más reforzado de información y control.

Sin embargo, esto no excluye que estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria, artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y Orden de 5 de mayo de 1984.

En este sentido, la jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar.

En el presente caso, esa información precontractual indispensable para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y los riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa objeto del préstamo no existió, en ningún aspecto, ni por escrito ni verbalmente por la comercial de la entidad que les atendió.

establece que quedan incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los "contratos de opciones futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo)".

³ En esta línea, ya señalaba Gallego Martínez en su trabajo antes citado, que «otras resoluciones sostenían que a una operación como la estudiada no le resultaba de aplicación la Ley de Mercado de Valores en la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporaba al ordenamiento jurídico español, entre otras, las Directivas 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), por cuanto no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la misma dada la redacción de su artículo 2 y el capítulo 1 del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión al no constituir un producto de inversión (SAP de Madrid, Sección 18.ª, de 18 de noviembre de 2013; SAP de Madrid, Sección 97.ª, de 4 de febrero de 2013; SSAP de Asturias, Sección 7.ª, de 10 y 14 de febrero de 2014)».

De este modo, los clientes no pudieron adoptar una decisión fundada y prudente, comprendiendo los efectos y las consecuencias económicas que por el funcionamiento de este tipo de préstamo en divisa pudieran ocasionarse.

Constatado, pues, que el deber de información que debe darse por la entidad financiera no es el previsto en el artículo 79 de la LMV, y que tampoco se ha cumplido con el deber de información de las normas sobre transparencia bancaria, siendo esencial esta información para que los demandantes hubieran optado por lo que más les convenía, es claro que hubo error en su consentimiento en el momento de la celebración del contrato, y que ese error era excusable, esto es, que no pudo evitarse mediante el empleo de una diligencia media.

Para valorar si el error alegado fue o no excusable deben valorarse los conocimientos y la experiencia en la materia de los prestatarios, su perfil para concluir si la ausente o insuficiente información fue relevante en su error, para concluir en la procedencia de la anulabilidad del contrato⁴.

Ha de significarse también que la infracción de unas y otras normas del deber de informar no acarrea por sí sola, caso de ser infringidas, la nulidad o anulabilidad del contrato otorgado, sino tan solo la imposición de sanciones administrativas a la entidad bancaria. Abocarán a la anulabilidad del contrato cuando esa falta de información ha llevado a error inevitable a la parte y este error la conduce a prestar un consentimiento que, por lo tanto, está viciado.

3. SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017

3.1. ANTECEDENTES

En su demanda de juicio ordinario interpuesta por dos particulares frente a Barclays, se solicitaba con carácter principal la declaración de nulidad parcial de lo acordado en escritura pública de constitución de préstamo hipotecario en divisa extranjera, en lo que se refería a estas divisas, formulándose otras pretensiones con carácter subsidiario.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid, acogiendo la reclamación primera y principal de los demandantes, declaró la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por estas mediante escritura de fecha 31 de julio de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multdivisa.

⁴ En esta línea citaremos, por su relativo reciente dictado, la STS núm. 5156/2015, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2015, rec. núm. 2066/2012, ponente Sr. Saraza Jiménez (CENDOJ), que declara la anulabilidad de contrato apreciando error vicio en el consentimiento; o la muy interesante STS núm. 1916/2013, Sala de lo Civil, rec. núm. 485/2012, resolución núm. 241/13 de fecha 9 de mayo de 2013, ponente Sr. Gimeno-Bayón Cabos, en que se declara la nulidad de las cláusulas suelos por falta de transparencia, condenando a las entidades demandas BBVA, Cajas Rurales Unidas S.C.C. y N.C.G Banco SAU a la eliminación de las cláusulas abusivas y al cese en su utilización (CENDOJ).

Esta sentencia fue recurrida en apelación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación de Barclays revocando la sentencia dictada en la instancia, y frente a esta, los particulares presentan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

3.2. MOTIVOS QUE FUNDAMENTAN LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

- a) El recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en la infracción de los artículos 24.1 de la CE y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- b) Los motivos en que se fundamenta el recurso de casación fueron varios:

Infracción del artículo 2.2 y 79 de la LMV; infracción del artículo 6.3 del CC; infracción de este en relación con los artículos 1.266, 1.265 y 1.300 del CC; oposición y desconocimiento en la sentencia de la Audiencia de la doctrina del TS recogida en la Sentencia de 11 de julio de 2007 y en la de 5 de marzo de 2012; infracción de los artículos 80.1 y 82 del TRLCU, e infracción del artículo 79 de la LMV.

En fecha 20 de septiembre de 2017, día señalado para la deliberación, votación y fallo del recurso, se dictó por el TJUE una sentencia que seguía los pasos de la ya citada de este mismo órgano jurisdiccional de fecha 3 de diciembre de 2015 en cuanto a la consideración de la naturaleza de este tipo de operaciones, y de la que se dio vista a las partes para que pudieran realizar alegaciones sobre su trascendencia en este asunto.

3.3. DECISIÓN DE LA SALA Y CAMBIO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RESPECTO DE LA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2015

La sala entiende lo que sigue:

- a) Que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la LMV; y ello siguiendo las directrices fijadas por el TJUE en su Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 y en contra de lo que estimó en su Sentencia de fecha 30 de junio de 2015.

Esto supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información previstas en la normativa del mercado de valores, sin perjuicio de sus obligaciones respecto del resto de normas aplicables como son las de transparencia bancaria.

Asimismo, manifiesta que cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usua-

rios, y en concreto a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

De este modo, la Audiencia no infringe, como había alegado la entidad recurrente, los artículos 2.2 y 79 de la LMV, y tampoco infringe el artículo 6.3 del CC en relación con el citado 79, sencillamente porque, según entiende la sala, tales preceptos no son aplicables.

- b) La sala desestima las alegaciones relativas a la infracción de las normas sobre incorporación de las condiciones generales, dado que sí están incorporadas, y la acción está dirigida a que sean declaradas nulas por abusivas.
- c) La sala entiende aplicable la normativa sobre cláusulas abusivas, dado que no hubo negociación individual alguna respecto de las mismas y resulta plenamente aplicable su contenido.

En diversas sentencias, desde la de 9 de mayo de 2013 hasta las más recientes de 9 de marzo y 8 de junio de 2017, el TS ha sentado la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato, y esto, a pesar de que la normativa MIFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas.

En la Sentencia de fecha 30 de junio de 2015, la sala entiende aplicable a este tipo de préstamo la directiva MIFID, al considerar que este tipo de operación entra en su ámbito de aplicación, que es un instrumento financiero y que no entra en el ámbito de aplicación de la directiva sobre cláusulas abusivas.

Al faltar la información que impone la citada Directiva MIFID para este tipo de operaciones, entiende, la citada sentencia de junio de 2015, en aquel caso, que pudo existir error en los particulares hipotecantes al contratar la hipoteca en divisa; si bien finalmente resuelve que ese error era inexcusable, vencible, que era evitable, dada la profesión y los conocimientos en esta materia de los demandantes, de modo que desestima el recurso de casación entendiendo que aun habiendo infracción del deber de información conforme a esa directiva y a la LMV, los particulares sabían o conocían la materia por razón de su profesión.

Entiende, en definitiva, que no cabe la anulabilidad por error vicio en el consentimiento y desestima el recurso de casación.

En nuestro supuesto, por el contrario, la sala descarta la aplicación de la Directiva MIFID y su deber cualificado de información por parte de la entidad bancaria; considera que los hechos probados también acreditaban el error del consentimiento prestado por los demandantes, dada la falta de información de la normativa sobre cláusulas abusivas y el dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la multidivisa, si bien la fundamentación principal de la nulidad parcial que se declara es la abusividad de esas cláusulas.

El carácter abusivo de una cláusula es independiente del deber de información, de una u otra clase, según la naturaleza que se considere de este tipo de préstamo; es, por lo tanto, posible que, desestimada una acción de anulabilidad del contrato por error vicio, pueda luego acudir a la acción de nulidad absoluta, en cuanto infracción de norma imperativa o prohibitiva.

El TS, pues, casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y declara la nulidad parcial del préstamo eliminando las referencias a la denominación en divisas de este, que queda como un préstamo concedido y amortizado en euros, dado que la nulidad total supondría un perjuicio serio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar.

De ahí que sea más beneficioso para los particulares el ejercicio de la acción de nulidad absoluta, al objeto de obtener nulidad parcial del contenido abusivo del contrato, manteniéndose el mismo en todo lo demás, que el ejercicio de la acción de nulidad relativa, que conllevaría la nulidad total del mismo con la consiguiente obligación de restitución de las prestaciones recíprocas a tenor de lo establecido por el artículo 1.303 del CC.

4. CONCLUSIONES

Confirmada por numerosas sentencias, tanto de tribunales inferiores como de nuestro TS, la mala praxis de las entidades financieras en el sentido expuesto, debe plantearse la posibilidad de arbitrar algún tipo de mecanismo administrativo para frenar esta práctica bancaria.

Y ello, en cumplimiento y con fundamento en el artículo 51 de la CE, que dice que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos; y en la citada directiva sobre cláusulas abusivas, que impone a los Gobiernos de los Estados miembros la obligación de velar porque no se incluyan este tipo de cláusulas en los contratos celebrados con consumidores.

Más allá de la referencia a alguna comunidad autónoma, la andaluza, que ha tipificado en su Ley de Defensa de los Consumidores la introducción de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores como infracción administrativa con su correspondiente sanción, no existe equivalente en la legislación nacional.

- a) No sería descabellado, por lo tanto, que la parte demandante en este tipo de procedimientos, además de la solicitud en declaración de nulidad del contenido abusivo (o en proceso posterior si no se consideran acumulables las pretensiones de distinto tipo de responsabilidad), solicitara una condena de la entidad bancaria por responsabilidad extracontractual a la luz de lo dispuesto en el artículo 7.2 del CC en cuanto al abuso de derecho cometido por estas al contratar, y constatado por una previa resolución judicial estimatoria de las pretensiones de la demandante; como si se tratara de una responsabilidad civil al modo de las condenas en los antiguos juicios de faltas o en los juicios por delito.

- b) Dado el gran número de afectados, también podría por el Gobierno plantearse la posibilidad de que este tipo de procesos fueran llevados a mediación o arbitraje obligatorio, que descargaría enormemente los juzgados.

En cualquier caso, e independientemente de las soluciones que podrían plantearse *a posteriori*, cabe plantearse si el Gobierno, visto los numerosos procesos y su resultado, la alarma social creada, la sensación de indefensión en la sociedad, siendo conocedor de la situación y estando obligado a ello, puede limitarse a dejar la solución en manos de los tribunales, como si de cualquier otro conflicto entre particulares se tratara, o por el contrario está incurriendo en responsabilidad por esta pasividad.

Pasividad que desde luego se constata ante la falta de transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, y cuyo plazo de transposición concluyó en mayo de 2016.

5. UNA CUESTIÓN FINAL DE INTERÉS

Recientemente, la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del TS ha fijado como doctrina legal que la Administración tiene potestad para sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios «sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil» sobre la abusividad de dichas cláusulas.

En esta sentencia, el TS estima un recurso en interés de la ley presentado por la Junta de Andalucía contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía que anuló cuatro multas impuestas por la Secretaría General de Consumo andaluza a Unicaja por cláusulas abusivas.

El TSJ andaluz entendió que la aplicación de las sanciones administrativas previstas por la Ley andaluza 13/2003 de Defensa de los Consumidores, cuando tipifican como infracción introducir cláusulas abusivas en contratos, como préstamos hipotecarios o de apertura de cuentas y libretas de ahorro, necesita una previa declaración de que la cláusula es abusiva por parte de un Juzgado Civil.

Para el TS, cuando la sentencia remite, para la fijación del carácter abusivo de las cláusulas, a una previa declaración de la jurisdicción civil, se está bloqueando la aplicación del catálogo de infracciones que describe el texto refundido de la LGDUC y otras leyes complementarias, además de la ley andaluza citada.

Recuerda el TS que la LGDUC no impone «esa suerte de prejudicialidad civil que se infiere de la sentencia recurrida, para el ejercicio de la potestad sancionadora, toda vez que el ilícito administrativo que castiga, la introducción de cláusulas abusivas, es título suficiente para ejercer la potestad sancionadora». Tampoco la directiva europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores atribuye ese filtro al juez civil para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Ello sin perjuicio, añaden los magistrados, de que, como es natural, la sanción impuesta pueda ser luego impugnada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que será el que se pronuncie sobre la legalidad de la sanción y por ello sobre el carácter abusivo de la cláusula, exclusivamente a esos efectos sancionadores.

El TS subraya al respecto en su fallo que la doctrina legal fijada ahora por el alto tribunal es la que vincula a todos los jueces y tribunales inferiores en el orden contencioso-administrativo. Por otro lado, en este tipo de recursos en interés de ley se respeta la situación jurídica particular derivada del fallo de la sentencia recurrida del TSJ andaluz.