

ACTA DE LAS IX JORNADAS CESCO DE DERECHO DE CONSUMO

“Las dieciséis cosas más importantes que han pasado este año en el Derecho de Consumo: la perspectiva de CESCO”¹

Toledo, 28 y 29 de noviembre de 2013

Ana Isabel Mendoza Losana

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Alicia Agüero Ortiz

Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Mediante la presente acta pretendemos acercar a nuestros lectores el contenido de las IX Jornadas CESCO de Derecho de Consumo, celebradas en Toledo los días 28 y 29 de noviembre. Con la misma finalidad, se han publicado en la página web de CESCO² los materiales y presentaciones utilizados por los ponentes, así como los vídeos de las intervenciones, disponibles para cualquier interesado.

Todos los participantes fueron profesionales de excepción en el ámbito del Derecho de Consumo, contando con Magistrados, Notarios, Representantes de Asociaciones de Consumidores tan relevantes como la OCU y CEACCU, Fiscales, Representantes de Entidades Públicas, Abogados, Profesores de Universidad, Catedráticos, etc. Gracias a todos ellos y al público asistente se pudieron abordar las 16 cosas más importantes que han pasado este año en Derecho de Consumo: compañías aéreas “low cost”, garantía de bienes de consumo, el abono y corte de suministros básicos, cláusulas abusivas, protección del usuario en la red, tasas judiciales, etc.

¹ Jornadas realizadas en el marco del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” DER2011-28562 concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011)

² http://www.uclm.es/Actividades/evento.aspx?id_evento=4723

Las Jornadas se estructuraron en los siguientes paneles: 1. "Viajar y comprar: idos maldiciones!"; 2. "La angustia de no poder pagar la luz y el teléfono"; 3. "Consumiendo justicia y pagando tasas"; 4. "Desnudos en la red"; 5. "Lo último en materia de cláusulas abusivas bancarias"; y 6. "Transparencias y otros instrumentos preventivos".

PANEL I: "Viajar y comprar: idos maldiciones!"

1. Inconvenientes y abusos por viajar en "low cost".

Dña. Karolina Lyczkowska.

Doctora en Derecho. Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain.

El inicio de las jornadas arrancó con la problemática de los vuelos de compañías de bajos coste, en relación con problemas genéricos de los derechos de todo viajero. Así, Karolina Lyczkowska analizó diversos inconvenientes en que puede encontrarse el pasajero, y sus derechos ante ellos.

Quizá el mayor trastorno que puede sufrir un pasajero es la cancelación de su vuelo, ante esta situación el pasajero debe tener en cuenta lo siguiente:

- Derecho de compensación: el pasajero tiene derecho a la indemnización estándar por daños morales. Además, tiene derecho a realizar dos llamadas y enviar dos fax, aunque ello sea generalmente desconocido.
- La vuelta al aeropuerto de salida es considerada por el TJUE como una cancelación y comporta los mismos derechos del pasajero.
- Retraso: Según el Reglamento no existe derecho a indemnización por el mero retraso, pero sí a asistencia (llamadas, fax, víveres, etc.). Ahora bien, sí existe derecho a indemnización en caso de "gran retraso" (superior a 3 horas).

Con todo, la concurrencia de causas extraordinarias exoneran del pago de la compensación. Se entiende por causas extraordinarias las averías técnicas; las condiciones meteorológicas adversas siempre que persistan en la hora del vuelo; y las huelgas –aunque en este punto la jurisprudencia no es unánime-. Sin embargo, no se considera causa extraordinaria el tráfico aéreo.

En relación a determinados cargos adicionales típicos de las compañías "low cost", destaca el cobro por facturación de maletas. Si bien el art. 97 LNA establece que no hay que pagar por la primera maleta, la SJMer Madrid 30.09.2013 considera que la norma no conlleva exactamente que en el precio del billete deba incluirse el derecho a transportar una maleta, sino que más bien hace referencia a pequeños enseres, como un bolso de mano, por lo que la cláusula de abono por facturación sería lícita. También se consideran válidas otras cláusulas como aquella que impone el abono de 40 € por la impresión en el mostrador de la aerolínea de la tarjeta de embarque, por responder al derecho de la empresa a disminuir los costes.

Respecto al overbooking y lista de espera en que debe inscribirse el pasajero, se ha reconocido incluso el derecho a compensación en el caso de una pareja que –lógicamente quería viajar junta- y se toparon con el hecho de que solo quedaba una plaza libre en el avión. La aerolínea insistió infructuosamente en que no había overbooking pues, de hecho, había una plaza libre.

Finalmente, se expuso que la cláusula de sumisión tácita a los tribunales irlandeses (propia de Ryanair) es una cláusula ineficaz, por contravenir los siguientes preceptos:

- Fuero especial: oferta pública – domicilio del aceptante (art. 52.2 LECiv).
- Art. 90.2 RDLeg 1/2007: domicilio del consumidor.
- Art. 62.2 RDLeg 1/2007: obstáculos desproporcionadamente gravosos para que el consumidor pueda ejercitar sus derechos.

2. *Garantía legal de bienes muebles: el financiador, el tique de compra y las garantías posteriores a la reparación.*

D. Manuel Jesús Marín.

Catedrático de Derecho Civil. Investigador de CESCO. UCLM.

Esta ponencia tuvo por objeto dos problemas relacionados con la garantía en la venta de bienes de consumo. En primer lugar, si para poder reclamar ante el vendedor por la falta de conformidad de un bien debe o no presentar el consumidor el tique de compra y, en segundo lugar, cuál es el régimen jurídico preciso de la reparación, es decir, qué derechos tiene el consumidor ante la realización de una reparación sin éxito. La exposición se realizó siguiendo casos concretos planteados a CESCO.

Respecto al primero de ellos, el consumidor no disponía del tique de compra pero sí tenía el resguardo bancario del pago con tarjeta en ese establecimiento comercial. Ninguno de los artículos del TRLGDCU exige el tique de compra. En cualquier caso, es evidente que el consumidor tiene que probar que compró ese objeto, en ese establecimiento y en una fecha determinada para poder reclamar al vendedor. La carga de la prueba recae sobre el comprador, constituyendo el tique de compra una prueba irrefutable de que se compró ese objeto, en ese establecimiento y en la fecha que señala. Ahora bien, el consumidor puede probar la operación por otras vías: testigos, cámara de seguridad, etc., esto es, mediante todos los medios probatorios que ofrece la legislación procesal. Así pues, el extracto de pago con la tarjeta de crédito, tiene la condición de documento privado y, por ende, no es un medio de prueba irrefutable, sino que es valorado de conformidad con el valor que da la LEC a los documentos privados. En conclusión sobre este primer punto, el tique no es un documento que haya que presentar necesariamente para que el consumidor pueda reclamar al vendedor la falta de conformidad. El tique de compra constituye una prueba irrefutable, pero puede tratar de probar esta compra por cualquiera de los medios probatorios aceptados por la LEC.

El segundo asunto es la garantía de la reparación. Supuesto de hecho: consumidor que compra un ordenador portátil, a los diecinueve meses se

manifiesta una falta de conformidad en el disco duro, a petición del consumidor se repara el ordenador y la reparación consiste en sustituir ese disco duro por otro nuevo. Siete meses después (en el mes 26) el disco duro se estropea de nuevo y el ordenador deja de funcionar. El ponente se propuso resolver la cuestión relativa a si tiene el consumidor algún derecho contra el vendedor, para ello dividió el análisis de la respuesta en tres cuestiones concretas:

- a) Cómo afecta la reparación al plazo de garantía general de dos años: art. 120.c la reparación suspende el cómputo de los plazos, mientras el empresario esté realizando la reparación.
- b) La garantía propia de la reparación: en virtud del art. 120.c el bien reparado tiene una garantía propia y específica de seis meses. En nuestro caso, el consumidor no dispone de ninguna garantía porque han transcurrido los 24 meses de la garantía general, y los 6 meses de la garantía de la reparación.
- c) Existe una garantía de la reparación en los casos de garantía comercial, servicios postventa o contrato de obra (que consiste en encargar a un profesional que repare un bien, ej. reparación de un electrodoméstico o vehículo). El contrato de reparación, como regla, está fuera del TRLGDCU, solo contempla el contrato de obra parejo a la adquisición del bien (ej. Compra de un electrodoméstico con obligación simultánea de instalación). Ante esto, se plantean diversas hipótesis:
 - a. Taller de vehículos para que instalen un lector de DVD que el propio consumidor ha comprado previamente: si el lector de DVD no funciona porque la instalación es defectuosa, no queda cubierto por el régimen de garantías ya que es un contrato de obra excluido del texto refundido (no se obliga a fabricar ni hacer nada).
 - b. Taller de vehículos que instala un lector de DVD comprado en el propio taller, con contrato de la instalación: si el DVD presenta una falta de conformidad, sí cabe reclamar conforme al régimen general de garantía. El taller actúa en cierto modo como vendedor. Y lo mismo ocurre con la instalación de ruedas.
 - c. ¿No podemos decir que, en la medida en que se introduce un disco duro nuevo en el PC, el consumidor puede pedir la garantía de los dos años sobre la pieza? Cree que no, porque ahí está funcionando el régimen de garantía general, se trata de la reparación legal y, por tanto, la cosa que se introduce no tienen un régimen de garantía propia, sino el de la primera cosa por cuya avería se introdujo.

En conclusión, en el ámbito de la garantía general, el consumidor no puede acudir al régimen de protección de los contratos de obra.

PANEL II: "La angustia de no poder pagar la luz y el teléfono"

3. *Cómo pagar menos en la factura de la luz. Derecho a causar baja y aplicación de cláusulas de penalización especialmente cuando no se ha entregado justificante del contrato o éste es incompleto.*

D. Antonino Joya.

Director de Relaciones Institucionales de OCU.

Se inició la ponencia planteando a los presentes ¿hasta qué punto supone una "angustia" no poder pagar la luz? Para dar respuesta a esta pregunta, el ponente apuntó que según el INE el gasto medio por hogar en 2012 se redujo en un 3,4% respecto a 2011, sin embargo electricidad, gas y otros combustibles fue el subgrupo que más creció, aumentando respecto al año anterior. El hecho relevante es que la luz ha subido un 60 % desde el 2007, siendo España el tercer país más caro en este contexto (por detrás solo de Irlanda y Chipre). ¿Qué opciones tiene el consumidor? Según el ponente, cabe seguir derrochando luz, ahorrar energía, o constituir un proceso de compra colectiva de energía como hizo la OCU.

Al lanzar este proyecto, la OCU se encontró con una serie de obstáculos, pero también recibieron impulsos al proyecto: (i) se había realizado en otros países con gran éxito en Holanda y Portugal; (ii) los reguladores también les animaron, pues la CNE en varios informes había dicho que una de las formas para impulsar el mercado minorista y potenciar la competencia de los operadores era potenciar estos mecanismos de switching colectivo; y sacudir el monopolio.

Acto seguido, el ponente aclaró dudas comunes de los consumidores respecto al "switching" o la portabilidad eléctrica. En el sector eléctrico el art. 4.8 del RD 1435/2002 establece que para los contratos realizados en baja tensión (los de los consumidores) no se pueden establecer permanencias superiores a un año. Transcurrido un año el cliente puede resolver el contrato sin penalización. Si lo hace antes de transcurrir el año, la penalización no puede ser mayor al 5 % de lo que quedaría por consumir hasta el final del año. Imaginemos que nos damos de baja a final de octubre y nos quedan dos meses, si consumimos aproximadamente unos 80 € al mes, faltan 160 por consumir, pues la penalización sería el 5 % y no más. La CNE ha hecho un informe 25/2013 en el que propone tres excepciones a la penalización: (i) no debería haber penalización para los clientes que tengan precio voluntario del consumidor (mercado regulado) y se vayan al mercado libre; (ii) tampoco para aquéllos que lleven con el comercializador más de un año; (iii) ni aquellos que dejen a un comercializador sobre los que pese un procedimiento de extinción de la habilitación. A juicio del ponente, cambiar de compañía no es ni complicado ni caro; ni tiene sentido la fidelidad que sentimos, como contrapartida al generalizado descontento que siente el consumidor respecto a sus compañías.

El mayor éxito de la campaña de la OCU (aparte del ahorro medio conseguido de 49 € al año, y en algunos casos, como en el de los contratados con Iberdrola generación, el ahorro alcanzó los 129 € al año), es la captación de la atención de los consumidores, tratando de derrotar el mito de las compañías que consideran al consumidor como egoístas, estúpidos y perezosos.

4. Retrasos e impagos: cortes, cargos adicionales e inclusión en registros de morosos.

Dña. Ana I. Mendoza.

Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Investigadora de CESCO. UCLM.

La ponente expuso las implicaciones de los retrasos e impagos en primer lugar, respecto al servicio telefónico, para hacer posteriormente lo propio en relación al suministro eléctrico, concluyendo finalmente con un análisis de los requisitos y derechos ante la inclusión de los datos del consumidor en un registro de morosos.

Impago del servicio telefónico. La normativa solo regula la suspensión del servicio telefónico fijo por impago. El retraso total o parcial en el pago por un plazo superior a un mes desde la presentación de la factura al pago justificará la suspensión y posterior interrupción del servicio, siempre que medie un requerimiento previo de pago y un aviso en el que se comunique que, en caso de no pagar, se procederá a suspender el servicio. Apreciaciones:

- La reclamación ante la SESI puede generar la ampliación del plazo para efectuar el pago, pero nada se dice si la reclamación se somete a arbitraje de consumo;
- La interrupción se producirá en los 15 días posteriores al aviso;
- No puede producirse la suspensión en días festivos y no exime del pago de cuotas periódicas (ej. cuota de abono). Debe mantenerse el servicio de llamadas de emergencia y recepción de llamadas –excepto las de cobro revertido-.
- En el día laborable siguiente al que se tenga constancia del pago se procederá al restablecimiento del servicio;
- Producida esta situación de retraso en el pago, el operador podrá exigir depósitos de garantía (depósito o aval bancario);
- Si el retraso es superior a tres meses, o si se produce en más de ocasiones se procederá a la interrupción definitiva –resolución del contrato-;
- La falta de pago solamente justifica la suspensión del servicio que efectivamente se deja por pagar. Ej. en caso de llamadas a servicios de tarificación adicional (llamadas 803, 806, 807, sms Premium, etc.), el consumidor puede abonar únicamente la parte de la factura con la que está de acuerdo, y no pagar la parte de tarificación adicional sin que el operador pueda suspender el servicio telefónico principal.
- También prevé la norma que en caso de que se presente reclamación ante la SESI o Junta Arbitral, y se haya consignado fehacientemente la cantidad adeudada no se podrá interrumpir el servicio. Pero no queda claro cómo efectuar esta consignación.

En la telefonía móvil o servicios de internet, por el contrario, rige el principio de libertad contractual, aunque deben quedar determinados los extremos básicos: en qué momento se entiende que hay un impago, cuándo se procederá a la suspensión del servicio, y qué costes acarrea la rehabilitación del mismo. En este punto, la ponente desmontó un mito: el hecho de tener facturas impagas con un operador no justifica que un operador deniegue la portabilidad.

Suministro de luz. Para los consumidores acogidos a tarifa de último recurso el plazo para efectuar el pago es de 20 días naturales desde la emisión de la factura por la comercializadora. Si ese día es sábado o festivo, el plazo vence el

siguiente día hábil. Asimismo, explicó el procedimiento para suspender este suministro básico: transcurridos dos meses desde que se ha realizado el requerimiento fehaciente de pago al consumidor, que debe contener además una advertencia de que en caso de impago se procederá a la suspensión y la fecha prevista para la suspensión (que no se puede efectuar en día festivo, ni víspera de festivo, ni en cualquier fecha en que no haya servicio de atención técnica o comercial –ej. viernes santo, SAP Valencia-). Si el usuario rechaza la notificación se tendrá por efectuado el trámite. Quien asume estas obligaciones es el comercializador de último recurso, si bien quien efectúa el corte es el distribuidor –que según la CNE no tiene obligación de supervisar, vigilar, o comprobar que el comercializador ha cumplido sus obligaciones-. Como máximo al día siguiente de tener constancia del abono de lo adeudado, se debe restablecer el suministro. Respecto a los gastos que esto genera, el RD 1725/1984 establece que ese coste de reconexión será el coste de enganche vigente multiplicado por dos. De nuevo, la interposición de una reclamación impedirá el corte del suministro hasta que se haya resuelto.

En el caso del suministro liberalizado, rige la libertad contractual, sin más restricciones.

¿Qué sucede con los intereses de demora y cargos adicionales? Que, como es habitual a la vista de los contratos, los intereses de demora tanto en telecomunicaciones como en energía alcancen el interés legal incrementado en dos puntos, no parece abusivo por la cantidad, pero cabe hacer una reflexión ulterior respecto a la reciprocidad. Propuso que las compañías podrían imponer cargos adicionales asociados al retraso o al impago si superasen dos controles: (i) control de transparencia, si realmente está determinado el cargo y la cuantía en el contrato; (ii) control de proporcionalidad, esto es, que responda a costes en los que realmente se haya incurrido.

Respecto a los registros de morosos, especificó los requisitos de inclusión, a saber: (i) que exista una deuda cierta exigible e impagada; (ii) que en el momento en que se recaban los datos al inicio de la relación contractual haya un consentimiento del interesado; (iii) que haya información previa, que el interesado sepa que de no pagar puede ser inscrito en un registro de morosos; (iv) que el requerimiento de pago se haya realizado por un medio que permita constatar la recepción por el interesado; (v) el responsable del fichero debe notificar en el plazo de 30 días la inclusión (cosa que raramente se hace); (vi) los datos no podrán permanecer en el registro más de 6 años, y una vez que se salda la deuda se cancela el dato. Respecto a la presentación de reclamaciones contra la deuda, el TS ha dicho que no cabe sancionar a una empresa por inscribir una deuda reclamada en el registro. Eso no significa que la presentación de una reclamación no pueda crear una duda razonable de que la deuda existe que permitirá al titular la deuda ejercer su derecho a la cancelación del dato. La inclusión de una deuda dudosa, dice el TS, constituye una intromisión al honor que justifica el pago de una indemnización por daño moral.

5. ¿Cada cuánto tiempo se ha de facturar el suministro eléctrico? ¿ante quién reclamar?

D. Miguel Ángel Anaya Peláez.

Jefe del Área de Consumidores de la Comisión Nacional de Energía.

Existen dos maneras de comprar electricidad para aquellos consumidores que tengan menos de 10 kw contratados, una opción es comprar la luz mediante la tarifa regulada que se llama en este momento tarifa de último recurso, la otra alternativa es comprar la luz en el mercado libre. En cualquiera de las dos modalidades, hay una parte física que es común estemos donde estemos comprando la luz (cables de la empresa distribuidora), de forma que las condiciones –calidad técnica- en que llegue la electricidad a nuestras casas es responsabilidad de la empresa distribuidora. Para la primera modalidad, el comercializador viene impuesto por la normativa, es el “comercializador de último recurso”. Esta modalidad, de compra de energía también está regulada, existen unas obligaciones que la norma impone a estas compañías. Son obligaciones impuestas, no están enunciadas como derechos de los consumidores. El órgano competente en materia de energía de la Comunidad Autónoma supervisa y en su caso, obliga a las compañías a cumplir sus obligaciones, velando por los derechos del consumidor. Los consumidores que compren en el mercado libre, solo aquellos que tengan un problema con el distribuidor (calidad del suministro o medida del contador) están amparados por la autoridad administrativa, pero no cuando tengan un problema con el comercializador, en ese caso tienen que ir a los tribunales (o a los procedimientos alternativos en materia de consumo). Esa es una de las principales diferencias entre ambos sistemas de cara al consumidor.

Hay solo cinco empresas comercializadoras de último recurso³, que están obligadas a vender electricidad a cualquier persona que tenga contratada menos de 10 kw y que se lo pida. Las condiciones y los precios son fijados por la Administración, a diferencia de lo que sucede en el mercado libre que se fijan en el contrato.

En el mercado libre, la periodicidad de la facturación es la determinada en el contrato por la empresa comercializadora. Por el contrario, desde abril, los comercializadores de último recurso tienen obligación de facturar cada dos meses en consonancia con la frecuencia de la obligación impuesta a las compañías de leer los contadores, cobrando por una lectura real. Respecto a los contadores que están dentro de las casas, que existen pese a que sea obligatorio que estén fuera para que sean accesibles a las compañías eléctricas, si la compañía no puede entrar en la casa no lee, antes estaba habilitada para facturar en función de los promedios históricos cuando no fuera capaz de leer. Ahora la norma aclara la obligación de dejar una nota en el domicilio con una forma de contacto para que el consumidor pueda comunicar la lectura del

³ Endesa Energía XXI, SL; Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.; Gas Natural SUR; Hidrocarburos energía último recurso SAU; E. On Comercializadora de Último Recurso, SL.

contador, y se prohíbe que esta situación perdure durante más de un año, es decir, que al menos una vez al año deben ponerse en contacto con el propietario de la vivienda para que les abra el domicilio y hacer una lectura real. Cuando no se puede leer el contador, se ha de facturar según la factura correspondiente al mismo periodo del año anterior en el que existan medidas reales. En opinión del ponente, esta técnica podría vulnerar el TRLGDCU, que prohíbe facturar bienes no entregados o servicios no prestados.

Finalmente, reflexionó sobre la inviabilidad e inexistencia de un auténtico mercado libre en este sector, criticó el modelo copiado de otros extranjeros (inglés y californiano), ya abandonados al constatarse que tal modelo solo conseguía que la luz fuera cada vez más cara.

PANEL III: "Consumiendo justicia y pagando tasas".

6. Tasas judiciales y estrategias de reclamaciones de consumo.

Dña. Carmen González Carrasco.

Profesora Titular de Derecho Civil acreditada por ANECA al cuerpo de CU. UCLM. Investigadora de CESCO.

Dña. Verónica del Carpio Fiestas.

Abogada. Profesora asociada de Derecho Civil. UNED.

Comenzó la ponencia Dña. Carmen González Carrasco quien se preguntó "¿qué es la tasa para el consumidor?" Explicó que la tasa es un precio público a pagar por el consumo del servicio público de justicia, siendo ahora el artículo 24 CE objeto de consumo, un derecho fundamental de pago –y no solo, ya, un medio para la satisfacción de sus derechos-. Además, señaló el efecto colateral que, podría conllevar la tasas, de criminalización de determinadas conductas de consumo que antes solo se veían en una esfera civil y ahora, para evitar la tasa, se diriman en vía penal, (ej. responsabilidad civil sanitaria) redundando en la posición del consumidor ante una posible medicina defensiva o ante un aumento de las primas de seguros de los profesionales que se relacionen con el consumidor.

La normativa vigente está constituida por la Ley 10/2012 de 20 de noviembre modificada por el RD-Ley 3/2013 de 22 de febrero. Antes de la reforma la tasa variable se calculaba en el 0.5 de la cuantía procesal hasta 1 millón de euros y a partir del millón de euros 0.25 con el límite de 10.000 € por instancia. A eso había que añadir la tasa fija de 800 € por cada recurso que se pueda interponer en las vías sujetas a tasa. Ello podría suponer que en una reclamación de responsabilidad civil cercana a 700.000 € (ej. daños en un bebé durante el parto), acababa siendo objeto de una tasa de 12.000 € en su mayor parte no recuperable. Ante las quejas de todos los sectores de la justicia y consumidores, se convino una reforma de las cuantías, quedando sustancialmente reducidas, especialmente el variable que se reduce al 0.10, con límite de 2.000 €. Así las cosas, lanzó una pregunta a la siguiente ponente: ¿qué problemas subsisten si se ha bajado sustancialmente la variable?

Dña. Verónica del Carpio Fiestas respondió contundentemente que subsisten todos los problemas, pues esta norma es el paradigma de cómo es posible legislar mal. El legislador ha conseguido “vender” que esto está solucionado mediante el sistema de poner en grande las cuantías fijas y muy chiquitito la cuantía variable. Un consumidor con un problema grave, ej. con una constructora, tiene que pagar de demanda 2.300 €. Siendo el sueldo medio en España 15.000 €, y siendo así que la justicia gratuita está justo en ese límite para que no entre la gente del salario medio, es muy posible que haya gente que quede fuera del acceso a la justicia. Es cierto, que la Defensora del Pueblo presentó unas recomendaciones, que el Ministerio de Justicia decidió no seguir, sin que, asombrosamente, la Defensora del Pueblo recurriera.

Realizó las siguientes matizaciones: la variable sigue prácticamente igual que antes de la mini-reforma de febrero, ej. Pyme del fontanero de la esquina que fue convencido por su gestor para que en vez de actuar como persona física actuara como profesional por medio de una sociedad interpuesta, por los beneficios que puede reportar a efectos de responsabilidad e impuestos, se encuentra que en acceso a la justicia paga lo mismo que el BBVA. Caso prototípico de la reclamación de cuantía indeterminada (equivalente de 18.000 €), una apelación antes de la reforma costaba 890 €, después de la reforma cuesta 818 €, ¿es una diferencia sustancial? El salario mínimo en España son 642 €. Y nos lo venden como la gran rebaja, cuando el mismo Ministerio de Justicia confirmó que rebajaría los ingresos en concepto de tasas en solo un 5 %.

Esto significa que el consumidor no llega arriba y el poderoso sí llega, vulnerando el derecho constitucional al acceso a la jurisdicción. Ello supone, además, que al no llegar arriba más que los recursos de los poderosos, a medio plazo existirá una jurisprudencia sesgada a favor de los que pueden recurrir. Lo que le lleva a plantear: ¿Qué porcentaje de injusticia estamos dispuestos a aceptar?

7. El procedimiento concursal extrajudicial de la Ley 14/2013, de Emprendedores: la misteriosa figura del “mediador concursal”.

Dña. Alicia Agüero Ortiz.

Investigadora de CESCO.

En esta ponencia se expuso el procedimiento para alcanzar un “acuerdo extrajudicial de pagos” introducido por la Ley 14/2013, que está vetado a consumidores. Este procedimiento será guiado por un “mediador concursal”, cuyo nombramiento se efectúa por el Notario o Registrador del domicilio del deudor –según los casos-, a instancia del propio deudor. Este mediador concursal convocará a los acreedores a una reunión en la que se decidirá sobre la aceptación o denegación de un plan de pagos redactado por él mismo. Los acreedores que hayan de quedar vinculados por el acuerdo, previa la reunión, podrán enviar propuestas alternativas, y manifestar su aceptación u oposición al plan de pagos propuesto, en caso de no hacerlo tendrán obligación de acudir a la reunión so pena de ver subordinados sus créditos en un eventual concurso

del deudor. El plan de pagos que finalmente se someta a votación será el aceptado por el deudor (tras el planteamiento de posibles alternativas), y no puede contener quitas superiores al 25 % ni esperas mayores a 3 años. Resultará aceptado si cuenta con el voto favorable del 60 % del pasivo; o el 75 % del pasivo si el plan consiste en la cesión de bienes en pago de las deudas, y con la aceptación de los acreedores con garantía real sobre estos bienes. Corresponderá al mediador supervisar el cumplimiento del acuerdo, e instar la apertura del concurso consecutivo en caso de no alcanzarse acuerdo o resultar incumplido.

Por lo que respecta a la "misteriosa" figura del mediador concursal, la ponente propone que no es más que un administrador extraconcursal, pues ni su actuación ni el propio procedimiento se rigen por los principios de la mediación (voluntad, neutralidad, confidencialidad, acción facilitadora, etc.). En particular, este mediador, que en caso de no alcanzarse un acuerdo extrajudicial de pagos, será nombrado administrador concursal del concurso consecutivo del deudor, tiene un gran incentivo a no alcanzar ningún acuerdo y seguir cobrando a precio de administrador concursal, lo que es absolutamente contrario al principio de imparcialidad del mediador ordinario.

PANEL IV: "Desnudos en la red"

8. *Uso responsable de redes sociales. La protección de los menores en el entorno digital.*

D. Alejandro Salcedo Aznal.

Experto del Comité Económico y Social Europeo (Dictamen TEN/483 "Uso responsable de las redes sociales y prevención de trastornos asociados").

El ponente destacó que la problemática de las redes sociales está íntimamente relacionada con su esencia pues, como forma de integración social voluntaria en un contexto extremadamente complejo, avanzan a través de intercambios dinámicos, de forma abierta y retroalimentándose positivamente. Esto significa que hay un cambio permanente que dificulta en buena medida no solo regularlo, sino también conceptualizarlo. Asimismo, la variabilidad de usos y tipos, perfiles de usuarios o contenidos, dificultan su regulación. Aparece así un nuevo tipo de consumidor, el consumidor virtual.

En los últimos años el desarrollo de las redes sociales ha sido tan acelerado que de 2009 a 2010 se incrementó el uso en un 25%, que supone duplicara o triplicara el uso respecto a 2011 y 2012. Además los usuarios en su mayoría son jóvenes, siendo su incorporación cada vez más temprana (en los últimos años se incorporan con once y doce años). Dados estos datos, y descontadas las bondades de las redes sociales, se pedía a Unión Europea que se abordaran sus riesgos, que provocan efectos como: traumas psicológicos provocados por insultos transmitidos a través de la red, acoso sexual a niños y jóvenes, cyber acoso (entre adultos), cyber bullying (acoso entre escolares), grooming (acoso de adultos a niños) y el reciente morphing (montajes digitales). Riesgos muy centrados en temas sexuales, pero también existen llamamientos al racismo o

a la xenofobia o incluso suicidios provocados por el uso inadecuado de las redes sociales.

Estos problemas se pueden prevenir ya que existen señales de alarma, que se deben abordar de manera clínica tanto de forma temprana para un diagnóstico precoz, como aplicando todos los consejos de un uso adecuado tanto desde la labor de padres como de docentes. Con todo, la Unión Europea se ha comprometido a desarrollar una estrategia de prevención sobre el uso adecuado de las redes sociales mediante campañas informativas y divulgativas a la población, programas educativos, alfabetización digital para adultos y niños, recursos para la detección precoz y para el tratamiento clínico de aquellos que ya están sufriendo las consecuencias de un uso inadecuado, y mediante la facilitación de la supervisión y la mediación de padres y docentes a través de una formación previa que permita un mentoring, control publicitario y una protección específica de los colectivos vulnerables.

Como conclusión, el Comité Económico y Social Europeo insta a la publicación de un Código de derechos en línea de la Unión Europea que resuma los derechos de los usuarios digitales existentes en la Unión, de manera clara y accesible en los que se aborde la promoción del uso responsable de las redes, la prevención de los trastornos asociados y la erradicación de las prácticas que puedan ser consideradas desleales o perniciosas, en especial en los casos de publicidad hiper-contextualizada.

9. Descargas ilegales, pornografía infantil y cierre de páginas web, ¿es posible ejecutar la pena de "destierro virtual"?

D. Roberto Valverde Megías.

Fiscal Delegado de Criminalidad Informática. Fiscalía Provincial de Barcelona.

La pornografía infantil se recoge en el Código Penal y se castiga todas las conductas que tienen que ver con ella: elaboración, tenencia, distribución, comercio, favorecimiento, etc. La única conducta que no se castiga es ver pornografía infantil, hasta que se reforme el Código ya que está proyectado que también sea un delito.

Actualmente la distribución de pornografía infantil se lleva a cabo a través de dos vías de internet:

- Redes P2P: Una persona descarga pornografía infantil a la vez que la está compartiendo con otros usuarios desconocidos, ya que se trata de redes entre pares de usuarios no conocidos.
- Foros privados: Este caso es mucho más peligroso al ser comunidades privadas con una relación personal entre los usuarios mediante mensajería instantánea o emails. Es más peligrosa porque se establecen medidas de seguridad para evitar ser localizados, mediante cuotas de entrada en forma de pornografía infantil y se motiva una búsqueda más activa llegando incluso a crearla ellos.
- Otra vía de elaboración de pornografía infantil es el acoso a menores o "child grooming". En el supuesto del delincuente digital, a través de foros o redes

sociales, contacta con menores con diferentes estrategias en función de la edad del menor, presentándose directamente como un adulto o fingiendo ser un menor de edad o el representante de una estrella infantil que ofrece entradas a los menores embaucándolos y pidiéndole fotografías o actuaciones eróticas o sexuales delante de la webcam. Cuando el menor quiere dejar esta conducta el acosador amenaza con publicar el material que ya posee.

Existen limitaciones, ya que desde 2010 se regula, pero en España se establece un límite de 13 años para esta acción de embaucamiento. Si el menor es mayor a dicha edad se castigará las relaciones sexuales posteriores o la elaboración de pornografía infantil pero no la embaucación. En este caso, el legislador se ha basado en la edad de consentimiento sexual.

Para acabar con este tipo de delitos, una de las medidas es el alejamiento, sin embargo, el problema en este tipo de delitos no es el acercamiento físico sino el acercamiento digital. Así, el primer problema con el que nos topamos es interpretativo, ya que no está recogido en el Código Penal, de esta forma habría que reinterpretar el artículo 48 del Código Penal –relativo a la prohibición de acercamiento a la víctima o al lugar donde se ha realizado el delito-. Si hablamos de un cyber acoso, el entorno es digital, por lo que la prohibición sería de acceso a internet o de contratación con proveedores de acceso a internet.

Otro problema es la proporcionalidad. Prohibir acceso a internet sería desproporcionado, además de imposible vigilancia. La corrección de proporcionalidad se podría realizar acotando la prohibición al delito cometido. De esta forma, si el delito es ofrecer contenido con derecho de propiedad de forma gratuita y lucrarse de ello, se podría prohibir que dicho criminal se dedique a cualquier actividad relacionada con la gestión de páginas web. Si el delito es el contacto con menores a través de redes sociales, se podría prohibir su acceso a redes sociales. Otra opción sería prohibirle instalar una línea de internet en su domicilio, permitiendo que se conecte a través de redes públicas dificultando la conducta delictiva. Ciertamente, controlar el acceso a redes sociales de una persona a la que se le haya prohibido es prácticamente imposible, pero en caso de que vuelva a ser detectada tal acción, se tratará de un delito de quebrantamiento. Por lo tanto, el control es complicado pero permite que las consecuencias de reincidir sean mayores.

Existen dos vías para acabar con la descarga de contenidos ilegales independientemente de la conducta de los individuos: (i) retirar los contenidos, el problema es que el contenido no está en un domicilio sino en un servidor externo fuera de España; o (ii) bloquear el acceso. Ambas vías se recogen en la Directiva 2011/92 y en Ley de Servicios de Sociedad de la Información siempre y cuando se trate de cuestiones como propiedad intelectual, dignidad de las personas, seguridad nacional, etc. El problema de bloqueo es que no se elimina el contenido, se corta el camino, pero se pueden establecer nuevas formas de llegar a dicho contenido, es decir se puede redirigir.

10. Privacidad y páginas web: uso de cookies y protección de datos en las transacciones electrónicas.

Dña. Isabela Crespo Vitorique.

Abogada de Gómez-Acebo y Pombo.

La ponente destacó que el usuario que accede a una página web tiene derecho a conocer qué se va a hacer con sus datos, la política de cookies y qué medios pone la página web a su disposición respecto al tratamiento de sus datos.

Desde el punto de vista de la política de la privacidad las dos preguntas básicas que se propuso responder Dña. Isabela Crespo fueron: ¿qué debe contener? Y ¿dónde puedo encontrarla? El contenido de la política de privacidad es el siguiente:

- Calidad de datos: art. 4 LOPD, proporcionalidad de los datos requeridos para la finalidad de la página web y sus servicios, veracidad de los mismos y secreto profesional;
- Deber de información: art. 5 LOPD, se debe informar sobre dónde van a ser guardados los datos (fichero automatizado), finalidad de la recogida de datos, quiénes son los destinatarios de la información (cesión de datos a terceros), carácter facultativo u obligatorio de las preguntas planteadas, medidas de seguridad de los datos recogidos, y derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición);
- Deber de obtención del consentimiento: para obtener el consentimiento el usuario ha debido ser informado previamente (por ello, la casilla debe aparecer antes del botón de aceptación). El consentimiento puede ser expreso o tácito, libre, inequívoco, específico e informado, por escrito o, en caso de páginas web, mediante la marcación de una casilla (que previamente no estuviera marcada).
- Cesión de datos: información previa, identificación de cedente y cesionario, finalidad de la cesión y el consentimiento del afectado.
- Seguridad de datos: atendiendo al tipo de datos el titular de la página web deberá adoptar distinto tipo de medidas, hay tres niveles: básico (nombre y apellidos, dirección y teléfono), medio (gustos, aficiones, perfil del usuario) y alto (datos médicos, etc.).
- Comunicaciones comerciales (art. 19 y ss. LSSI): se refiere a correos electrónicos de publicidad, el requisito fundamental es el consentimiento del usuario a la recepción de estas comunicaciones comerciales. Además, el correo debe contener un medio o método que permita oponerse a recibir más información similar, y debe identificar claramente la entidad remitente.
- Sobre las cookies se debe ofrecer su definición y finalidad, el tipo de cookies y la forma de su desactivación, además, de la obtención del consentimiento (tácito salvo determinadas cookies que han de ser aceptadas de forma expresa).

La ubicación de esta política de privacidad de datos suele hallarse en la parte inferior de las páginas web, por el contrario, en relación a las cookies la

práctica generalizada es la aparición de un elemento en la web que puede ser aceptado, cerrado, etc.

PANEL V: “Lo último en materia de cláusulas abusivas bancarias”.

11. El barrido de cláusulas abusivas por la sección 28 de la AP de Madrid.

D. Eugenio Ribón Seisdedos.

Responsable de Servicios Jurídicos de CEACCU.

El origen de la sentencia que da nombre al título de la ponencia es la acción de cesación para defensa de los intereses colectivos de los consumidores relativo a las condiciones generales de la contratación, interpuesta por la OCU. Se presentó contra dos entidades (BBVA y BANCO POPULAR), examinando 8 contratos (4 de cada entidad), y fueron un total de 48 CGC las impugnadas (18 de préstamo hipotecario, siendo estimadas 15; 7 de banca por internet o multicanal, siendo todas ellas estimadas; 10 de cuenta corriente, estimándose 6 de ellas; y 13 de tarjetas, siendo estimadas 9), en total se anularon por ser abusivas 37 CGC, esto es, un 77 % de las reclamadas. Expuso, tras esta contextualización, las principales cláusulas que resultaron anuladas:

1. *Límites a la variación del tipo de interés (cláusula suelo)*: en el contrato en concreto se constituía un préstamo hipotecario de 200.000 € a 30 años con un suelo del 2.25 % y un techo del 15 %. El ponente defiende que, además de la falta de transparencia, existe un desequilibrio en contra de lo fallado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013. Y esto es así porque con el suelo el usuario abonaría una cuota de 828 €, mientras que con el techo la cuota resultante ascendería a 2.832 €. El techo era tan elevado que el banco debería saber positivamente que era inalcanzable, pues de hecho no le hubiera concedido la hipoteca al usuario de valorar como posible esta cuota. Además, expuso las siguientes razones que, entiende, justifican la retroactividad de la declaración de nulidad:

- 1) Incongruencia *extra petita*;
- 2) Efectos de la STS limitados a la propia STS (p. 294);
- 3) Consecuencia jurídica de la nulidad (art. 1303 CC);
- 4) Peculiar aplicación analógica y sin laguna;
- 5) Motivos de política económica, no jurídicos;
- 6) “Orden público económico” no es fuente del Derecho, ni criterio de interpretación de la norma jurídica (ley, costumbre y principios generales del derecho);
- 7) El TS no es legislador. Fuente del Derecho es la ley. Y en ella, el art. 1303 establece una consecuencia jurídica muy concreta para la nulidad;
- 8) La víctima de la agresión no es la obligada a asumir el coste de la reparación del daño;
- 9) Mantener la irretroactividad de una cláusula declarada nula supone reconocerle efectos jurídicos vinculantes;

- 10) No hay contravención del orden público económico en la reclamación de 10.000 € de una familia afectada;
- 11) Acción colectiva / Acción individual;
- 12) Es un conflicto entre sujetos privados;
- 13) Contraviene el art. 6º Directiva 93/13/CEE;
- 14) Contraviene el principio *pro consumatore* (art. 51 CE).

2. *Redondeo del tipo de interés aplicable.*
3. *Revisión del interés aplicable:* hacía recaer sobre el consumidor la obligación de comunicar a la contraparte la actualización del tipo de interés de cara a la revisión periódica.
4. *Obligaciones de aseguramiento del deudor:* por exigírsele una sobregarantía al usuario.
5. *Fuero judicial:* sometimiento al fuero judicial del inmueble, el usuario puede tener interés en reclamar en otro fuero, y así se lo permite el art. 51 LEC. Ej. Reclamación sobre alguna cuestión de una segunda vivienda vacacional.
6. *Gastos:* traslado al consumidor de todo tipo de gastos para la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación y ejecución y cancelación de este contrato.
7. *Intereses de demora:* en el caso concreto se imponían unos intereses de demora del 19 %.
8. *Vencimiento anticipado:* ante cualquier impago del capital del préstamo o intereses (incluso de un céntimo), o cuando el prestatario incumpliere cualquier otra obligación (ej. incumplimiento de notificación del cambio de número de teléfono).
9. *Finalidad del préstamo*
10. *Subrogación de los adquirentes*
11. *Tratamiento de datos personales:* Cláusula de estilo "o para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores".
12. *Responsabilidad por el uso de las claves:* incluso en caso de acto u omisión realizado por un tercero.
13. *Verificación:* El Banco se reserva un plazo de verificación o estudio de las órdenes e instrucciones recibidas, pudiendo denegar la admisión de aquellas si el titular incumple cualquiera de las obligaciones derivadas de las condiciones contractuales. No se determina qué plazo, lo cual es incompatible con la normativa de protección de consumidores.
14. *Modificación de las condiciones:* en el contrato se establece un plazo de 15 días cuando la Ley de Servicios de Pago establece un plazo de dos meses.
15. *Operatoria de valores:* reenvío a la normativa publicada en la página web, esto no debe ser así, debe hacerse entrega de la misma.
16. *Cuentas corrientes:* en caso de cancelación de la cuenta "(...) No obstante ello, el titular de la cuenta no podrá disponer del saldo a su favor hasta tanto no se adeuden en la misma los importes pendientes, relativos a la utilización de los servicios que el banco pudiera haberle prestado". Además, imponía un preaviso para la extracción de más de 3.000 €, de nuevo sin especificar la antelación con la que debía realizarse el preaviso.
17. *Tarjetas:* exoneración del banco emisor de responsabilidades (incendio del depósito, por ejemplo) y obligaciones. En caso de litigio, todos los gastos

correrán a cargo del demandado (consumidor), incluso los de abogado y procurador cuando su intervención no sea preceptiva.

Para un análisis detallado de las 37 cláusulas anuladas, remitimos al lector a la presentación de D. Eugenio Ribón Seisdedos, publicada en la página web de CESCO: http://www.uclm.es/Actividades/repositorio/pdf/doc_4723_6375.pdf

12. *Cómo interpretan los jueces la declaración de la STS 9 mayo 2013 de que la nulidad de las cláusulas suelo no tiene efecto "retroactivo"?*

Dña. M^a Teresa Vázquez Pizarro.

Magistrada de la sección número 1 de la Audiencia Provincial de Cáceres.

La Magistrada partió del reconocimiento de la existencia de una regla general en nuestro derecho que es el art. 8 de la LCGC y el art. 1303 del CC según la cual, lo que es nulo, no produce ningún efecto jurídico, y las partes deberían restituirse las prestaciones. Tras la STS en la que ha declarado la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, el problema que encuentran los tribunales es si deben seguir o no el criterio del TS, especialmente en acciones individuales ejercidas antes de la STS. Pues está claro que no existe cosa juzgada (no concurre la triple identidad del art. 222 LEC), y los efectos de aquella sentencia no se extienden a estos casos. Señala que, por lo general, los Juzgados de Primera Instancia están reconociendo la retroactividad, no así las Audiencias Provinciales.

En su propia Sección, fue objeto de mucho debate hasta que alcanzaron el acuerdo de seguir la doctrina del Tribunal Supremo. El TS razona por qué en determinados supuestos se aplica una excepción a la regla general, indicando que existen precedentes ya aplicados tanto por el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el propio Tribunal Supremo. El motivo principal, es el principio de seguridad jurídica –principio general del Derecho, art. 9.3 CE-. También lo fundamenta en la propia naturaleza de la acción de cesación, y en que el TJUE en sentencia de 21 de marzo de 2013 permite la moderación de estos efectos de nulidad mediante criterios de buena fe y en concurrencia de riesgo de trastornos graves al orden público económico. Y esto es lo que entiende el TS que ocurre, en conjunción con su asunción de que no se pueden equiparar los efectos de nulidad de una cláusula porque exista un vicio estructural en la misma, con la declaración de nulidad por falta de transparencia. El control de transparencia se fundamenta en el art. 4.2 de la Directiva, por lo que este tipo de control de transparencia y no de contenido justifica, comprende la ponente, la limitación de los efectos de la declaración de nulidad (a controles distintos, consecuencias distintas).

¿Por qué aplicarlo también a las acciones individuales? Para evitar el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público lo cual, razonó, es independiente al tipo de acción ejercitada.

13. *¿Qué hacer con los intereses moratorios excesivos hipotecarios y no hipotecarios?*

D. Pascual Martínez Espín.

Profesor Titular de Derecho Civil acreditado por ANECA al cuerpo de CU. Investigador de CESCO. UCLM.

El ponente analizó el tema antes y después de la Ley 1/2013, procediendo al estudio, finalmente, de si esa normativa es conforme a la Directiva 93/13/CEE.

Habida cuenta de que antes de la Ley 1/2013 los intereses moratorios hipotecarios rondaban el 29 %, la primera pregunta que cabe plantear es cuándo estos intereses son abusivos. El único criterio existente para determinar si un interés es o no abusivo es el art. 85.6 TRLGDCU, por cuya virtud será aquel que sea desproporcionadamente alto, para lo que el juzgador deberá valorar las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato. En la STJUE 14.3.2013 (asunto C-415/11), el Tribunal declaró que no puede juzgar la interpretación del término "desproporción" en relación con los intereses moratorios de un préstamo hipotecario y dio alguna indicación sobre qué debería considerarse abusivo pero sin decidir al respecto. Esto motivó diversas reuniones de jueces para alcanzar acuerdos en los que determinaron qué comprenderían por desproporción alta. De la última jurisprudencia se puede apreciar como límite o tope el interés del 18 ó 19 %. El segundo paso es conocer las consecuencias que tiene su nulidad por abusividad. No es posible integrar la cláusula y moderarla atendiendo a la doctrina del TJUE, salvo que exista laguna, laguna que no existe habida cuenta del artículo 1108 CC. Ahora bien, declarada nula la cláusula qué intereses de demora se aplicarían al préstamo, entiende el ponente que lo más acertado sería la aplicación del interés legal del dinero (art. 1108 CC).

El art. 114 LH tras la redacción de la Ley 1/2013 establece un límite a los intereses moratorios, que no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, y solo podrán devengarse sobre el principal, no pudiendo ser capitalizados. Este artículo es solo de aplicación a préstamos garantizados con hipoteca sobre vivienda habitual, lo que no es óbice para que pueda ser extendido a otro tipo de préstamos. La DT 2ª establece que la limitación de los intereses de demora prevista en el artículo 3.Dos será de aplicación a los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la fecha de entrada en vigor (antes del 15 de mayo de 2013), y a los intereses de demora que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. Por otro lado, huelga señalar que el interés del dinero que hay que aplicar es el de cuando se produce el impago –y no el de la contratación- pues es cuando se devengan estos intereses. ¿Qué ocurre si se pactan intereses de demora superiores? El 114 LH no da una respuesta, por lo que se proponen dos posibles alternativas: (i) aplicar el art. 1108 CC; o (ii) reducirlo hasta el límite previsto en el 114 LH. Esta última parece ser la opción legal según la DA 2ª, pero... ¿eso supone moderación? Y, si es así, ¿vulnera la normativa comunitaria? Este es el motivo de la cuestión prejudicial del Juzgado de Marchena. Caben dos soluciones:

- Si la cláusula de interés moratorio constituye una cláusula predispuesta y además su cuantía es desproporcionadamente alta, es una cláusula abusiva y en consecuencia nula, y por tanto, aplicaríamos el art. 1108 CC (interés legal del dinero).
- Si no es predispuesta, o siendo predispuesta la cuantía no es desproporcionada, aunque se supere el límite del 114 LH, el ponente considera que no es una cláusula abusiva, aunque sí ilegal, y procedería moderarla al límite del art. 114 LH.

Finalmente, argumentó que existe una razón de analogía que permite la extensión de este régimen a los préstamos que escapen al supuesto del art. 114 LH, por tanto, cuando sean desproporcionadamente altos la cláusula será nula y procederá aplicar el 1108 CC; y fuera de estos casos, los tribunales podrán acudir al parámetro del 114 LH.

PANEL VI. "Transparencias y otros instrumentos preventivos".

14. ¿Cómo construir una cláusula suelo transparente?

D. Ángel Carrasco Perera.

Catedrático de Derecho Civil. Director de CESCO.

El Director de CESCO afirmó que la sentencia de las cláusulas suelo debe ser aceptada como lo que es, un "factum". Si bien la retroactividad está abierta a debate, existen dos hechos no controvertidos tras la STS: (i) que las cláusulas suelo son sustancialmente válidas, no deben ser declaradas desequilibradas como regla; y (ii) que deben superar dos controles de transparencia, el de legibilidad y otro adicional de transparencia, "inventado por el TS", creando este nuevo control gran incertidumbre en el sistema jurídico. Para que una cláusula suelo sea transparente debe cumplir cinco estándares, según la STS de 9 de mayo de 2013:

1. Debe haber información suficiente de que la cláusula suelo es un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
2. No debe parecer que la colocación conjunta del suelo y techo dé la impresión que son respectivas contraprestaciones.
3. Deben existir simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
4. Información comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia que al concreto perfil de cliente no se le ofrecen las mismas
5. Además, las cláusulas suelo no deben ubicarse entre una abrumadora cantidad de datos, de modo que queden enmascaradas y se diluya la atención del consumidor.

Las entidades podrán seguir utilizando cláusulas suelo y techo siempre que sean transparentes.

El problema de este nuevo control de transparencia es que no se ajusta a los protocolos a los que están sujetas tanto las hipotecas resueltas en dicha sentencia como las constituidas bajo el régimen de la Orden EHA/2899/2011.

En la OM del 94 se exigía para las hipotecas con cláusulas de interés variable, el cumplimiento de diversos requisitos en las diversas fases de la contratación, tendentes a garantizar que el adherente conociera la existencia de la cláusula suelo:

- La entrega del folleto informativo (fase precontractual);
- Entrega de Oferta vinculante en la que se especificará las cláusulas financieras del Anexo II (una vez que se ha decidido contratar);
- Redacción del proyecto de escritura pública por el Notario y derecho de examen del prestatario durante tres días hábiles antes de su otorgamiento;
- Advertencia notarial, en su caso, de la existencia de límites a la variación del tipo de interés y la advertencia previa y constancia expresa en escritura de la desigualdad de los límites al alza y a la baja;
- En el Anexo de cláusulas financieras se debe indicar los requisitos de constancia y ubicación con el mismo orden y contenido fijado en Anexo, en especial la redacción concreta de la cláusula suelo en el apartado tercero de la cláusula tercera bis.

La Orden EHA/2899/2011 es más completa que la orden del 94. Debe haber una guía de acceso al préstamo hipotecario, publicada por el Banco de España, donde se indicará la existencia de la cláusula suelo. Además, debe estar accesible al cliente desde el primer momento una Ficha de Información Precontractual (FIPRE) con el Anexo I de la Orden, donde se indicará las características principales del préstamo, el tipo de interés (con referencia destacada al suelo-techo), etc.

Cuando el cliente decide contratar la hipoteca, se le debe facilitar una Ficha de Información Personalizada (FIPER). En esta ficha se indicará dentro de la sección segunda "Características del Préstamo" la clase de tipo de interés aplicable y de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado. En la sección tercera "tipo de interés" se indicará que la TAE aplicable a su préstamo comprende el tipo de interés y otros componentes, y de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) que limiten la variabilidad del tipo de interés. La FIPER también debe incluir las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés y ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios afectan al importe de las cuotas. En la sección 14 "Riesgos y advertencias" de la FIPER se debe indicar que el tipo de interés del préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del límite mínimo del tipo de interés variable limitado. Además, se recogerá en un Anexo a la FIPER, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima. Más aún, debe reiterarse la cláusula suelo en distintos

apartados de la escritura y el Anexo, así como el control notarial que fue objeto detallado de la ponencia de D. Luis Fernández Bravo-Francés.

Pues bien, el TS dijo que el cumplimiento del protocolo de las Órdenes Ministeriales de información al consumidor no era suficiente, que no hacía la cláusula transparente. Hay que hacer más, y este hacer más es incluso incumplir la FIPER, no hacerla. Si las entidades cumplen lo exigido en la sección 3ª de la FIPER conforme a la Orden Ministerial de 2011 están incurriendo en el quinto nicho de falta de transparencia de la STS (información mezclada). Hay que incumplir el sistema y sacar la cláusula suelo de la sección 3ª.

Si somos congruentes con la sentencia, se cumplirán los requisitos de transparencia de los cinco nichos de la siguiente manera:

- *Menú de mercado.* En la FIPER art. 22 de la OM, deberán facilitar la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionando al cliente la información necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada. Debe, por tanto, insistirse en el art. 22 de la OM, debe realizarse esta simulación comparativa u ofrecimiento de menú en el mercado, pero sacándolo de la parte positiva de la FIPER, poniéndolo en otro sitio de modo destacado.
- *Escenarios alternativos.* En el caso de préstamos concedidos a tipos de interés variable (art. 26 OM) se adjuntará la ficha de información personalizada en un documento separado una referencia a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. Con el cumplimiento del apartado segundo del art. 26 se satisface la exigencia de simulación de escenarios alternativos.
- *Separación de cláusulas financieras.* Deben separarse las cláusulas financieras del resto de las cláusulas de que conste el contrato.
- *Destacar.* Sección 3ª de la parte b de la OM. Se especificarán asimismo de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o a la alza (techos) del tipo de interés variable. Dentro de las cláusulas financieras tiene que figurar destacadamente, en negrilla (analogía de la Ley del Seguro) dentro del contenido de la cláusula financiera del interés.
- *Resaltar.* La Orden que desarrolla la OM (Circular del BdE 5/2012) exige "resaltar" la cláusula suelo, lo que supone que hay que separar la cláusula suelo y la cláusula techo con texto distinto, tenemos que resaltar (norma 7ª).

En conclusión, para la confección de una cláusula transparente sepárense las cláusulas financieras de las no financieras, dentro de las cláusulas financieras en la sección 3ª de la FIPER, márquese en negrilla la cláusula suelo o techo, más todas las advertencias de la OM que están por descontadas que deben de hacerse, y después resaltarla, y para resaltarla sáquese la cláusula suelo de cualquier vecindad con otra cláusula financiera, y que el notario incluya en la escritura una cláusula especial –repetitivamente después de haberla destacado-

que sea "cláusula suelo" y que diga "esta cláusula es un elemento definitorio del contrato", sin incluirse juntamente con la de techo, y si es posible que haya otras cláusulas entre la de suelo y la de techo. Inclúyase además en la FIPER simulación de escenarios alternativos y, en cualquier caso, reduplicar las cláusulas suelo (i) para cumplir la FIPER, en la sección 3ª junto a las demás; (ii) resaltarlas en negrilla dentro del resto de las cláusulas financieras; y (iii) resaltarlas sacándolas una vez más fuera en una cláusula hipotecaria independiente.

Mostró que se añade muy poca novedad respecto a las obligaciones ya existentes –tan solo una nueva ordenación textual de la información–, por lo que cabe preguntarse ¿van los tribunales de instancia en el futuro a estimar que las cláusulas suelo son transparentes? O, ¿habrá un tercer nivel de transparencia que tenga todavía que ser alcanzado y que no se pueda alcanzar de ninguna forma? Con todo, el ponente constató el efecto colateral de las nuevas exigencias de transparencia impuestas por el Tribunal Supremo: las entidades bancarias ya no utilizarán cláusulas suelo, sino que utilizarán diferenciales de 3 ó 4 puntos sobre el tipo de interés de referencia, que a efectos prácticos actuará como un suelo.

15. Antes y después de MIFID: consecuencias en la práctica judicial.

Dña. Purificación Martorell Zulueta.

Magistrada de la sección núm. 9 de la Audiencia Provincial de Valencia. La magistrada comenzó su intervención constatando la paulatina introducción ya desde 1999 de nuevos productos bancarios, "no habituales" (ej. depósitos estructurados) y que en principio, ofrecían una rentabilidad superior a la de los productos habituales (depósitos a plazo). Si bien, la crisis financiera ha provocado el extraordinario aumento de la litigiosidad asociada a estos productos "complejos".

El punto de partida determinante defendido por la magistrada es el *tempus regit actum*, porque aunque actualmente, la mayoría de los interesados que plantean una demanda lo hace pensando en la normativa MIFID, hay productos que se contrataron con anterioridad y a los que no resulta aplicable. Pero no significa que antes no existieran instrumentos de protección (CC, Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 convertida posteriormente en el TRLGDCU o la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

El problema que se ha venido planteando es un desajuste entre lo que debió ser y lo que fue, entre el deber de informar que existía y la información que realmente se proporcionó. Este desajuste se manifiesta en dos niveles:

- El de la información a la clientela –precontractual y postcontractual–, falta de información sobre el perfil del cliente.
- Conflicto de intereses.

Para ilustrar sobre la antigüedad del problema, la ponente expuso un ejemplo de un caso juzgado conforme a la normativa anterior a MIFID y a la crisis financiera, relativo a depósitos estructurados, “depósitos” de alta rentabilidad ofrecidos a agricultores, pensionistas y otro tipo de cliente que no encajaba en el perfil del inversor, sino en el del ahorrador. Las sentencias de la sección 9ª de la AP Valencia de 14/11/05 y 26/04/06, posteriormente corroboradas por las SSTs de 22/12/2009 y 17/6/2010, resuelven este caso. En el año 1999 se vendieron “depósitos de alta rentabilidad” generándose la creencia de que los clientes estaban contratando un depósito, cuando en realidad se trataba de un depósito estructurado. El TS confirmó las resoluciones de la AP de Valencia, sección 9ª: no se conocía el perfil del inversor, la relación de confianza entre consumidor y personal de la entidad fue determinante, los directores de las entidades al ver el fracaso del producto fueron a los domicilios de los clientes a canjearlo por acciones –por lo que tardaron más en producirse las pérdidas-; y así el TS declaró que la nulidad del primer contrato conllevaba la nulidad del segundo (del canje por acciones).

La ponente reflexionó sobre diversos aspectos relacionados con la articulación procesal de las pretensiones en los procesos relativos a estos nuevos productos financieros. En primer lugar y ante las carencias del régimen de las acciones colectivas diseñado por la LEC, la ponente plantea qué opción es más adecuada acciones colectivas *versus* acciones individuales. Si lo que se persigue es la recuperación de la inversión perdida, parece más acertado ejercitar una acción individual, que además debería seguirse por los trámites del juicio ordinario, no habiendo, -en su opinión y siguiendo la posición de autorizada doctrina-, obstáculo para acumular pretensiones (nulidad, nulidad por vicio de la voluntad, resarcimiento por responsabilidad contractual o por responsabilidad extracontractual). Insiste en la necesidad de que se concreten las pretensiones en las acciones individuales, que no queden “nubladas” por el contexto social imperante “contra bancos” y de aportar pruebas concretas que justifiquen la pretensión individual y no extensos informes periciales genéricos, que nada tienen que ver con el caso concreto enjuiciado. Y es que se trata fundamentalmente de un problema de casos, incluso dentro de una misma entidad, cada oficina actuaba de una forma sin poder generalizar.

La ponente resumió su punto de vista en tres puntos: 1º) El incremento de la litigiosidad asociada a contratación bancaria es consecuencia del aumento de la comercialización de productos nuevos, distintos a los tradicionales; 2º) Tanto antes de MIFID como después, han existido mecanismos normativos de tutela del contratante de este tipo de productos; 3º) La casuística es muy rica y no cabe dar respuestas generales a problemas particulares, por lo que la solución a cada pretensión individual se ha de enjuiciar en el contexto de una acción individual.

16. ¿En qué ha cambiado la intervención del notario tras la Ley 1/2013, de reforma hipotecaria?

D. Luis Fernández Bravo-Francés.

Notario de Miguelturra (Ciudad Real).

Según el ponente, la Ley 1/2013, ha repercutido negativamente sobre la actuación (eficaz) del notario. La función del notario se enmarca en el sistema latino de seguridad jurídica preventiva, dotando de seguridad y certeza las relaciones jurídicas entre los particulares. Los dos pilares del sistema son el notario, que ejerce una función de control de legalidad; y el registrador, que cumple una función de calificación, de control y de proyección hacia terceros de lo que son las relaciones jurídicas entre particulares.

El notario recibe la voluntad de las partes, redacta el documento y además, debe asesorar especialmente a la parte menos protegida –función equilibradora- (art. 147 RN). En el marco de la Ley 2/2009, la Orden de transparencia 2899/2011 establece el derecho del cliente a examinar el borrador de la escritura tres días antes de la firma (desde su experiencia profesional, afirma que ningún consumidor ejerce este derecho), regula el derecho a la libre elección de notario, y establece una obligación fundamental: si no se cumplen los requisitos de la Orden de 2011 debe denegar su actuación. Así, nos encontramos en el marco de información estandarizada de la FIPRE, la FIPER y la Oferta Vinculante. Una de las características peculiares de esta Orden es que utiliza el concepto de persona física, y no el de consumidor, pudiéndose dar la circunstancia de que se aplique a empresarios. En cualquier caso, la Orden establece una serie de controles en sede notarial aplicables a la contratación, -y en su opinión, también a la novación-, de préstamos hipotecarios, que la STS de 5 de marzo de 2013 ha hecho decaer, pues ha establecido que no se puede atribuir al notario el control de legalidad por una norma con rango reglamentario (como establece la Ley 2/2009).

¿Cuál es el impacto de la Ley 1/2013? Como primera medida, paraliza los procedimientos de venta extrajudicial en curso, pues la DT 2ª impone al notario la obligación de dar un plazo de 10 días al ejecutante para recalcular la deuda por la aplicación de los límites legales a los intereses moratorios; además por incluir nuevas obligaciones para el notario y las entidades bancarias, numerosos préstamos hipotecarios que ya estaban convenidos, no se firmaron porque las escrituras proyectadas no estaban adaptadas a la Ley (pone de manifiesto los eventuales daños que este hecho habrá causado a personas que hubieran contraído obligaciones de pago). Y, finalmente, la expresión manuscrita (art. 6) exige que se incorpore una expresión por la que el prestatario manifieste que ha sido advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, siempre que el prestatario sea persona física, que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, o que la finalidad sea adquirir derechos de propiedad sobre terrenos construidos o por construir (ej. empresario persona física, constructor); y que concorra una de estas tres circunstancias: que en el contrato se incluyan límites a la variabilidad del tipo de interés (techo y suelo), que lleven asociado la contratación de un tipo de cobertura del riesgo del tipo de interés, o que se concedan en una o varias divisas. Por el momento, esta expresión manuscrita se ha mostrado inútil, y el consumidor no suele comprender por qué tiene que hacer esto. Es más, a juicio del ponente, este texto manuscrito representa el ataque más importante a la función pública del

notario en los 150 años del Reglamento Notarial (en virtud de las funciones que tiene atribuidas, expuestas *ut supra*).

Defiende la educación financiera como medida de protección más eficaz que incluir abundante y compleja información financiera, que solo "engordan" la escritura pero que raramente se lee y casi nunca se entiende. En esta línea, el Colegio Notarial de Castilla-La Mancha ha iniciado un proyecto "Ciudadanos de pleno derecho", que tiene por destinatarios a alumnos de 4º de la ESO (último año de educación obligatoria), pues en un plazo breve estos estudiantes accederán al mercado laboral y mercantil, y se verán en la necesidad de utilizar estos instrumentos.