



## TÍTULO

**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO  
HIPOTECARIO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS DENOMINADAS  
“CLÁUSULAS SUELO”**

## AUTORA

**Paloma García-Serón Atencia**

**Esta edición electrónica ha sido realizada en 2016**

Directora/Tutora	Patricia Márquez Lobillo
Curso	Curso de Experto Universitario en Derecho Bancario (2014/15)
ISBN	978-84-7993-716-4
©	Paloma García-Serón Atencia
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha documento	2016



## Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

### Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

### Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
- *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
- *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS DENOMINADAS 'CLÁUSULAS SUELO'.**

TRABAJO FIN DE EXPERTO DERECHO BANCARIO

AUTOR: PALOMA GARCÍA-SERÓN ATENCIA

II CURSO EXPERTO  
DERECHO BANCARIO.

UNIVERSIDAD  
INTERNACIONAL DE  
ANDALUCÍA

**TRABAJO FIN DE EXPERTO.**

**II EXPERTO UNIVERSITARIO EN DERECHO BANCARIO DE LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA.**

**TÍTULO:** Cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Especial referencia a las denominadas 'cláusulas suelo'

**AUTOR:** Paloma García-Serón Atencia.

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es el examen de la evolución jurídica de las cláusulas abusivas, y en especial de las cláusulas suelo, desde las primeras cuestiones prejudiciales planteadas sobre su legalidad y la posible consideración de abusivas y en consecuencia, nula.

**PALABRAS CLAVE:** Nulidad, cláusulas suelo, transparencia, contenido, abusividad, irretroactividad, Tribunal Supremo, Directiva, consumidor, devolución, condiciones generales de la contratación, entidades bancarias, tipos de interés, acción de cesación.

## ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: .....	4
2. CONCEPTO CLÁUSULA SUELO: .....	5
3. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA 93/13/CEE: SU TRASPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL: .....	6
4. SENTENCIA 9 MAYO 2013 .....	10
4.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ASOCIACIÓN DEMANDANTE: .....	12
4.2. EL CARÁCTER DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN DE LA CLÁUSULA DISCUTIDA .....	14
4.3. LA CUESTIÓN DE LA APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA SOBRE CONDICIONES ABUSIVAS A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS.....	16
4.4. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONFIGURADORA DEL PRECIO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	17
4.4.1. La imposibilidad de control, como línea de principio, del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.....	17
4.4.2. El limitado control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.....	18
4.4.3. Conclusiones de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013: ....	19
4.5. EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA: INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA EN SENTIDO ESTRICTO. ....	19
4.6. DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES YA SATISFECHAS. ....	23
5. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 25 MARZO 2015: .....	25
5.1. ANTECEDENTES DE HECHO:.....	26
5.2. CONTENIDO DE LA STS 25 MARZO DE 2015: .....	26
5.3. VOTO PARTICULAR:.....	28
6. CONSECUENCIAS SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 9 MAYO 2013: ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL.....	29
6.1. RESUMEN DE LA LEY 1/2013: .....	29
6.2. MODIFICACIONES RESPECTO DE LA CLÁUSULA SUELO: .....	30
7. SITUACIÓN ACTUAL: .....	33
7.1. INFORME COMISIÓN EUROPEA SOBRE ASUNTO PREJUDICIAL C-154/15 SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES COBRADAS POR APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO.....	33

7.2. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA SOBRE ACCIONES INDIVUALES RELATIVAS A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. ....	35
7.3. PLAZO RECURSO EXTRAORDINARIO PARA PLANTEAR OPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO.....	36
8. CONCLUSIONES: .....	37
9. BIBLIOGRAFÍA:.....	41

## 1. INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo tiene por objeto analizar la evolución jurídica de las cláusulas abusivas, aunque nos centraremos especialmente en las cláusulas denominadas suelo.

He elegido esta temática puesto que se están produciendo muchas modificaciones normativas, doctrinales y jurisprudenciales respecto de las cláusulas que forman parte de los préstamos con garantía hipotecaria.

Por ello se ha convertido en un tema de rabiosa actualidad y de continua controversia en Juzgados y Tribunales, por lo que entiendo que es más que necesaria organizar todos los pronunciamientos que se han hecho respecto de estas cláusulas para entender cuándo son consideradas abusivas y por ende, nulas.

En primer lugar, he iniciado el proyecto clarificando el concepto de cláusula suelo, seguido de toda la normativa que regula la protección del consumidor así como la trasposición de las Directivas Europeas.

Una vez aclarados los conceptos, he analizado la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció respecto de la cláusula suelo. En un primer término, me he centrado en explicar los antecedentes de hecho que hicieron llegar al Alto Tribunal a fijar doctrina respecto de las cláusulas suelo. Posteriormente, he analizado la legitimación activa de la asociación de consumidores AUSBANC, que fueron los que promovieron una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación, en la que solicitaba la declaración de nulidad por tener carácter abusivo, de las condiciones generales de contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia solicitando la condena de las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y abstenerse de utilizarlas en el futuro.

Seguidamente, he seguido examinando la Sentencia de 9 de mayo de 2013 en cuanto a que es considerada como condición general de la contratación y configuradora del precio del préstamo hipotecario.

Así mismo, he explicado la problemática existente en cuanto a la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas por parte del órgano jurisdiccional en la normativa española.

Particularmente, me he detenido para explicar el doble control de transparencia, que fija la Sentencia de 9 mayo de 2013, que deben superar las cláusulas suelos para ser considerada legales.

Respecto de la sentencia de 9 de mayo de 2013, he concluido explicando las dudas respecto de la devolución de las cantidades que no aclaro el Tribunal Supremo en su fallo. De ahí que desde entonces, la interpretación de los Juzgados y Tribunales (jurisprudencia menor) ha sido variada. En vista de ello, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de nuevo para aclarar que, cuando en aplicación de la doctrina fijada en su sentencia del Pleno de

9 de mayo de 2013, se declare abusiva y, por tanto, nula una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir del 9 de mayo de 2013. Sin embargo, a pesar de que se ha fijado la irretroactividad de la devolución de las cantidades, existe un voto particular que discrepa el criterio seguido por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 25 de marzo de 2015.

En vista de las advertencias por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea así como de la importancia de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, España se ha visto obligada a modificar su legislación en trasposición de las Directivas Europeas.

En particular, respecto de las cláusulas suelo hay que destacar la importancia de la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Además, en este trabajo se ha pretendido reflejar las dudas que continúan existiendo y que desembocan y probablemente, seguirán desembocando en el futuro en nuevas resoluciones sobre este asunto.

## 2. CONCEPTO CLÁUSULA SUELO:

La cláusula suelo es una estipulación contenida en la escritura de hipoteca a interés variable por la que se fija el tipo mínimo del mismo que el hipotecado deberá de pagar en todo caso. O lo que es lo mismo, se trata de aquel interés mínimo, que generalmente oscila entre el 3% y el 5%, que el hipotecado siempre deberá pagar a la entidad financiera, al margen de cómo pueda evolucionar el Euribor o tipo de referencia pactado, hasta el vencimiento y cancelación de todo el préstamo hipotecario.

Por lo que podemos definir la cláusula suelo como aquella cláusula contractual que establece un mínimo a pagar en las cuotas del préstamo hipotecario, siempre que los intereses pactados tengan la naturaleza de intereses variables, mediante la cual se establece un límite a la bajada de los tipos de interés.

Así, se conoce como suelo de la hipoteca aquel que fija un porcentaje mínimo aunque el interés surgido de la suma del Euribor y el diferencial sea inferior.

También se llama “suelo hipotecario” cuando se establece un porcentaje mínimo al Euribor aunque su valor en el mercado sea otro.

Se trata un máximo de intereses a pagar que normalmente está muy por encima de los valores habituales del mercado. Los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable que contienen límites a su variación, bien en cuanto al mínimo aplicable (cláusula suelo), bien en cuanto al máximo (cláusula techo), o bien en cuanto a ambos (cláusula suelo/techo). De hecho, hay ocasiones en que además del suelo se aplica un techo en la hipoteca.

En España, durante la burbuja inmobiliaria que duró desde 1997 a 2007, la mayoría de hipotecas que se suscribieron tenían un tipo de interés variable (fijado por el Euribor normalmente más un diferencial que pone el banco) en la que en muchas ocasiones el banco fijó en el contrato de hipoteca un porcentaje mínimo de interés a pagar por el comprador de la vivienda aunque el interés surgido de la suma del Euribor y el diferencial fuese inferior. Es decir a pesar de firmar una hipoteca con interés variables -que puede subir o bajar- el banco impone una cláusula que limita la bajada real aunque ésta se produzca.

En las escrituras del préstamo hipotecario, las cláusulas suelo se identifican bajo otros nombres o epígrafes donde se hace constar que el interés nunca podrá ser inferior a un porcentaje determinado, con los siguientes títulos: *límites a la aplicación del interés variable, límite de la variabilidad y tipo de interés variable.*

### 3. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA 93/13/CEE: SU TRASPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL:

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE <sup>1</sup> parte de la base de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor frente al profesional, tanto en relación a la capacidad de negociación como a nivel de información. Situación que le impone adherirse a las condiciones previamente redactadas por el profesional, sin posibilidad de influir en el contenido de las mismas. Ello, efectivamente, puede implicar un desequilibrio entre el consumidor y el profesional. Por tanto, la premisa para considerar abusiva una cláusula contractual es la celebración de un contrato entre un profesional<sup>2</sup> y un consumidor<sup>3</sup>.

La Directiva 93/13/CEE en su artículo 3 dentro del ámbito de cláusulas contractuales que vinculan al consumidor, establece unos requisitos para clasificar una cláusula como abusiva:

- **Que se trate de cláusulas contractuales no negociadas individualmente.**

Se considera que falta esa negociación individual cuando hayan sido redactadas por el profesional e impuestas al consumidor al no poder influir sobre su contenido<sup>4</sup>. Aunque algunos elementos de una cláusula o una cláusula aislada se hubieran negociado

---

<sup>1</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

<sup>2</sup> Define como «profesional» el art. 2 c): «Toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada».

<sup>3</sup> Define como «consumidor» el art. 2 b): «Toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

<sup>4</sup> Art. 3.2.I: «Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión».

individualmente, no se excluye la aplicación del art. 3 de la Directiva al resto del contrato si se concluye de su apreciación global que se trata de un contrato de adhesión.

- **Que en virtud de dichas cláusulas se cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, infringiendo el principio de buena fe.**

Así, el art. 3.1 dispone que las cláusulas no negociadas individualmente «...se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

Así pues, al margen de las cláusulas recogidas en la lista indicativa y no exhaustiva del Anexo de la Directiva (art. 3.3), los elementos que conllevan que una cláusula sea abusiva son la buena fe y el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

La buena fe es contemplada como un deber de conducta dirigido al profesional que le exige tratar a la otra parte de manera leal y equitativa, teniendo en cuenta sus legítimos intereses, tal y como expresa el Considerando 16<sup>5</sup> de la Directiva.

En este sentido, el Considerando 9 distingue las distintas posiciones del profesional y del consumidor, estableciendo, por una parte, que la conducta del profesional infringe la buena fe cuando, al redactar e imponer las cláusulas contractuales, tiene en cuenta exclusivamente sus intereses, ignorando los del consumidor y valiéndose de su desconocimiento y falta de información. Al contrario, el profesional cumple la exigencia de la buena fe cuando trata de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta.

Por otro lado, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "**desequilibrio importante**" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. En un análisis más profundo, de la STJUE de 16 de enero de 2014<sup>6</sup> se establece que un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al

---

<sup>5</sup> Considerando 16 Directiva 13/93/CEE: «Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas,(...) necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se ha prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta».

<sup>6</sup> STJUE de 16 de enero de 2014 (TJCE 2014, 7) , asunto C-226/12, apartados 21 y 23.

ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

Igualmente debemos reseñar que para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, el art. 4.1 de la Directiva indica que se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato. Asimismo, se valorarán las circunstancias que concurran en la celebración del contrato y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa.

La normativa que sigue configurando la protección del consumidor en nuestro ordenamiento jurídico son:

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus artículos tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

### **Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.**

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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 suelo son legales?**

Para discutir la pretendida abusividad de las cláusulas de un contrato, el debate ha de centrarse, en primer lugar, en si los ejecutados ostentan la condición de consumidores o no.

La Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, tiene como objetivo aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Por lo tanto, hemos de saber qué criterios utiliza la Directiva reseñada para poder comprobar si nos encontramos ante una cláusula abusiva. Y para ello nos remitimos al articulado de la misma:

El artículo 2<sup>7</sup> de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 define los conceptos de cláusulas abusivas, consumidor y profesional.

Se definen las cláusulas abusivas en el artículo 2 en relación con el artículo 3<sup>8</sup>, como las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Para aclarar el concepto de cláusula abusivas, el artículo 3<sup>9</sup> en relación al artículo 4<sup>10</sup> establecen lo siguiente:

- Son abusivas aquellas cláusulas no negociadas individualmente que causan un desequilibrio importante entre los derechos de las partes y por ello, un detrimento del consumidor.

---

<sup>7</sup> Artículo 2.: A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a. Cláusulas abusivas: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;
- b. Consumidor: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;
- c. Profesional: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

<sup>8</sup> Artículo 3 Directiva 93/13/CEE: 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". (..)

<sup>9</sup> Artículo 3 Directiva 93/13/CEE: 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

<sup>10</sup> Artículo 4 1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

- Son cláusulas no negociadas individualmente aquellas que han sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.
- Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.
- La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Por último, es el artículo 5<sup>11</sup> el que establece los requisitos para apreciar si son abusivas las cláusulas que consten por escrito. Para ello, establece que deben estar redactadas siempre de forma clara y comprensible.

Dicho articulado debemos ponerlo en relación con la normativa nacional, en concreto con el artículo 3 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece quiénes son consumidores o usuarios:

*“...son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”*

#### 4. SENTENCIA 9 MAYO 2013

En primer lugar, vamos a analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sentencia de bastante relevancia en cuanto a cláusulas abusivas y en especial, de la cláusula suelo. Es novedosa por ser la primera del Tribunal Supremo que aborda el delicado tema de las cláusulas suelo así como por el enfoque con el que resuelve el litigio.

En efecto, las sentencias existentes sobre cláusulas suelo, tanto de Juzgados de Primera Instancia como de Audiencias Provinciales, tras constatar que la cláusula suelo constituía una condición general de la contratación, resolvían la cuestión atendiendo a si la concreta cláusula suelo examinada resultaba desproporcionada.

---

<sup>11</sup> Artículo Directiva 93/13/CEE: En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.

Primaba, en consecuencia, el control de contenido sobre los controles de inclusión y de transparencia. Conforme indica Pedro Chaparro Matamoros, en la mayoría de las ocasiones, tal desproporción se estudiaba en relación a la cláusula techo, llegándose a la conclusión de que si la cláusula techo imponía un techo elevado, la situación estaba desequilibrada porque en un escenario económico normal, no era previsible que una cláusula techo con un elevado tipo de interés pudiera resultar aplicable y, en consecuencia, beneficiar al consumidor. Igualmente esa desproporciación se valoraba en atención a un análisis conjunto de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de préstamo hipotecario, del que podría resultar, bien que la cláusula suelo favorable a la entidad financiera pudiera compensarse con otras condiciones que resultaran más beneficiosas para el consumidor, o bien que la cláusula suelo no tuviera un contrapeso efectivo en forma de cláusula que resultara beneficiosa para los intereses del consumidor.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, centra la cuestión en los controles de inclusión y de transparencia. Y es que, entiende el Tribunal Supremo que no cabe someter las cláusulas suelo a un control material, por así impedirlo el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que prohíbe realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

El origen de la sentencia se encuentra en la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) contra BBVA, Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U), en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación, en la que solicitaba la declaración de nulidad por tener carácter abusivo, de las condiciones generales de contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo), solicitando la condena de las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y abstenerse de utilizarlas en el futuro.

Las demandadas se opusieron y suplicaron la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia con fundamento en:

- a) la falta de legitimación activa de la demandante;
- b) la prejudicialidad administrativa;
- c) la naturaleza de las cláusulas por no ser condiciones generales de la contratación;
- d) la inaplicabilidad de la normativa sobre condiciones abusivas al regular elementos esenciales de los contratos;
- e) el carácter no abusivo de las cláusulas impugnadas.

La sentencia de Primera Instancia rechazó la falta de legitimación de AUSBANC y estimó que las denominadas "cláusulas suelo" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma

unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "cláusulas techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y a abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo.

Frente a esta resolución declaratoria de la nulidad de las cláusulas suelo, las entidades financieras demandadas interpusieron recurso de apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que:

- a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario;
- b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria;
- c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

La sentencia de la Audiencia Provincial fue, finalmente, recurrida en casación por AUSBANC y por el Ministerio Fiscal.

Vamos a proceder a comentar la Sentencia del Tribunal Supremo y para ello vamos a dividirla en cuatro partes:

- a) Legitimación activa de la asociación demandante, AUSBANC CONSUMO;
- b) El carácter de condición general de la contratación de la cláusula discutida;
- c) La cuestión de la aplicabilidad de la normativa sobre condiciones abusivas a los elementos esenciales de los contratos; y
- d) Control de transparencia: incorporación y transparencia en sentido estricto.
- e) Devolución de las cantidades debidas ya satisfechas.

#### 4.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ASOCIACIÓN DEMANDANTE:

Uno de los puntos más polémicos de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Sevilla a favor de AUSBANC es el que resolvió que AUSBANC tenía legitimación activa para la acción de cesación interpuesta, ya que se exigía que la asociación de consumidores estuviese constituida conforme al artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación el artículo 24.1 del Texto Refundido de Ley de Consumidores y Usuarios.

En este sentido, se exigía que la acción de cesación tendría que llevarse a cabo por una asociación de defensa de los consumidores y usuarios con carácter representativa y con consideración procesal, en el sentido de que fuese “suficientemente representativa” así como estuviese legalmente constituida.

Al respecto debemos decir que en la Sentencia de 29 de Septiembre de 2010 de la Audiencia Nacional se conformó que la AUSBANC estaba excluida del Libro-Registro Asociaciones de Consumo.

Por lo que, no siendo AUSBANC una asociación de consumidores legalmente constituida, hasta una nueva inclusión en el Libro-Registro en virtud del artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 24.1. del TRLCU, la asociación de consumidores solo podría haber actuado en juicio en defensa de los intereses de sus asociados) o de la propia asociación, pero no de los intereses generales de los consumidores y usuarios puesto que en el orden civil no cabe la acción popular que permita la defensa de los intereses ajenos, a salvo los supuestos de legitimación extraordinaria. Supuestos en los que es la especial relación con el objeto del proceso previsto por la norma, y no la mera capacidad general para ser parte, la que permite excepcionalmente la actuación en juicio.

Consciente de ello, se personó el Ministerio Fiscal lo que permitió que la Audiencia entrase en el fondo del asunto.

Siendo así las cosas, el Tribunal Supremo concluye la cuestión reconociendo que el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Si no que es preciso que la Asociación, cuando es de ámbito supra autonómico, esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

A pesar de la pérdida sobrevenida de las condiciones legales precisas para litigar, como consecuencia de una sanción, en base a la intervención del Ministerio Fiscal como la discutible supervivencia “de oficio” de la acción de cesación al margen de la legitimación que se afirma en *obiter dicta* relativizaban en el presente caso la importancia de esta legitimación cogida con alfileres.

De todo ello, se desprende que precisamente por la exigencia de tutela de oficio de los legítimos intereses de los consumidores, no impediría su examen por el Tribunal Supremo el hecho de que se denegase la legitimación de la asociación demandante.

Igualmente, debemos concluir con que la flexibilidad en las consecuencias de la pérdida sobrevenida de legitimación en el caso de legitimación extraordinaria, no colisiona con la tesis sostenida en la sentencia de 30 mayo 2011 (RC. 202/2009) de la Sala Tercera de este Tribunal.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Fundamento 6.3. de la STS sentencia de 30 mayo 2011: “50. No obstante, este régimen, razonablemente suficiente para la tutela de derechos e intereses subjetivos individuales, en la práctica se reveló insuficiente

#### 4.2. EL CARÁCTER DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN DE LA CLÁUSULA DISCUTIDA

Las entidades demandadas aportaron al proceso escrituras de préstamo hipotecario que no tenían incorporadas las limitaciones propias del suelo hipotecario; y por otra parte alegaron la existencia de una “minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato”, que garantizaría el conocimiento del prestatario en relación con el contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses. La sentencia recurrida entendió acreditada la negociación de las cláusulas controvertidas y su aceptación libre y voluntaria por el consumidor porque la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el recorrido preparatorio del contrato y porque la prueba documental acredita que los préstamos hipotecarios en unas ocasiones contienen los pactos de limitación de interés y en otras no. Y además rechazó que las cláusulas contractuales controvertidas debieran considerarse condiciones generales de la contratación porque versan sobre los elementos esenciales de los contratos.

Sobre la reglamentación de las cláusulas suelo, están previstas expresamente en la normativa de transparencia que regula la información que deben incorporar los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés en los préstamos hipotecarios a tipo variable.

Dicha normativa era, en el momento de la presentación de la demanda, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Esta Orden fue desarrollada por la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio (BOE 6 julio) en la que incorpora los requisitos de información que comentaremos más adelante.

Además, hay que tener en cuenta la Ley 22/2007, de servicios financieros contratados a distancia y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

---

para la efectiva tutela de ciertos intereses dignos de protección, en los que las circunstancias de hecho concurrentes en la práctica disuadían a los afectados de acudir a los tribunales. Por esta razón en el segundo párrafo del artículo 10 LEC , como excepción a la regla general, dispone que "(s)e exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular" . Lo que da lugar a los supuestos de legitimación extraordinaria, en los que es posible promover un proceso por quien no afirma ser titular de la relación jurídica controvertida. 60. Como afirma la expresada sentencia 634/2010, de 14 de octubre, RC 1643/2006 , se trata de situaciones en las que "se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso " .

La Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación en su art. 7.b) parece estar pensando en las cláusulas financieras incomprensibles cuando considera correctamente incorporadas las expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Al respecto, la sentencia de 9 de mayo de 2013, hace una valoración de la cláusula suelo como condición general de la contratación, estableciendo lo siguiente<sup>13</sup>:

- El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.
- No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

Además, la sentencia introduce la cuestión de cómo articular el *iter* probatorio de la negociación de la cláusula dentro de un proceso en el que actúan intereses generales, sin causar indefensión a las demandadas, aplicando la doctrina del hecho notorio del cliente "cautivo" de la complejidad contractual. De manera que tal y como establece en su Fundamento Octavo, párrafo 151, "Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

Para que el hecho notorio puede actuar en el área probatoria del proceso ha de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta, pero basta con que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho. En este caso, tanto el reconocimiento expreso de la propia normativa de transparencia bancaria como el Banco de España del hecho de que la mayor parte del contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas (de ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura) avalan dicha notoriedad. Normativa que, a pesar de lo que alegan las entidades demandadas, no excluyen el control de la Ley de condiciones generales de la contratación y el Texto Refundido de la Ley de

<sup>13</sup> Viene recogido en el párrafo 114 de la STS 9 mayo 2013.

Consumidores y Usuarios en base al art. 1.2 de la Directiva 93/13, puesto que no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato, tal y como expresa la Sala en su fundamento 174.<sup>14</sup>

#### 4.3. LA CUESTIÓN DE LA APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA SOBRE CONDICIONES ABUSIVAS A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS

El conocimiento de una cláusula, ya sea o no condición general o condición particular, se considera requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias, no obligaría a ninguna de las partes.

Esta Sentencia de 9 de mayo de 2013 entiende que la cláusula que fija un interés fijo mínimo, es una cláusula impuesta al consumidor. De manera que tal y como explica el Magistrado Letrado adscrito al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Don Carlos Sánchez Martín, la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario, cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar y que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque, incluso, varias de ellas procedan del mismo empresario. Tampoco equivaldría a una negociación individual, la posibilidad de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. En último término, la carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos a los consumidores, recae sobre el propio empresario u oferente.”

Sin embargo, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud.

Se afirma, en consecuencia, que la cláusula suelo, si reúne los requisitos de transparencia, es perfectamente lícita, al ser facultad del empresario fijar el tipo de interés al que presta el dinero.

En este aspecto, se insiste en que la existencia de una normativa sectorial que impone determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los

---

<sup>14</sup> Fundamento 174 STS 9 mayo 2013: “...Pues bien, no es este el caso de las “cláusulas suelo”, ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato...”

contratos de préstamo hipotecario, no impide la aplicación a estas cláusulas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

#### 4.4. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONFIGURADORA DEL PRECIO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

La sentencia comentada igualmente utiliza como argumento que la cláusula suelo constituye un elemento esencial del precio del contrato de préstamo hipotecario, de forma que se excluye del control de abusividad, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

En este sentido, el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*.

##### 4.4.1. La imposibilidad de control, como línea de principio, del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

Para ello hay que determinar si la cláusula suelo es considerada como objeto principal del préstamo hipotecario y, en consecuencia, configuradora del precio del contrato del préstamo hipotecario.

Es más que manifiesta la discusión doctrinal que existe en la consideración de la cláusula suelo como como configuradora del precio. En este sentido, ya se pronunció Don Pedro Chaparro Motos en su artículo “La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo”, en el cual comenta las distintas tendencias doctrinales al respecto.

- Así, algunos autores diferencian entre cláusulas “principales”, que definen directamente el objeto principal del contrato, y cláusulas “accesorias”, siendo, desde esta perspectiva, la cláusula suelo una cláusula accesoria, pues no regula directamente el precio pactado, y hasta podría darse el caso de que no llegara a entrar en juego.
- En cambio, otros autores apuestan por entender como cláusulas definatorias del precio del contrato todas aquellas que eventualmente pudieran afectarle, de forma que, por muy improbable y remota que fuera su virtualidad, la cláusula suelo debería considerarse excluida del control de abusividad.

Por otro lado, la jurisprudencia menor<sup>15</sup> venía entendiendo que la cláusula suelo no constituye un elemento esencial del precio del contrato, sino que es meramente accesoria al mismo, admitiendo, por tanto, el control material sobre su posible carácter abusivo.

#### 4.4.2. El limitado control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, existen pronunciamientos, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del propio Tribunal Supremo acogiendo la doctrina de aquél, que han confirmado la posibilidad de un control jurisdiccional material del eventual carácter abusivo de cláusulas que se refieran al precio del contrato, canalizado a través del art. 8 de la Directiva 93/13/CEE, que permite a los Estados miembros “adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

Viene a colación recordar la Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 3 de junio de 2010, asunto c-484/08 (TJCE 2010, 162), que resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, relativa a si el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a “la definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

El TJUE afirmó que “el artículo 8<sup>16</sup> de la Directiva establece formalmente que los Estados puedan «adoptar o mantener en el ámbito regulado por la (...) Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección», de forma que “las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”.

De manera que haciéndose eco de la doctrina emanada de la STJUE, el Tribunal Supremo en varias sentencias (SSTS de 4 noviembre de 2010 y 29 diciembre de 2010) declaró que

---

<sup>15</sup> Podemos destacar sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres que defienden que la cláusulas suelo no es un elemento esencial del precio como son las SSAP Cáceres núm. 236/2012, de 24 de abril (JUR 2012, 154622); núm. 281/2012, de 23 de mayo (AC 2012, 491); núm. 359/2012 10 de julio (AC 2012, 1375); núm. 373/2012, de 18 de julio (AC 2012, 1460); núm. 431/2012, de 5 de octubre (AC 2012, 1971); núm. 484/2012, de 19 de noviembre (AC 2013, 44); núm. 536/2012, de 14 de diciembre (AC 2013, 83).

<sup>16</sup> Artículo 8 Directiva 93/13: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE “no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”.

#### 4.4.3. Conclusiones de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013:

La Sentencia del Tribunal Supremo concluye con que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato y forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario.

Igualmente establece que, en principio, quedan excluidas del control de abusividad aunque cabe la posibilidad de que, con arreglo al art. 8 de la Directiva 93/13/ CEE, los Estados miembros adopten disposiciones que garanticen al consumidor un mayor nivel de protección; particularmente, una normativa nacional que autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Algo que en España no había sucedido hasta la fecha y que, por consiguiente, excluye de momento del control de contenido a las cláusulas suelo, lo que, sin embargo, “no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Tal y como explicaremos más adelante, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013<sup>17</sup>, se modifica el procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

Como consecuencia, la Ley 1/2013 modifica el artículo el artículo 552.1<sup>18</sup> de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil que abre la posibilidad de que el juez de oficio apreciase la existencia de cláusulas abusivas.

#### 4.5. EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA: INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA EN SENTIDO ESTRICTO.

Para aproximarnos al concepto que delimita con claridad el ámbito de aplicación del control de transparencia, tomamos como punto de partida el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril 1993 del que se deduce, pese a no haber sido incorporado a nuestra legislación, que no es viable un control de contenido del objeto

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

<sup>18</sup> Artículo 552.1. LEC: «Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª»

principal del contrato ni de la adecuación entre precio y su contraprestación, en el ámbito de las condiciones generales y cláusulas predispuestas.

Este control de contenido es el que, en el marco de los contratos con consumidores, permite eliminar las cláusulas abusivas en el sentido establecido en el art. 3 de la Directiva y en el artículo 82 TRLGDCU, como causantes de un desequilibrio, no en las contraprestaciones sino en los derechos y obligaciones de las partes. La idea básica que justifica esta exención del control de contenido es el necesario respeto a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado.

El mismo art. 4.2 de la Directiva permite, no obstante, que las condiciones generales o cláusulas predispuestas que afecten a los elementos esenciales del contrato, puedan estar sometidas a un control de inclusión y de transparencia que implica que su redacción ha de ser clara y comprensible.

Viene a colación recordar lo dispuesto en este sentido en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Por una parte el artículo 5.5. establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Así continúa el artículo 7 de la misma ley, estableciendo que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales, que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer, de manera completa, al tiempo de la celebración del contrato, o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5, o aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

La transparencia, en relación al objeto principal del contrato, garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia claridad de los términos de las cláusulas, se pretende garantizar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Precisamente en este contexto, se afirma que la cláusula suelo sí puede ser sometida al control de transparencia o en, términos de la resolución, a un doble control de transparencia. Es decir que la cláusula suelo debe superar dos filtros: (i) **el control de incorporación**, que se refiere a la redacción de la cláusula (que debe ser clara y sencilla) y a la información facilitada al consumidor (que debe ser accesible y posibilitar el conocimiento de la cláusula); (ii) y **el control de transparencia propiamente dicho**, que tendría por objeto, en palabras del Tribunal Supremo “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica (...) como la carga jurídica” de la cláusula, y que la información suministrada le permita tener “un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

El Magistrado Don Jacinto José Pérez Benítez, Magistrado analiza el control de incorporación, aclarando que actúa en la fase de perfección del contrato, buscando

garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento. El mismo autor continúa manifestando que el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente en el contrato.

Dicho primer filtro parte de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que regula el proceso de constitución de hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios. En ella se impone la obligación de entregar un folleto informativo al consumidor, una oferta vinculante con las condiciones financieras, y el posible examen de la escritura pública, entre otras cosas.

Como hemos indicado anteriormente, los requisitos de incorporación se regulan en los arts. 5 y 7 LCG y en los arts. 80 y 81 TR15.

Al respecto se ha pronunciado la doctrina, entre la que destacamos la visión de CLAVERÍA GOSALVEZ <sup>19</sup> el cual distingue entre una norma general y tres normas especiales.

- Norma general: para que una determinada cláusula, condición general o no, se entienda válidamente incorporada a un contrato es preciso que se ubique dentro del documento contractual delante de las firmas de los contratantes. En otro caso, -por ejemplo, si las cláusulas se encuentran en folleto aparte-, deberá existir, entre las demás cláusulas particulares del contrato, una cláusula de referencia a las condiciones generales (art. 5 LCCG, arts. 80.1 a) y b) TRCU). A la regla general puede añadirse la previsión del art. 7 b), según el cual no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas ilegibles, ambiguas y oscuras. Tampoco las incomprensibles, salvo que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, todo ello en línea con lo dispuesto en el art 5.5, conforme al cual las cláusulas generales deberán redactarse con criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.
- Contratos celebrados mediante escritura pública. Los adherentes podrán exigir del notario que no transcriba las condiciones generales en la escritura y que deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo, debiendo comprobar el notario el conocimiento íntegro de las cláusulas por el adherente y su aceptación (art. 5.2, introducido por la Ley 24/2001).
- Contratos de conclusión rápida: Bastará con que el predisponente garantice la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del contrato, mencionándose de forma ejemplificativa el anuncio de las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebre el negocio, o la inserción en la documentación del contrato.

---

<sup>19</sup> CLAVERIA GOSALBEZ, “Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas”

El segundo filtro, conocido como **control de contenido o control de transparencia propiamente dicho** parte del artículo 8<sup>20</sup> de la LGCC y del artículo 83.1<sup>21</sup> del TRLGDCU.

En este sentido, el Alto Tribunal manifiesta que las cláusulas suelo no serán transparentes cuando falte información, suficientemente clara. En este sentido, anuncia que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato ya sea cuando se inserten de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de ellas, o cuando no existan simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. También se considera que falta transparencia cuando no haya información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -en caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan éstas.

Igualmente debemos tener en cuenta que la nulidad de pleno derecho de una cláusula no determina la nulidad de todo el contrato puesto que el principio de conservación del negocio exige que la cláusula nula sea expulsada del contrato, permaneciendo éste con el resto de su contenido como mejor forma de protección de los intereses del consumidor, pues así no se ve forzado a renunciar al bien o servicio contratado, lo que podría hacerle desistir del ejercicio de la acción de nulidad.

En atención a lo expuesto, considera las cláusulas analizadas, no son transparentes por las siguientes razones:

- Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad — caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

---

<sup>20</sup> Artículo 8 LGCC: 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>21</sup> Artículo 83.1. TRLCU: las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas

Este control de transparencia en sentido estricto, exige que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

En caso de que se considere que la cláusula no está incorporado al contrato, conlleva unas consecuencias,<sup>22</sup> como es la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas, aclarando la eficacia del contrato o la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del contrato.

#### 4.6. DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES YA SATISFECHAS.

Igualmente vamos a comentar la posición del Tribunal Supremo respecto de la devolución de las cantidades ya satisfechas, aunque posteriormente analizaremos la Sentencia del Tribunal Supremo nº 139/2015, de 25 de marzo, denegatoria del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 considera que, pese a declarar la nulidad de las cláusulas suelo, ello no comporta la eficacia retroactiva de la sentencia, en el sentido de tener que reintegrar los bancos las cantidades ya cobradas como consecuencia de las cláusulas suelo.

Así en su apartado nº 294 establece que procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

En la sentencia se señala<sup>23</sup> expresamente, en su tenor literal, que para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

- a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

---

<sup>22</sup> Artículo 9: “1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

<sup>23</sup> Fundamento Jurídico 2.4 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativo a la irretroactividad de la sentencia.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "(...) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

Así, el Tribunal Supremo, matiza que los efectos del artículo 1303 del Código Civil en cuanto a que una vez declara la nulidad d una obligación, se obliga a la restitución de las cosas objeto del contrato no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, sobre todo en relación al principio de seguridad jurídica.

## 5. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 25 MARZO 2015:

Como continuación del último apartado del anterior epígrafe, debemos analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015.

En primer lugar, el Poder Judicial el pasado 26 de febrero de 2015 publicó un comunicado en el que informaba de que el Tribunal Supremo ratificaba la nulidad de las cláusulas suelo abusivas por falta de transparencia y reconocía efectos restitutorios de las cantidades ya abonadas de cláusulas declaradas nulas a partir de 9 de mayo de 2013.

El texto completo es el siguiente:

*"El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha vuelto a debatir sobre las denominadas cláusulas 'suelo' hipotecarias al estudiar dos recursos de entidades bancarias, uno planteado por el BBVA y otro por Cajasur. En el primer caso, la Sala ha confirmado su propia doctrina que estableció que eran nulas, por abusivas, las cláusulas de ese tipo con falta de transparencia. Además, ha matizado que el efecto restitutorio de las cantidades ya abonadas en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas por falta de transparencia se producirá desde la fecha de publicación de la sentencia de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013, donde se estableció la doctrina sobre abusividad de estas cláusulas. En cuanto al recurso de Cajasur, que pretendía que se rectificara esa doctrina de la Sala sobre nulidad de cláusulas 'suelo' por abusivas, el Pleno lo ha desestimado".*

El pasado 17 de abril de 2015 se publicó la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015, a través de la cual el Alto Tribunal zanja la disparidad de criterios sobre la restitución o no de los intereses pagados por el cliente, una vez declarada la nulidad de una cláusula suelo. De manera que con ella pretende poner fin a la disparidad de criterios adoptados por los Tribunales y Juzgados, así como por las Audiencias Provinciales sobre restitución o no de los intereses abonados.

Con esta sentencia el Tribunal Supremo confirma la nulidad de las cláusulas suelo y la irretroactividad de sus efectos, por lo que la nulidad de las cláusulas no afectará a la continuación del contrato ni a los pagos ya efectuados.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 139/2015, de 25 de marzo de 2015, establece que, cuando en aplicación de la doctrina fijada en su sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, se declare abusiva y, por tanto, nula una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 2013.

Para entender lo dictado en dicha sentencia, vamos a explicar los antecedentes de hecho.

### 5.1. ANTECEDENTES DE HECHO:

En primera instancia, se admitió a trámite la demanda de juicio ordinario que interpusieron dos consumidores contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. ("BBVA") en la que solicitaban: (i) la declaración de nulidad de condiciones generales de contratación por su carácter abusivo (cláusulas suelo) y (ii) la condena a BBVA a devolver las cantidades cobradas hasta la fecha de la demanda en virtud de la cláusula suelo, así como aquellas que se fueran pagando en virtud de dicha cláusula. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia estimando la demanda.

Frente a dicha sentencia, BBVA interpuso un recurso de apelación, ya que entendía que, a la vista de la Sentencia de 2013 dictada por el Tribunal Supremo, el proceso debía concluir por carencia sobrevenida del objeto al extenderse sobre el mismo los efectos de cosa juzgada.

Por su parte, la Audiencia Provincial desestimó dicho recurso, puesto que entendía que no habría carencia sobrevenida del objeto del proceso en relación con la petición de restitución de los intereses percibidos.

A los efectos de justificar lo anterior, la Audiencia Provincial sostenía que:

- La Sentencia de 2013 resolvía sobre una acción colectiva de cesación en la que no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas
- La declaración de la Sentencia de 2013 del Tribunal Supremo sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad no afectaba a la acción de devolución ejercitada aquí por los demandantes.

BBVA interpuso los correspondientes recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de manera que el Tribunal Supremo, en la sentencia ahora analizada, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal, pero estima el recurso de casación.

### 5.2. CONTENIDO DE LA STS 25 MARZO DE 2015:

A este respecto, el Tribunal Supremo entiende que, contrariamente a lo mantenido en la Audiencia Provincial, aunque en la acción colectiva sobre la que resolvió en 2013 no se solicitaba la devolución de cantidades percibidas, el Tribunal Supremo sí entró a conocer y sí se pronunció sobre los efectos de la nulidad.

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara que, aun en el ejercicio de una acción individual, los efectos de la restitución derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo no se extienden a los pagos de los intereses efectuados en aplicación de ésta anteriores a la fecha de publicación de su Sentencia de 2013.

Y para ello fija los requisitos para limitar la retroactividad en base a la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastorno grave en el orden público económico.

En cuanto al trastorno grave del orden público económico<sup>24</sup> se refiere, el Alto Tribunal sostiene que, pese a tratarse de una acción individual, y no colectiva como en el caso de la sentencia de 2013, "la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

Asimismo, el Supremo considera que los círculos interesados, esto es, los bancos, actuaban de buena fe, puesto que la nulidad de las cláusulas no se basa en su ilicitud intrínseca, sino en la falta de transparencia por la insuficiencia de información; hecho que ignoraban como causante de su ineficacia, por lo menos hasta que así lo determinó la sentencia de 2013.

A resultas de todo lo anterior, el Tribunal confirma que los intereses pagados por el cliente con anterioridad a la publicación de la sentencia de 2013, en virtud de una cláusula suelo declarada nula, no podrán ser restituidos; lo que representa un esfuerzo para unificar criterios entre los juzgados y las Audiencias y, en la medida de lo posible, frenar así el dispendio privado y judicial que esta cuestión está causando

A ello, el Supremo responde que "la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

Con esta nueva sentencia el Tribunal Supremo pone fin a la disparidad de criterios que se venían siguiendo por los distintos Tribunales a la hora de determinar si, una vez declarada una cláusula suelo nula por abusiva, debía reintegrarse la totalidad de las cantidades percibidas en aplicación de ésta o bien solamente aquellas percibidas con posterioridad a la publicación de su Sentencia de 2013. Con ello, el Tribunal Supremo busca dar una mayor seguridad jurídica a los operadores y ensalza el concepto de orden público económico. Aunque esta sentencia no crea jurisprudencia, en la medida en que es la primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia al respecto en relación con una acción individual, todo parece indicar que el criterio del Tribunal Supremo sobre esta materia es claro, por lo que éste debería ser el criterio que deberían adoptar los Tribunales y Juzgados con el fin de evitar la proliferación de recursos y, en definitiva, el derroche en costes y gastos judiciales.

---

<sup>24</sup> Apartado nº 4 del Fundamento Jurídico 9 de la STS 25 marzo 2015: Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra "K" del párrafo 293 afirma que: "Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas."

### 5.3. VOTO PARTICULAR:

La nueva sentencia del Supremo cuenta, no obstante, con el voto particular<sup>25</sup> del magistrado Francisco Javier Orduña, partidario de haber distinguido la acción individual de la colectiva y de devolver las cantidades íntegras cuando se haya anulado una de estas cláusulas. Considera que hace dos años sus compañeros condenaron a las entidades de crédito a cesar en la aplicación de las cláusulas suelo y abstenerse de utilizarlas en el futuro, pero "en ningún caso" se pronunciaron "en relación a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas".

Por ello, Orduña opina que es necesario examinar cada caso individual y, de declararse la nulidad, deberá tener un "efecto devolutivo" de las cantidades percibidas por la aplicación de la cláusula. "Todo ello, sin contar que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado", concluye.

De manera que aunque la sentencia descarta la aplicación de la regla general del artículo 1303 del Código Civil, sin embargo en el voto particular<sup>26</sup> se considera que procedería la aplicación del artículo 1303 del C.C., de forma que la restitución de los intereses debiera operar con alcance "ex tunc", desde la perfección o celebración del contrato de préstamo.

Igualmente Orduña señala que debieran restituirse al prestatario la totalidad de los intereses abonados (en aplicación de la cláusula suelo declarada nula) a la entidad financiera.

En el apartado Octavo del Voto particular, se termina concluyendo que el recurso de casación debió de ser desestimado, y que por tanto, debía haberse confirmado tanto la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusula suelo objeto de examen, como confirmarse también el pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato.

---

<sup>25</sup> Párrafo del voto particular de Orduña sobre la STS 25 marzo 2015: "Es decir, no podemos olvidar que la STS de 9 de mayo de 2013 da respuesta a una acción ejercitada por unas partes procesales, en concreto, una asociación de consumidores de productos bancarios, AUSBANC, como demandante, y unas concretas entidades bancarias como demandadas, por tanto, si al final del pronunciamiento el Tribunal se pronuncia sobre la mal llamada irretroactividad, ese pronunciamiento lo debemos entender realizado sólo y exclusivamente para su sentencia pues en ese marco donde se ha pronunciado".

<sup>26</sup> Apartado cuarto del voto particular.

## 6. CONSECUENCIAS SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 9 MAYO 2013: ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL.

### 6.1. RESUMEN DE LA LEY 1/2013:

Con fecha 15 de mayo de 2013 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de deuda y Alquiler social.

La norma publicada establece, en atención a las “circunstancias excepcionales por las que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera”, una serie de medidas que se dividen en cuatro capítulos:

El primer capítulo establece una serie de medidas que tienen por objeto la suspensión de los lanzamientos por un período de dos años desde la entrada en vigor de la ley, es decir hasta el 15 de mayo de 2015 que afecten a los deudores que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y que además se encuentren en determinadas circunstancias económicas.

La situación de especial vulnerabilidad se define respecto de determinadas circunstancias familiares, (familias numerosas, o con menores de tres años a cargo, etc.), con situaciones de agotamiento de prestaciones por desempleo, con discapacitados a su cargo o en las que exista una víctima de violencia de género.

Las circunstancias económicas son:

- unos ingresos inferiores a tres veces el indicador de renta de efectos múltiples (que es de 6.390,13 Euros para el 2013), aunque puede ser de cuatro o cinco veces en caso de convivencia con discapacitados;
- Que se haya producido una reducción significativa de la situación económica en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda;
- Que la cuota supere el 50 por ciento de los ingresos de todos los miembros de la unidad familiar y
- Que se trate de la única vivienda del deudor.

El Capítulo II establece determinadas modificaciones de la normativa hipotecaria que limitan los intereses de demora en hipotecas constituidas sobre vivienda habitual a tres veces el interés legal del dinero prohibiéndose su capitalización, y estableciéndose que en caso de que el valor de realización no sea suficiente para cubrir el valor de la deuda, este valor se aplicaría en todo caso antes al principal y después a los intereses de demora.

Estas modificaciones afectan al régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados. Se establece el requisito de que en las escrituras de préstamo hipotecario conste el carácter de vivienda habitual o no.

Se aplica a estas enajenaciones extrajudiciales la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en el sentido de establecer mecanismos de suspensión del procedimiento en caso de que existan cláusulas abusivas en el título.

El Capítulo III Recoge modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil para proteger los derechos del deudor hipotecario y para que en su conjunto se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Así, para el caso de enajenaciones de vivienda habitual se permite la condonación de parte de la deuda remanente tras la ejecución de la hipoteca si el deudor paga el 65% en cinco años o el 80% en 10. También se regula la participación futura del deudor en la revalorización de la vivienda. (el 50 por ciento de la plusvalía en si la vivienda adjudicada al acreedor o al cesionario del remate se enajena en 10 años).

También se establece que en el caso de ejecución de hipoteca sobre vivienda habitual el valor de tasación no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que se fijó al conceder el préstamo. Asimismo se elevan los porcentajes de adjudicación para el caso de que no concurra postor hasta el 70 por cien (antes era el 60 por cien).

Se modifica asimismo, a consecuencia de la sentencia del tribunal de justicia de la Unión Europea, el procedimiento de ejecución al efecto de que el juez de la ejecución analice de oficio o a instancia de parte el carácter abusivo de las cláusulas del título. Se establece como causa de oposición a la ejecución la existencia de cláusulas abusivas en el título.

Finalmente. el capítulo IV establece modificaciones en el RDL 6/2012 de 9 de marzo de protección del deudor hipotecario, modificando el “umbral de exclusión”, y se modifica el Código de Buenas Prácticas para la Reestructuración Viable de las Deudas con Garantía Hipotecaria sobre la Vivienda Habitual.

La Disposición Adicional Primera por su parte encomienda al gobierno la promoción junto con el sector financiero de un fondo social de viviendas que proporcione cobertura a quienes hayan resultado desalojados de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario.

En cuanto al régimen transitorio, resulta de gran interés la Disposición Transitoria Cuarta que establece el régimen transitorio aplicable a los procedimientos ahora en marcha y que básicamente dispone que se podrá interponer en el plazo preclusivo de un mes, es decir hasta el 16 de junio de 2013 un recurso extraordinario para plantear oposición al procedimiento ejecutivo sobre la base de la existencia de cláusulas abusivas en el título.

## 6.2. MODIFICACIONES RESPECTO DE LA CLÁUSULA SUELO:

En la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social se ha regulado en su artículo 6 que en la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente,

una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. De manera que en los contratos que incluyan cláusulas suelo o techo, se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

El artículo 6 regula el fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios y en su tenor literal establece lo siguiente:

*“1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.*

*2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;*

*b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;*

*c) que se concedan en una o varias divisas.”*

La redacción de este precepto es profundamente criticable, ya que parece desconfiar de que el notario realice adecuadamente su deber de asesoramiento.

La norma puede ser lógica en la contratación privada con los consumidores, pero parece innecesaria cuando se contrata con la intervención de un notario.

Al respecto, el Banco de España en su Guía de acceso al préstamo hipotecario regula aspectos en relación a las cláusulas suelos y techos.

En primer término, en su artículo 5.6<sup>27</sup> regula el uso de los suelos y los techos. En ese sentido, se explica el significado de las cláusulas suelos y techos, estableciendo o

---

<sup>27</sup> Artículo 5.6. Guía de acceso al préstamo hipotecario: 5.6 Uso de los «suelos» y de los «techos» En algunos préstamos hipotecarios se incluyen cláusulas por las que se limita la variación del tipo de interés, lo que comúnmente se denominan «suelos» y «techos». Mediante este tipo de cláusulas se limitan bien las bajadas del tipo de interés variable resultante de la revisión por debajo de un cierto valor (suelo), bien las subidas (techo), o tanto las bajadas como las posibles subidas. En el caso de que se limiten las subidas, el posible beneficio es para el cliente, ya que, si el tipo de interés llegase a superar dicho límite (el llamado «techo»), se aplicaría este. Ahora bien, si se limitan las bajadas, en aquellos préstamos que tengan este límite inferior (el llamado «suelo»), cuando la aplicación del tipo de interés pactado diera como resultado

siguiente. “.....Mediante este tipo de cláusulas se limitan bien las bajadas del tipo de interés variable resultante de la revisión por debajo de un cierto valor (suelo), bien las subidas (techo), o tanto las bajadas como las posibles subidas. En el caso de que se limiten las subidas, el posible beneficio es para el cliente, ya que, si el tipo de interés llegase a superar dicho límite (el llamado «techo»), se aplicaría este. Ahora bien, si se limitan las bajadas, en aquellos préstamos que tengan este límite inferior (el llamado «suelo»), cuando la aplicación del tipo de interés pactado diera como resultado un tipo de interés inferior a dicho suelo, se aplicaría este y no el resultante de la revisión...”

El artículo concluye diciendo que si el préstamo contiene estas cláusulas, en la información personalizada con las características del préstamo que debe facilitar la entidad antes de su contratación debe hacerse una mención específica y especial a las mismas, indicando el tipo mínimo y máximo a aplicar y la cuota máxima y mínima que habría que pagar como consecuencia de la aplicación de esos techos y suelos. Además, a raíz de la Ley 1/2013, el notario recabará del prestatario su expresión manuscrita de haber sido advertido de este riesgo derivado del contrato.

Como continuación a dicho artículo, en el Anexo IX de la misma Guía se recoge la fórmula de la expresión manuscrita de advertencia de los riesgos del contrato que tiene obligación el notario de recabar del prestatario si el préstamo incorpora cláusulas suelo y techo; si lleva asociada la contratación de instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, o si se concede en una o varias divisas.

A continuación transcribimos el texto determinado al respecto por el Banco de España conforme al mandato dictado por el precepto citado:

*Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario:*

*ii(i) establece limitaciones (indicar cuál/es: suelos y/o techos) a la variabilidad del tipo de interés;*

*i(ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés (indicar cuál), y*

*(iii) está concedido en la/s siguiente/s divisa/s (indicar cuál/es).*

---

un tipo de interés inferior a dicho suelo, se aplicaría este y no el resultante de la revisión. Esta situación beneficia a la entidad prestamista, que de este modo se asegura unos ingresos mínimos en momentos de bajadas de tipos de interés. En cualquier caso, es el cliente quien debe prestar atención y valorar la diferencia existente entre el suelo y el techo, y la relación que estos guardan con el tipo de referencia seleccionado. Estas cláusulas (cláusulas techo, suelo, o techo y suelo) están previstas en la normativa de transparencia (actualmente en la Orden EHA/2899/2011). Ahora bien, si el préstamo que se ofrece las tiene, en la información personalizada con las características del préstamo que debe facilitar la entidad antes de su contratación debe hacerse una mención específica y especial a las mismas, indicando el tipo mínimo y máximo a aplicar y la cuota máxima y mínima que habría que pagar como consecuencia de la aplicación de esos techos y suelos. Además, a raíz de la Ley 1/2013, el notario recabará del prestatario su expresión manuscrita de haber sido advertido de este riesgo derivado del contrato.

*Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que:*

*a) el tipo de interés de mi 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);*

*b) las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y*

*c) mi préstamo no se expresa en euros y, por lo tanto, el importe en euros que necesitaré para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de (moneda del préstamo/euro).*

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2014<sup>28</sup> ha entendido que este artículo es aplicable incluso cuando el instrumento de cobertura de riesgo no está asociado obligatoriamente al préstamo, sino que está simplemente relacionado con él, al preverse en la escritura, entre otras bonificaciones, una rebaja del tipo de interés si se consiente voluntariamente en su contratación.

## 7. SITUACIÓN ACTUAL:

### 7.1. INFORME COMISIÓN EUROPEA SOBRE ASUNTO PREJUDICIAL C-154/15 SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES COBRADAS POR APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO.

Por último, el 24 de septiembre de 2015, la Comisión Europea ha emitido un informe a petición del Tribunal de Justicia de la UE sobre el asunto prejudicial C-154/15 que contradice la doctrina del Tribunal Supremo español pues estima que no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de lo pagado por el consumidor, ya que si una cláusula es declarada nula lo es desde el origen.

Este informe contiene las alegaciones presentadas ante el TJUE sobre la retroactividad de la devolución de las cantidades cobradas de más por los bancos en aplicación de las cláusulas suelo tras la **cuestión prejudicial planteada** por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, presentada en abril de 2015.

En caso de prosperar dicho criterio saldrán beneficiadas miles de familias afectadas por las cláusulas suelo bancarias, de manera que si son declaradas nulas, verían devueltas

---

<sup>28</sup> Publicado en el BOE el 27 de febrero de 2014.

todas las cuantías cobradas indebidamente desde el momento mismo en que firmaron el contrato y no desde el 9 de mayo de 2013.

Además, las sentencias del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo quedarían anuladas ya que fijan un límite temporal a la devolución de este dinero cobrado indebidamente: el 9 de mayo de 2013, fecha de su primera resolución que anuló, por abusivas, las cláusulas suelo de tres entidades. La razón que esgrimió entonces el Supremo para impedir la devolución del dinero cobrado indebidamente desde el principio fue que, de otra manera, se causaría un "grave trastorno" a la economía nacional.

La Comisión tiene un criterio muy diferente y defiende ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ningún tribunal nacional puede limitar en el tiempo los efectos de declarar nula una cláusula de un contrato hipotecario por ser abusiva y que la devolución del dinero debe ser realizada desde el momento mismo en que la cláusula anulada entró en vigor.

La Comisión Europea sostiene en su informe que el Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores protege que los efectos de la anulación de una cláusula abusiva se extienden a todo el tiempo en la que ésta estuvo en vigor. La Comisión defiende que, conforme a los artículos 6.1. y 7.1 de la Directiva de Protección del Consumidor y a la reciente jurisprudencia del TJUE, "no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor -y a la que está obligado el profesional- en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia".

Lo dispuesto por dicha Directiva "es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad extiende su efectos hasta la declaración de nulidad" de la cláusula suelo.

A pesar de que el Tribunal Supremo ha fijado el criterio sobre la retroactividad de declaración de nulidad de las cláusulas suelo con la devolución de los importes cobrados irregularmente bajo este concepto desde el 9 de mayo de 2013, ha existido disparidad de criterios entre las Audiencias Provinciales a la hora de aplicar la retroactividad en las acciones acumuladas de cantidad contra las entidades financieras, y se han dictado sentencias que no siguen el criterio del Tribunal Supremo, y obligan al banco a devolver lo percibido por la aplicación de la cláusula declarada nula desde el origen, es decir, desde que se formalizó la hipoteca..

Por todo ello, la Comisión respetuosamente propone al TJUE responder a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada sobre que la interpretación de la "no vinculación" del art. 6.1 de la Directiva, es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la cláusula suelo extiende sus efectos hasta la declaración de nulidad de la misma, sino que ha de surtir efectos *ex tunc*.

Igualmente, La Comisión propone al TJUE que conteste que no es posible en virtud del Derecho de la UE que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las

cantidades que ya ha pagado el consumidor, pues más allá de la excepción mencionada de salvaguarda de la seguridad jurídica, no existe límite alguno a los efectos de la “no vinculación” de las cláusulas abusivas.

## 7.2. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA SOBRE ACCIONES INDIVIDUALES RELATIVAS A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que entró en vigor en el pasado 1 de octubre, modifica el artículo 82.2<sup>o29</sup>, apartado 2 (artículo 21 de la Ley Orgánica 7/2015).

A partir de la entrada en vigor de dicha ley, es decir, a partir del 1 de octubre de 2015, los Juzgados de Primera Instancia tendrán competencia sobre acciones individuales relativas a las condiciones generales de la contratación.

Ello quiere decir que a partir de ese momento las demandas de reclamación de la nulidad de la Cláusula Suelo y devolución, en su caso, de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria de turno serán competencia de los Juzgados de Primera Instancia.

La modificación de esta Ley Orgánica del Poder Judicial modifica sin embargo aquel artículo al limitar el alcance competencial del mismo, al señalar ahora en su artículo Veintitrés que «1. Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) “d) Las acciones **colectivas** previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios”.

En definitiva, se limita la competencia del Juzgado de lo Mercantil a las demandas “colectivas”, mientras que la reclamación individual de nulidad de las cláusulas suelo pasan a ser competencia de los Juzgados de Primera Instancia.

Todo ello supone, que se va a librar la carga de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil.

---

<sup>29</sup> Artículo 82.2.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, salvo las que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de materia laboral, debiendo especializarse a tal fin una o varias de sus Secciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica. Estas Secciones especializadas conocerán también de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de primera instancia en los procedimientos relativos a concursos de personas físicas y a acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación.

### 7.3. PLAZO RECURSO EXTRAORDINARIO PARA PLANTEAR OPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO.

En el ámbito de los procedimientos de ejecución hipotecaria, con la entrada en vigor de la Ley 1/2013 se abrió la posibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria<sup>30</sup> por el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Por lo que se ha añadido un motivo más de oposición a una ejecución hipotecaria, cual es, la existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o que determinen la cantidad exigible.

Dicho plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente.

Es decir, dicha disposición transitoria establece que el régimen transitorio aplicable a los procedimientos ahora en marcha y que básicamente dispone que se podrá interponer en el plazo preclusivo de un mes, es decir hasta el 16 de junio de 2013 un recurso extraordinario para plantear oposición al procedimiento ejecutivo sobre la base de la existencia de cláusulas abusivas en el título.

Aunque por el momento en la práctica no se habían planteado dudas sobre la aplicación de dicha disposición transitoria, al respecto ahora se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia.

Ha sido mediante la sentencia de 29 de octubre del Tribunal de Justicia de la Unión la cual ha declarado contrario a la Directiva 93/12/CEE, el mecanismo de publicidad del plazo preclusivo de un mes establecido en la DT 4ª de la Ley 1/2013, para formular incidente extraordinario de oposición en ejecuciones hipotecarias.

Efectivamente al Tribunal de Justicia no le parece insuficiente el plazo de un mes para formular oposición a la ejecución hipotecaria sino el medio en que se notifica ya que se hace a través de la publicación de dicha ley en el B.O.E.

Debe señalarse que, en el momento de iniciarse el procedimiento de ejecución instado en su contra, estos consumidores fueron informados mediante una notificación individual, que les fue dirigida personalmente, de que tenían la posibilidad de oponerse a la ejecución en un plazo de diez días a partir de esa notificación.. Sin embargo, le parece contraria a la Directiva 93/12/CEE

Por consiguiente, debe señalarse que la disposición transitoria controvertida, en la medida en que prevé que el plazo preclusivo comienza a correr en el presente caso sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un

---

<sup>30</sup> Artículo 695.3. 4.ª de la Ley Enjuiciamiento Civil: El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión.

Por todo ello, la sentencia concluye en consecuencia, diciendo que la disposición transitoria controvertida vulnera el principio de efectividad puesto que existe un riesgo elevado de que ese plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos.

## 8. CONCLUSIONES:

**PRIMERA:** Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificarla como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.

**SEGUNDA:** Para declarar la abusividad y por consiguiente, la nulidad de la cláusula suelo debe darse la circunstancia de encontrarnos en el marco de consumidores y usuarios, de conformidad al artículo 83 del TRLCU.

**TERCERA:** Igualmente debemos encontrar en supuestos de préstamos hipotecarios cuyo finalidad sea la adquisición de vivienda habitual.

**CUARTA:** Para ello, la cláusula suelo debe superar dos filtros de control de transparencia.

- a. El primer filtro es el control de incorporación, que establece que:
  - i. La cláusula debe estar redactada de manera clara y sencilla
  - ii. La información facilitada al consumidor debe ser accesible y posibilitar el conocimiento de la cláusula.
- b. El segundo filtro es el control de transparencia propiamente dicho, o control de contenido el cual tiene por objeto:
  - i. Que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica de la cláusula.
  - ii. Que la información suministrada le permita tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

QUINTA: Las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato y forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario precio que debe pagar el prestatario.

SEXTA: Están sometidas al control de oficio por parte de los jueces con arreglo al art. 8 de la Directiva 93/13/ CEE, así como la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 y a la nueva redacción del artículo 552.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMA: El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

OCTAVA: El conocimiento de una cláusula, sea o no condición general o condición particular, es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

NOVENA: No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

DÉCIMA: Respecto a la devolución de las cantidades, a mi juicio, no tiene sentido declarar la nulidad de la cláusula suelo y, al mismo tiempo, no declarar la nulidad de sus efectos, que es, en definitiva, lo que supone la no devolución de las cantidades ya satisfechas, puesto que si por algo se caracteriza la institución de la nulidad es por su eficacia ex tunc, de modo que, conforme al art. 1303 CC, debieran restituirse las prestaciones ya ejecutadas.

UNDÉCIMA: Comparto la doctrina sostenida por las sentencias del Tribunal Supremo en el sentido de devolver las cantidades por la aplicación de la cláusula suelo sólo a partir del 9 de mayo de 2013 por la dificultad que supondría para las entidades bancarias tener que devolver las elevadas cantidades.

DUODÉCIMA: Desde el punto de vista jurídico, AUSBANC solo ejercitó acción colectiva de cesación y declaración de nulidad de las cláusulas suelo, con la correlativa

eliminación de las mismas y la prohibición de uso futuro. Sin embargo, no se ejercitó una acción de condena a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

DECIMOTERCERA: A pesar de que la sentencia de 9 de mayo de 2013 sentó doctrina en cuanto a la devolución de las cantidades, en la práctica posterior se ha puesto de manifiesto que la irretroactividad de los efectos de la eliminación de la cláusula suelo es una cuestión que no está en absoluto clara, de forma que unas sentencias han optado por seguir la doctrina del Tribunal Supremo y otras, en cambio, han ordenado la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo, con base en el art. 1303 CC y en el hecho de que, al ser pretensiones individuales (y no colectivas). Por lo que, a pesar del carácter irretroactivo que le ha venido otorgando el Tribunal Supremo a la nulidad declarada, muchos son los Juzgados que están condenando a las entidades bancarias a devolver lo indebidamente ingresado por el consumidor como consecuencia del suelo establecido. Y ello porque, según la propia naturaleza de la institución, aquello que es nulo nunca ha existido. Todo ello, ha puesto en riesgo la seguridad jurídica y el orden público económico.

DECIMOCUARTA: Por ello, fue más que necesaria que el Tribunal Supremo se pronunciase de nuevo para aclarar la irretroactividad o no de la declaración de nulidad de las cláusulas suelos, y por consiguiente, la devolución de las cantidades debidas desde el 9 de mayo de 2013.

DECIMOQUINTA: La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 aclara que cuando en aplicación de la doctrina fijada en su sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, se declare abusiva y, por tanto, nula una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 2013, es decir, a partir del 9 de mayo de 2013.

DECIMOSEXTA: El pasado 24 de septiembre de 2015, la Comisión Europea ha emitido un informe a petición del Tribunal de Justicia de la UE sobre el asunto prejudicial C-154/15 que contradice la doctrina del Tribunal Supremo español pues estima que no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de lo pagado por el consumidor, ya que si una cláusula es declarada nula lo es desde el origen.

DECIMOSÉPTIMA: Teniendo en cuenta que siempre que se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lleva aparejada como consecuencia, alguna modificación

es nuestra normativa nacional, nos encontramos de nuevo ante una situación de inseguridad jurídica para los consumidores.

DECIMOCTAVA: A partir del 1 de octubre de 2015, los Juzgados de Primera Instancia tendrán competencia sobre acciones individuales relativas a las condiciones generales de la contratación tras la reciente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello implica que se librerá de carga a los Juzgados de lo Mercantil, que sí seguirán conociendo de acciones colectivas relativas a condiciones generales de la contratación.

DECIMONONA: Los Juzgados de lo Mercantil estaban pronunciándose en su gran mayoría, a favor de los consumidores y había establecido unos criterios para declarar la nulidad de las cláusulas suelo. Sin embargo, ahora tendremos que ver cuál es la tendencia de los Juzgados de Primera Instancia si se decantan más por las entidades bancarias o por lo contrario, por la defensa de los consumidores y usuarios.

VIGÉSIMA: Respecto del plazo preclusivo de un mes para que las partes formulen incidente de oposición que regula la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la sentencia de 29 de octubre ha declarado contrario a la Directiva 93/12/CEE, el mecanismo de publicidad del plazo preclusivo de un mes establecido en la DT 4ª de la Ley 1/2013, para formular incidente extraordinario de oposición en ejecuciones hipotecarias porque no se ha considerado, no por el plazo en sí si no porque le parece insuficiente que se haya publicado a través del B.O.E. y no mediante notificación individual puesto que así hay un riesgo elevado de que ese plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos.

## 9. BIBLIOGRAFÍA:

BALLUGERA GÓMEZ, C. «Las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios de financiación de la vivienda». Presentación del resumen de la STS de 9 mayo 2013 publicado, publicado en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) el 1 de julio de 2013.

CHAPARRO MATAMOROS, P., “Cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Especial referencia a las denominadas ‘cláusulas suelo’”, Revista CEFLegal, nº 157, febrero de 2014.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario a los artículos 1300 a 1310 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Tomo XVII, vol. 2, ed. Revista de Derecho Privado, 1995.

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., et alii, Cláusulas abusivas en la contratación bancaria, Edit. Bosch, Barcelona, 2014.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 84, septiembre/diciembre, 2010, págs. 1645-1798.«Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, (abusa, que algo (ya) no queda)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, enero/abril 2013, págs. 339-355.

HUALDE MANSO, T., «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, mayo 2013, núm. 2, págs. 51 a 65 (BIB 2013, 904).

PÉREZ BENÍTEZ, J. J., « El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo». I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil, Barcelona, Junio 2008.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.,«El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Actualidad Civil*, 29 de mayo de 2013.