



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**LAS CLÁUSULAS SUELO**

**AS CLÁUSULAS SOLO**

**FLOOR CLAUSES**

Alumna: Noelia Vilas Sánchez

Tutora: Noelia Collado Rodríguez

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>II. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN .....</b>	<b>6</b>
1. El concepto de condiciones generales de contratación .....	6
2. Régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación.....	8
3. El concepto de cláusula no negociada individualmente.....	9
4. El control de incorporación de las cláusulas predispuestas por el empresario y no negociadas en los contratos de consumo .....	9
a) El control de inclusión .....	10
b) El control de contenido .....	11
<b>III. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS .....</b>	<b>12</b>
1. Régimen jurídico de las cláusulas abusivas.....	12
2. Clasificación de las cláusulas abusivas.....	13
a) Cláusulas abusivas de contenido sustantivo .....	13
b) Cláusulas abusivas de contenido procesal.....	16
<b>IV. LAS CLÁUSULAS SUELO.....</b>	<b>17</b>
1. Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo.....	17
2. Concepto .....	19
3. La cláusula suelo como: .....	20
a) Contenido esencial del contrato .....	20
b) Objeto principal del contrato .....	21
4. La licitud de la cláusula suelo .....	22
5. Caracteres de la cláusula suelo abusiva.....	23
<b>V. LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO .....</b>	<b>25</b>
1. Fijación judicial de los términos del debate sobre la cláusula suelo .....	25
2. Consecuencias inmediatas de la STS de 9 de mayo de 2013 .....	28
3. La nulidad y cuestiones relativas a la posible subsistencia del contrato .....	30
4. Alcance de la aplicación de la nulidad .....	32
5. El control de oficio.....	33
6. Impacto en los consumidores y fórmulas sustitutivas utilizadas tras la supresión de la cláusula suelo .....	35
<b>VI. LA LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS <i>EX TUNC</i> DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO .....</b>	<b>37</b>
1. <i>Restitutio in integrum</i> como efecto de la nulidad .....	37
2. Jurisprudencia a favor y en contra de limitar la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.....	40
3. Presupuestos y consecuencias jurídicas de la doctrina de la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo.....	42
4. Compatibilidad de la jurisprudencia y normativa nacional y comunitaria en cuanto a la retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo.....	45
<b>VII. CUESTIONES PROCESALES .....</b>	<b>47</b>
1. Competencia objetiva.....	47
2. Competencia territorial.....	50
3. Acumulación objetiva de acciones.....	51
4. Medidas cautelares .....	52
<b>VIII. CONCLUSIONES.....</b>	<b>52</b>
<b>IX. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>54</b>

## ABREVIATURAS

Art	Artículo
CC	Código Civil
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN

Desde finales de los años 90 y hasta nuestros días, la inclusión de las llamadas “cláusulas suelo” en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable ha constituido una práctica muy habitual por parte de las entidades bancarias. En rasgos generales, la cláusula suelo venía imponiéndose por los bancos, generalmente sin proporcionar una información adecuada al respecto, en los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable. La forma de introducirlas en el contrato consistía, en que tras definirse expresamente que el tipo de interés del préstamo variaría al alza y a la baja (en función, generalmente, del Euribor), y tras numerosas páginas con abundante jerga financiera dedicadas a explicar cómo se calcularía dicha variación, se introducía un inciso, apenas destacable, del tipo: *“En cualquier caso, el tipo de interés nunca será inferior al X%”*. El resultado perseguido por las mismas era el de asegurar, en todo caso, el cobro de unas cantidades mínimas (puesto que dichas cláusulas establecen un límite fijo de intereses remuneratorios a la baja) evadiendo así el riesgo de un pronunciado descenso de los índices tomados en consideración para el cálculo de los intereses remuneratorios variables.

Se ha de partir de que tales cláusulas comenzaron a desplegar sus efectos tras el estallido de la “burbuja inmobiliaria” y la crisis económica cuando, entre los años 2008 y 2009, tuvo lugar un pronunciado descenso del Euribor (el principal índice al que están referenciados los intereses en la mayoría de los préstamos).

Fue en este momento cuando los consumidores comenzaron a notar las consecuencias de las cláusulas firmadas en las hipotecas que habían suscrito, ya que a pesar de que en las noticias no dejaba de señalarse la sorprendente bajada del Euribor, no ocurría lo mismo con la cuota que tenían que pagar por su hipoteca.

Durante la ejecución de tales contratos bancarios, los prestatarios se han visto obligados a pagar cantidades superiores a las que se hubieran pagado de no aplicarse la cláusula suelo. Tal circunstancia ha supuesto que un elevado número de demandas hayan sido interpuestas desde entonces a fin de que los tribunales declaren la nulidad de dichas cláusulas, obteniendo el reembolso de la diferencia entre la cantidad que los demandantes pagaron por aplicación de las mismas y lo que hubiera correspondido pagar en concepto de intereses remuneratorios con arreglo al Euribor vigente en cada cuota de amortización.

Los primeros pronunciamientos de nuestros Juzgados y Tribunales fueron en un primer momento variopintos, como sucede con cualquier cuestión novedosa y de cierta

complejidad que se plantee. No obstante, dado el panorama social en el que nos encontrábamos, inmersos de lleno en la crisis financiera y con los desahucios abriendo los titulares de los medios, la mayoría de las resoluciones eran favorables a los consumidores.

Han sido tantos los préstamos hipotecarios que han resultado afectados por este límite mínimo a la variabilidad de los intereses, que el TS, en el año 2013, se vio en la necesidad de sentar una doctrina. La STS de 9 de mayo de 2013 decidió, que prevalecerían las cuestiones de interés general sobre la literalidad del Código Civil, con el fin de evitar que el sector bancario y, en última instancia, el orden público económico, sufriesen trastornos graves irreparables.

Así las cosas, la citada Sentencia acordó limitar los efectos *ex tunc* de la nulidad – previstos en el art. 1303 CC– de dichas cláusulas, de tal forma que solo se devolverían las cantidades que se cobrasen desde la fecha de esa misma Sentencia, es decir, el 9 de mayo de 2013.

Con motivo de la sorprendente doctrina sentada por el TS, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, plantearon al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial de si la limitación de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula era compatible con la Directiva de la Unión Europea protectora de los consumidores y usuarios.

Da respuesta a esta cuestión la esperada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 en la que, apartándose del criterio del Abogado General de la UE, se determinó que no era respetuoso con el contenido de la Directiva limitar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula.

Nada más conocerse el contenido de la Sentencia, el ejecutivo se apresuró a aprobar un Real Decreto-ley<sup>1</sup> que establecía un mecanismo “rápido” y “eficaz” para obtener la devolución de lo cobrado por los bancos, y ello en un plazo máximo de tres meses sin pasar por los Tribunales. Medida ésta que no resultó más que un considerable balón de oxígeno a la banca, ya que la inmensa mayoría de entidades se escudaban en vagas respuestas del estilo “*en su caso, la cláusula es transparente*” o “*usted tenía conocimientos suficientes para conocer el significado y alcance de la cláusula*”.

En el presente trabajo se pretende exponer, en primer lugar, la nulidad de la que pueden adolecer las cláusulas suelo conforme a la legislación de condiciones generales

---

<sup>1</sup> Vid. *Real Decreto- Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*, BOE nº 18, 21/01/2017.

de la contratación y la de consumidores, así como la doctrina jurisprudencial que el TS ha consolidado a este respecto, teniendo en cuenta los efectos derivados de la misma. En segundo lugar, se entrará a analizar la limitación de la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo y su confrontación con el Derecho de la UE. Por último, se hará una evaluación de las distintas cuestiones de naturaleza procesal que se pueden plantear en el ejercicio de las acciones civiles dirigidas contra las cláusulas suelo en orden a obtener su nulidad y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de las mismas.

## **II. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

### **1. El concepto de condiciones generales de contratación**

La contratación por medio de condiciones generales constituye un fenómeno inevitable en la economía moderna, en que una parte de los negocios se realiza a través de lo que se ha podido llamar una contratación en masa<sup>2</sup>. De esta forma, podemos afirmar que las condiciones generales de la contratación son todas aquellas cláusulas, estipulaciones o contenido contractual seguido en los actos en masa por las grandes empresas y potentes suministradores de bienes y servicios<sup>3</sup>. Precisamente, se utiliza el término condiciones generales de la contratación, por su aplicación general a todas las operaciones de crédito asumidas por la entidad financiera.

Por su parte, el art. 1.1 LCGC, define las condiciones generales de la contratación como aquellas *“cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*. De dicha definición, podemos extraer las cuatro características esenciales para poder considerar una cláusula como condición general de la contratación, a saber: predisposición, imposición, generalidad y contractualidad<sup>4</sup>.

El requisito de la predisposición significa redacción previa y unilateral del contenido contractual por parte del profesional<sup>5</sup>. Por tanto, la predisposición se caracteriza por la falta de negociación entre las partes sobre el contenido contractual,

---

<sup>2</sup> Vid. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 29.

<sup>3</sup> Vid. Lasarte. C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 137.

<sup>4</sup> Vid. Nieto Carol, U., (dir), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 124-125.

<sup>5</sup> *Ibid*, pp. 127-131.

cuya confección ha sido realizada antes de la celebración del contrato y de modo unilateral por el profesional.

Concurre el elemento de la imposición cuando las condiciones generales predispuestas por una de las partes son impuestas a la otra que, si desea obtener la prestación contractual ofrecida por el predisponente, ha de ser precisamente sometiendo a tales condiciones, sin posibilidad alguna de que sean sustituidas por otras fruto de la negociación<sup>6</sup>. Este elemento es, con toda probabilidad, la mayor evidencia de la situación de superioridad en que se encuentra el predisponente con relación al adherente en el momento de la celebración del contrato, pues le permite someter al adherente a unas condiciones contractuales no negociadas.

Lo más relevante del elemento de la generalidad no es tanto que un profesional, o un tercero, haya redactado unas cláusulas contractuales con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos, sino que lo importante es que efectivamente haga uso de ellas en el tráfico jurídico, realizando contratos e imponiéndolas a la contraparte<sup>7</sup>.

El requisito de la contractualidad, radica en que las condiciones generales de la contratación son tales porque se elaboran para su incorporación por parte del profesional a una pluralidad de contratos<sup>8</sup>. Las condiciones, evidentemente, no son de por sí un contrato, pero su vocación natural es determinar la regla aplicable a la pluralidad de relaciones entablada por un mismo profesional con un número más o menos amplio de contratantes.

En definitiva, unas cláusulas son condiciones generales de la contratación cuando, predispuestas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, son efectivamente utilizadas por el profesional en dicha pluralidad de contratos.

Además de dotar de contenido positivo a la definición de condiciones generales de la contratación, el art. 1.1 LCGC señala algunos elementos que, aún concurrentes, no desmienten la existencia de tales condiciones. Así, no incide en la calificación de unas condiciones como generales de la contratación: la autoría material, su apariencia externa, su extensión o cualquier otra circunstancia siempre y cuando hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

---

<sup>6</sup> Ibid, pp. 131-136.

<sup>7</sup> Ibid, pp. 137-138.

<sup>8</sup> Ibid, pp. 138-140.

El concepto de condiciones generales de la contratación que ofrece el art. 1.1 LCGC vale no sólo a los efectos de dicha Ley, sino para todo el ordenamiento jurídico español. Ello quiere decir que, cualquier norma jurídica que emplee el término condiciones generales de la contratación, el mismo deberá ser entendido en los términos descritos en dicho artículo.

## **2. Régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación**

En nuestro derecho interno no hubo ninguna norma específicamente destinada a dotar de disciplina jurídica a las condiciones generales de la contratación hasta la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), en el año 1980 y de la LGDCU en el año 1984.

En el ordenamiento jurídico español se regula por primera vez el control de contenido de las condiciones generales de contratación en la Ley 50/1980<sup>9</sup>. Esta norma supuso una transformación considerablemente significativa del estado de nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta la práctica inexistencia de normas reguladoras de este fenómeno negocial<sup>10</sup>.

Cuatro años más tarde, se promulgó la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), que estableció un régimen jurídico completo para el fenómeno de las condiciones generales de la contratación y, a diferencia de la LCS, ésta delimitaba expresamente su ámbito de aplicación a las cláusulas de carácter general insertas en contratos con consumidores y usuarios<sup>11</sup>.

Ambas normas han conformado, hasta la promulgación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), el núcleo de la disciplina jurídica de las condiciones generales.

Tras varios intentos legislativos, el 14 de abril de 1998 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la vigente Ley 7/1998 y, como establece su propia Exposición de Motivos, mediante la misma se transpone a nuestro ordenamiento jurídico la ya mencionada Directiva 93/13/CEE. La LCGC, a diferencia de las iniciativas legislativas que le preceden, excluye la aplicación del control de contenido de las condiciones generales insertas en contratos entre profesionales. Asimismo, modifica la derogada

---

<sup>9</sup> Vid. *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*, BOE nº 250, 17/10/1980.

<sup>10</sup> Vid. Pagador López, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, cit., pp. 57.

<sup>11</sup> Según la derogada Ley 26/1984 se entenderán por cláusulas abusivas “*el conjunto de las cláusulas redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos [...] cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate*”.

LGDCU y extiende el ámbito de aplicación del control de contenido, no sólo a las condiciones generales de la contratación, sino también a las cláusulas predispuestas en un contrato particular al que el consumidor se limite a adherirse.

Así las cosas, la promulgación de la LCGC ha supuesto el establecimiento de un texto legal destinado a dotar de disciplina jurídica global el empleo de las condiciones generales, incorporando de esta forma a nuestro Derecho interno las exigencias de la Directiva sobre cláusulas abusivas<sup>12</sup>.

### **3. El concepto de cláusula no negociada individualmente**

Además del régimen de las condiciones generales de la contratación, la LCGC ha regulado también la disciplina de las cláusulas abusivas, con motivo de la incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva 93/13/CEE. Como punto de partida, debemos tener en cuenta que la Directiva es completamente ajena al concepto de condiciones generales de la contratación, ya que utiliza la locución “cláusula no negociada individualmente”. La Directiva, por tanto, no exige la generalidad en la utilización por parte del profesional de las cláusulas abusivas, sino únicamente la no negociación individual de la cláusula.

El objeto de regulación de la LCGC es, por consiguiente, más amplio que el tradicional de condiciones generales de los contratos ya que, las cláusulas a las que se refiere la Directiva, comparten formalmente con las condiciones generales el carácter de estipulaciones o cláusulas contractuales, así como la nota de la predisposición por parte del empresario o profesional, y la imposición al consumidor; distinguiéndose de aquellas, sin embargo, en que no se requiere que hayan sido redactadas con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos<sup>13</sup>. Así pues, de los cuatro requisitos comúnmente predicados de las condiciones generales, la generalidad no está presente en las cláusulas definidas por la Directiva y reguladas por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU).

### **4. El control de incorporación de las cláusulas predispuestas por el empresario y no negociadas en los contratos de consumo**

El comúnmente denominado control de incorporación de las cláusulas o estipulaciones en el contrato, es un mecanismo de control de naturaleza formal, puesto que la Ley establece una serie de deberes y requisitos formales relativos a las cláusulas o estipulaciones no negociadas que el predisponente debe satisfacer si quiere que pasen

---

<sup>12</sup> Ibid, pp. 61.

<sup>13</sup> Vid. Busto Lago, J.M. (coord.), *Reclamaciones de Consumo*, cit., pp. 165-166.

a formar parte del contrato<sup>14</sup>. La finalidad de la normativa reguladora del control de inclusión, es la de conseguir que quien se adhiere a una cláusula predispuesta por el profesional sea capaz de tener un conocimiento real de su contenido. Así las cosas, el consentimiento forzado del adherente sólo será válido si supera este control.

Los requisitos y deberes formales que integran el control de incorporación han sido establecidos en el TRLGDCU, de tal forma que las cláusulas no negociadas, para poder ser incorporadas a los contratos, han de cumplir los siguientes requisitos:

**a) El control de inclusión**

El control de inclusión en el ámbito de los contratos con cláusulas predispuestas es el primero que debe hacerse, y consiste en probar que el adherente tuvo ocasión u oportunidad real de conocer dichas cláusulas al tiempo de la celebración del contrato. En este sentido, la carga de la prueba recae sobre el predisponente<sup>15</sup>. Posteriormente, será necesaria la fiscalización de las cláusulas a través de un control de contenido ya 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<sup>16</sup>.

El régimen del control de inclusión se encuentra ubicado en los arts. 5 y 7 LCGC y 80.1, letras a) y b) TRLGDCU. Los arts. 5 y 7 LCGC se aplican con carácter general, es decir, a cualesquiera contratos celebrados mediante condiciones generales. Por su parte, el art. 80.1, letras a) y b) TRLGDCU establece las condiciones que deben reunir las cláusulas no negociadas individualmente para entenderse incorporadas a los contratos celebrados con consumidores.

De acuerdo con el art. 80.1 TRLGDCU y con el 5.4 LCGC, las cláusulas deberán ser redactadas con transparencia, claridad, concreción y sencillez. De acuerdo con el art. 7b) LCGC, no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Es decir, el legislador pretende que las cláusulas que queden incorporadas a los contratos sean, por una parte, legibles y susceptibles de ser percibidas y, por otra, cognoscibles o susceptibles de ser entendidas<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Ibid, pp. 175.

<sup>15</sup> Vid. Plaza Penadés, J., *Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la irretroactividad de las cláusulas suelo*, Diario La Ley, nº 8553/2015, pp.3.

<sup>16</sup> Vid. 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*, Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Barcelona, 2008, pp. 8.

<sup>17</sup> Vid. Vázquez Muiña, T., *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018, pp. 199-203.

Cabe señalar que cuando el adherente acepta las cláusulas predispuestas que han cumplido los requisitos de inclusión y que, por ende, forman parte del contrato, indefectiblemente emite su consentimiento hacia las mismas. Dicho consentimiento no se configura como un consentimiento negocial *stricto sensu*, sino como un consentimiento negocial degradado por parte del cliente, pues no existe un conocimiento efectivo del clausulado<sup>18</sup>. En este sentido, podría decirse que el adherente emite su consentimiento respecto de la existencia de las cláusulas predispuestas, pero no sobre su contenido<sup>19</sup>.

Por último, cabe indicar que, a fin de determinar si un clausulado de condiciones generales puede considerarse que ha superado el control de inclusión, no hay que atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino a las del contratante medio del sector del tráfico comercial concernido<sup>20</sup>. No obstante, respecto de algunos contratos de elevada complejidad técnica en sus condiciones generales, como son los contratos de préstamo hipotecario o cuando el consumidor pueda ser considerado como vulnerable, el nivel de transparencia habrá de elevarse para adecuarse<sup>21</sup>.

Es importante en este sentido, tener en cuenta que el requisito de la redacción se aplica tanto a los contratos escritos como a los perfeccionados por cualquier otro modo, a los que se pretendan incorporar cláusulas no negociadas o condiciones generales que consten por escrito en cualquier soporte.

#### **b) El control de contenido**

El examen de la comprensibilidad real da respuesta al marcado carácter de información precontractual que posee el deber de transparencia del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, pues, en este segundo examen, es preciso 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<sup>22</sup>. Con este control de contenido, se pretende

---

<sup>18</sup> Vid. Nieto Carol, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 226.

<sup>19</sup> Vid. Cañizares Laso, A., *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de contratación. Las cláusulas suelo*, Revista de Derecho Civil, nº 3/2015, pp. 77-78.

<sup>20</sup> Vid. Vázquez Muíña, T., *La nulidad de la cláusula*, cit., pp. 204.

<sup>21</sup> Vid. Díaz Alabart, S. (coord.), *Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas*, Reus, Madrid, 2016, pp. 79.

<sup>22</sup> Vid. *Sentencia nº 241/2013 de 9 de Mayo de 2013*, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pp. 73.

asegurar que el consumidor tiene la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto<sup>23</sup>.

### **III. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

#### **1. Régimen jurídico de las cláusulas abusivas**

Las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran reguladas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>24</sup> según el cual, serán consideradas cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que causen un perjuicio al consumidor y lo sitúen en una situación de desequilibrio frente al empresario<sup>25</sup>. Por su parte, el art. 8.2 LCGC<sup>26</sup> contempla la nulidad de las cláusulas abusivas de acuerdo con la definición dada en el TRLGDCU.

En el ámbito descrito, la expresión cláusula abusiva se emplea para calificar el contenido de una determinada cláusula predispuesta cuando no supera el juicio de abusividad recogido en las normas mencionadas.

A nivel europeo, la regulación de las cláusulas abusivas se contiene, principalmente, en la Directiva 93/13/CEE, la cual fue adoptada con la finalidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, de forma que se estableciese un mercado interior único para obtener una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas<sup>27</sup>.

La referida Directiva exige también a los Estados miembros velar por que existan en sus respectivas legislaciones internas medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En resumen, la Directiva 93/13/CEE prevé el control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas en contratos con consumidores cuando no superan las normas de transparencia para la comercialización de las mismas, es decir, como ya se ha indicado, cuando no están redactadas de forma clara y comprensible, puesto que la

---

<sup>23</sup> Vid. Vázquez Muíña, T., *La nulidad de la cláusula*, cit., pp. 207.

<sup>24</sup> Vid. *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*, BOE nº 287, 30/11/2007.

<sup>25</sup> *Ibid.* Art. 82.

<sup>26</sup> Vid. *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*, BOE nº 89, 14/04/1998.

<sup>27</sup> Vid. Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 50-56.

apreciación del carácter abusivo nunca se dará a unas cláusulas redactadas de conformidad con las normas de transparencia<sup>28</sup>.

## **2. Clasificación de las cláusulas abusivas**

El TRLGDCU prevé, además de la cláusula general de abusividad contemplada en el art. 82.1, una lista de cláusulas que, en todo caso, han de ser consideradas abusivas. Éste es el sentido del art. 82.4 al disponer que en todo caso serán abusivas las cláusulas previstas en los arts. 85 a 90.

Una de las cuestiones que se han planteado en torno a tales artículos es si los mismos contemplan una lista negra de cláusulas abusivas o si, en cambio, nuestro legislador ha optado por la fórmula de las listas grises<sup>29</sup>. La diferencia de un sistema u otro estriba en la necesidad de realizar o no un juicio posterior para determinar la abusividad de la cláusula concreta. En una primera aproximación, cabría entender que en nuestro ordenamiento jurídico no es necesario efectuar, en principio, dicho enjuiciamiento, pues la existencia de alguna de las cláusulas previstas en los artículos 85 a 90, es sancionada automáticamente con la nulidad de la misma<sup>30</sup>. Sin embargo, como destaca la doctrina, el elenco de cláusulas abusivas previsto se adapta a un sistema mixto, ya que abarca cláusulas precisas y otras que requieren una labor de concreción<sup>31</sup>.

El legislador español clasifica las referidas cláusulas abusivas en seis grupos, según vinculen el contrato a la voluntad del empresario (art. 85), limiten los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86), determinen la falta de reciprocidad en el contrato (art. 87), impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o indebidamente la carga de la prueba (art. 88), resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89) o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90). No obstante, las mismas se pueden clasificar según sean de contenido sustantivo o de contenido procesal.

### **a) Cláusulas abusivas de contenido sustantivo**

Las cláusulas de contenido sustantivo que el legislador considera abusivas, en todo caso, son las previstas en los artículos 85 a 89 del TRLGDCU, y la dispuesta en su artículo 90.3 sobre derecho aplicable. No obstante, ha de excluirse de esta relación las

---

<sup>28</sup> Vid. Cámara Lapuente, S., *No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia*, Centro de estudios de consumo, Universidad de La Rioja.

<sup>29</sup> Vid. Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas*, cit., pp. 150-151.

<sup>30</sup> Vid. Díez- Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I*, Civitas- Thomson Reuters, Navarra, 2007, pp. 466.

<sup>31</sup> Vid. Cardaso Palau, J., *La lista negra de cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales*, Revista Jurídica Española La Ley, Madrid, 2000, pp. 1690-1694.

referidas, en el artículo 88, apartados 2 y 3, a la indebida imposición de la carga de la prueba al consumidor, cuyas implicaciones son procesales.

En el art. 85 TRLGDCU se enumeran una serie de cláusulas abusivas por vincular cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario. En particular, las referidas a plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, ya que le permiten al empresario situarse en una situación de superioridad respecto del consumidor<sup>32</sup>; las referidas a prórrogas automáticas en contratos de duración determinada, en este sentido, debemos destacar que el legislador no pretende imposibilitar, en todos los casos, la prórroga de los contratos cuando el consumidor no se manifiesta en contra, sino únicamente cuando se fija un límite que impide al consumidor manifestar su voluntad de forma efectiva, como puede ser la fijación de una fecha límite demasiado lejana en relación al término del contrato<sup>33</sup>; a facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, ya que se trata de impedir que determinados aspectos del contrato queden al arbitrio del empresario; a facultades de resolución anticipada siempre que al consumidor no se le reconozca la misma facultad o, en el caso de contratos de duración indefinida, cuando la facultad pueda ejercitarse en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable; a la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato para impedir que el consumidor quede sujeto al mismo pese a los incumplimientos del empresario; a la imposición de indemnizaciones desproporcionadamente altas ante el incumplimiento de las obligaciones del consumidor, para impedir que sean sancionados de forma desorbitada; a las condiciones vinculadas únicamente a la voluntad del empresario, para impedir que supedite el cumplimiento de las obligaciones a una condición cuya realización dependa exclusivamente del mismo mientras que al consumidor se le ha exigido un compromiso firme<sup>34</sup>; a las fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario; a la falta de respeto de acuerdos o compromisos adquiridos por los mandatarios o representantes del empresario para impedir que se defraude la confianza y las reglas generales en virtud de las cuales la contratación no requiere ninguna formalidad especial<sup>35</sup>; a la estipulación de precios

---

<sup>32</sup> Vid. Díez- Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 467.

<sup>33</sup> Vid. Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 798-800.

<sup>34</sup> Vid. Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas*, cit., pp. 161.

<sup>35</sup> Vid. Díez- Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 470-471.

diferida, permitiendo las adaptaciones del precio a índices legales siempre que en el contrato se describa explícitamente la forma de variación del precio; y a los derechos del empresario a determinar el cumplimiento del contrato.

El art. 86, por su parte, enumera una serie de cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario y en particular, todas aquellas que prevean: la exclusión o limitación inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total, parcial o defectuoso del empresario; la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato; la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero; la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación; la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario; las que impongan renunciaciones a la entrega del documento acreditativo de la operación; y las que impongan cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor.

También en el art. 87 se concretan cláusulas reguladoras de aspectos sustantivos que, en este caso, son abusivas por originar una falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe y en perjuicio del consumidor. En este sentido, serán cláusulas abusivas de acuerdo con el contenido del artículo: las estipulaciones que impongan obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aún cuando el empresario no hubiese cumplido los suyos; las cláusulas por las que se prevea la retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario; las que autoricen al empresario a resolver el contrato discrecionalmente cuando al consumidor no se le reconozca la misma facultad; las cláusulas por las que se permita al empresario quedarse con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones todavía no efectuadas cuando es él mismo quien resuelve el contrato; las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva; y las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato.

Por su parte, el apartado primero del artículo 88, considera abusivas las cláusulas que supongan la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

El art. 89 establece una serie de cláusulas abusivas por resultar desproporcionadas en el perfeccionamiento y ejecución del contrato. En concreto, las referidas a: declaraciones efectuadas por el consumidor o usuario sobre hechos ficticios o declaraciones de adhesión a cláusulas que no ha tenido oportunidad real de conocer; consecuencias económicas para el consumidor por errores administrativos o de gestión que no le son imputables; cláusulas que imponen los gastos de documentación y tramitación al consumidor, pues corresponden al empresario por mandato legal; cláusulas que imponen al consumidor bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados; incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones; la negativa a cumplir obligaciones o prestaciones por el empresario; la imposición de condiciones de crédito para los supuestos de descubiertos en cuenta corriente; y las previsiones de pactos por los que el consumidor renuncie o concierte respecto a su derecho a la elección del notario competente.

Por último, el art. 90.3 considera abusivas las cláusulas que dispongan la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

#### **b) Cláusulas abusivas de contenido procesal**

Las cláusulas abusivas integrantes de la referida lista que regulan aspectos procesales son las previstas en los artículos 88 (apartados 2 y 3) y 90 (apartados 1 y 2) TRLGDCU. Estas cláusulas están referidas a la atribución de la carga de la prueba, a la competencia de los tribunales y a la sumisión a arbitrajes<sup>36</sup>.

En el art. 88, apartados 2 y 3, se establecen las cláusulas que se consideran abusivas por imponer indebidamente la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Así las cosas, el art. 88.2 TRLGDCU, considera abusivas las estipulaciones que impongan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante. Específicamente, y de acuerdo con el art. 88.3, se contempla que, en los contratos de prestación de servicios financieros a distancia, son abusivas las estipulaciones por las que se imponga al consumidor *“la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor*

---

<sup>36</sup> Vid. Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas*, cit., pp. 172.

*a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia”.*

Por su parte, el art. 90, apartados 1 y 2, contempla las cláusulas que se consideran abusivas sobre sumisión a arbitraje y competencia judicial. En el apartado primero del referido artículo se prevé que será abusiva la estipulación por la que se establezca la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. De esta forma, se impide que el consumidor quede sujeto a arbitrajes ordinarios en los que no se tenga en cuenta el principio de protección del consumidor<sup>37</sup>. Por otro lado, en el apartado segundo, se establece que serán abusivos los pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en el que se encuentre el bien si éste fuera inmueble, por tanto, no todas las cláusulas de sumisión expresa serán abusivas.

#### **IV. LAS CLÁUSULAS SUELO**

##### **1. Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo**

La crisis financiera y económica que comenzó en verano de 2007 ha dejado al descubierto las debilidades del sistema financiero a nivel mundial. Es necesario, en una sociedad moderna y desarrollada, que el sistema financiero descansa en los principios de justa reciprocidad, responsabilidad y transparencia<sup>38</sup>. El propósito de todo sistema financiero debe ser el de alentar la canalización de recursos para la expansión, adecuación y mejora de la economía real, lo que redundará en beneficio de todas las partes implicadas<sup>39</sup>.

Tampoco se debe perder de vista que las entidades financieras que captan depósitos de su clientela para conceder créditos por cuenta propia son inestables por definición, ya que su objetivo directo es captar clientela a corto plazo y prestar fondos a largo plazo, lo que obliga a que se adopten medidas tales como la supervisión pública<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Vid. Menéndez Menéndez, A., y Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 208-209.

<sup>38</sup> Vid. Official Government Edition, *The Financial Crisis Inquiry Report*, Washington, 2011, p. XXII. “*The integrity of our financial markets and the public’s trust in those markets are essential to the economic well-being of our nation. The soundness and the sustained prosperity of the financial system and our economy rely on the notions of fair dealing, responsibility and transparency.*”

<sup>39</sup> Vid. López Jiménez, J.M., *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 35-36.

<sup>40</sup> *Ibid*, pp. 37.

El lucro para los banqueros deriva del distinto tipo de interés con el que retribuyen los depósitos captados y el que repercuten a la clientela por el capital prestado. La diferencia a su favor, una vez descontados los costes de funcionamiento del negocio, es su beneficio. De todas formas, debemos tener en cuenta que este tipo de banca tradicional, basada en los préstamos hipotecarios, se amortiza en plazos temporales dilatados por lo que ha sido necesario complementarla con la prestación de otros servicios a la clientela como servicios neutros, fondos de inversión o planes de pensiones, que han permitido el devengo de comisiones y la ampliación del negocio.

En España todo comenzó en los primeros años del nuevo milenio, obteniendo como fecha clave el año 2007 con la llamada burbuja inmobiliaria, coincidente además con la quiebra de la entidad financiera Lehman Brothers. Durante los años de formación de la burbuja, en el marco de la puesta en marcha del euro, con unos bajos tipos de interés y un fácil acceso al crédito proveniente del exterior, se vivieron años de euforia desmedida.

Cuando un particular, empresa o Administración Pública necesitaba liquidez, fácilmente podía lograr financiación acudiendo a su caja de ahorros o banco más cercano y, en este clima de optimismo, se creó una excesiva confianza que traspasaba las barreras de la realidad financiera.

Ya en el año 2003 el legislador mostró su preocupación por la elevación de los tipos de interés<sup>41</sup>, limitando las subidas de interés a través de la contratación simultánea por los prestatarios de instrumentos financieros complejos que habían de ser necesariamente ofrecidos en el proceso negociador a los solicitantes.

Pero si en 2003 al legislador y a los deudores les preocupaban los altos tipos de interés, a partir de 2007 comenzó a inquietar, ahora a las entidades de crédito, un escenario de bajada de los mismos, especialmente cuando nos encontrábamos con un porcentaje altísimo de contratos de préstamo hipotecario a tipo variable. Fue en este momento cuando se comenzó a incorporar la cláusula suelo a los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable, a pesar de que la misma se encontraba contemplada en la regulación española desde el año 1994<sup>42</sup>.

En este sentido, la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 señala que *“en el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo*

---

<sup>41</sup> Vid. Art. 19, Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, BOE nº 271, 12/11/2003.

<sup>42</sup> Vid. Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, BOE nº 112, 11/05/1994.

*largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el Euribor a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia”<sup>43</sup> y que “para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza –las denominadas cláusulas techo- y a la baja –las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario”.*

A pesar de que la cláusula suelo se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades le han dado un tratamiento impropio secundario, de tal forma que estas cláusulas no llegaron a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios<sup>44</sup>, por lo que los mismos no se detuvieron a valorar la inclusión de dicha cláusula en sus contratos de préstamo hipotecario.

## **2. Concepto**

La cláusula suelo se define como un pacto limitativo de la bajada del tipo de interés aplicable que las entidades financieras incorporan en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable, de forma que, las variaciones a la baja en el índice de referencia no afecten al cálculo de las cantidades a abonar por parte del prestatario por debajo de un parámetro previamente establecido.

De las entrevistas realizadas a las entidades financieras para elaborar el Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios<sup>45</sup>, se puede deducir que el elemento determinante para el establecimiento de las cláusulas se deriva del propósito de las mismas de asegurar la recuperación de los costes mínimos generados por estos productos, y así proporcionar estabilidad a las entidades.

Los costes a los que se hace referencia se pueden dividir en dos grandes grupos: por un lado, 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<sup>46</sup>; y, por otro lado, los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero.

---

<sup>43</sup> Vid. *Sentencia n° 241/2013*, cit., pp. 28.

<sup>44</sup> *Ibid*, pp. 75.

<sup>45</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, n° 457, 07/05/2010, pp. 19-21.

<sup>46</sup> El precio del dinero suele ponerse en relación con el coste de la financiación a corto plazo ofrecida por el Banco Central Europeo o por los mercados monetarios.

Sin embargo, a la vez que afirman que la finalidad de las cláusulas suelo es la recuperación de los costes mínimos generados por los préstamos hipotecarios, también sugieren como motivo justificativo que la implantación de las cláusulas suelo en los contratos impide que existan cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar por los prestatarios.

Esta coexistencia de aseveraciones podría poner en duda el porqué de la existencia de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios que, en principio, parece una justificación de índole económica. Pero, si fuese cierto que las entidades financieras incorporan cláusulas suelo a los préstamos hipotecarios con el fin de recuperar los costes generados por dichos productos, carecería de importancia para ellas el hecho de que las cuotas iniciales a pagar sufrieran o no cambios significativos<sup>47</sup>.

Existe disputa entre la doctrina sobre la función de la cláusula suelo, de un lado se considera que la finalidad de la cláusula suelo es evitar el registro de pérdidas de las entidades bancarias como consecuencia de las fluctuaciones del mercado financiero<sup>48</sup> y, por otro lado, se estima que de esta forma la entidad protege sus márgenes ante la contingencia de la reducción de los tipos de interés, ostentando así las cláusulas suelo la categoría de activo consolidado que protege sus márgenes ante la contingencia prevista<sup>49</sup>.

También ha sido muy criticada la ausencia de indicación de cuáles son los costes de producción y mantenimiento, así como el importe que supone producir préstamos y mantenerlos, puesto que, al no depender del coste del dinero, son perfectamente determinables<sup>50</sup>.

Por todo lo expuesto, parece más adecuado sostener que la cláusula suelo es una estipulación orientada a garantizar un beneficio mínimo y no aquella cantidad que hace que el beneficio sea cero<sup>51</sup>.

### **3. La cláusula suelo como:**

#### **a) Contenido esencial del contrato**

---

<sup>47</sup> Vid. Vázquez Muíña, T., *La nulidad de la cláusula suelo*, cit., pp.

<sup>48</sup> Vid. García Montoro, L., *La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 5/2013, pp. 2,.

<sup>49</sup> Vid. Cadenas de Gea, C., Pareja Sánchez, M., y Casasola Días, J.M., *Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por dónde pisa*, eXtoikos, nº 9/2013, pp. 27.

<sup>50</sup> Vid. Hernández Guarch, C., *La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 6/2013, pp 159.

<sup>51</sup> Vid. Vázquez Muíña, T., *La nulidad de la cláusula suelo*, cit., pp.16-19.

Todo contrato ha de reunir una serie de requisitos o elementos considerados esenciales o necesarios sin los cuales no podría subsistir. En este sentido, el art. 1261 CC establece como elementos esenciales del mismo: la existencia de consentimiento entre las partes contratantes; un objeto cierto que sea materia del contrato; y que exista una causa de la obligación que se establece. Por tanto, si un contrato se encuentra viciado por alguna causa de invalidez, sería declarado nulo por carecer de los requisitos más esenciales establecidos en la normativa.

En contraposición al contenido esencial de los contratos, existe el denominado contenido contingente o accidental, que es todo aquel contenido que se refiere a las disposiciones contractuales que no definen el núcleo del contrato, sino que establecen aspectos adicionales o complementarios cuya finalidad es delimitar o establecer cuestiones y obligaciones accesorias a las principales. Es en este tipo de contenido en el que podemos incluir las cláusulas suelo, ya que su incorporación en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria no es obligatoria.

Esta calificación es trascendental a la hora de estudiar los efectos de la nulidad de las cláusulas, ya que la declaración de nulidad de cláusulas que regulen elementos esenciales del contrato conlleva la nulidad del mismo, salvo que quepa su subsanación, y, en el caso de la declaración de nulidad de elementos accidentales o accesorios del contrato solamente conlleva la nulidad parcial del mismo, siendo nula la cláusula abusiva y subsistiendo el contrato en todo lo demás.

#### **b) Objeto principal del contrato**

En cuanto al objeto principal del contrato, debemos distinguir entre los elementos esenciales y los elementos principales del mismo. En este sentido, el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 señala que *“las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial”*<sup>52</sup>.

Otra tesis sostenida por gran parte de la doctrina, es la que establece como criterio diferenciador el de determinación directa e imprescindible del contenido esencial del contrato, por lo que entienden que las cláusulas suelo carecen de la citada característica, ya que las mismas no operan siempre en el cálculo del precio, sino que dependen del presupuesto de hecho pactado -la bajada del tipo de interés de referencia por debajo del límite establecido- lo que implica que no siempre repercuten en el contrato, pues su aplicación está prevista de forma eventual.

---

<sup>52</sup> Vid. *Sentencia n° 241/2013*, cit., pp. 68-69.

Podemos concluir en este sentido, que la distinción entre elementos esenciales y accesorios del contrato es de gran complejidad, incluso existe doctrina que defiende su carácter no necesario, pues es tan elevado el coste de distinguir entre lo esencial y lo accesorio y sus resultados son tan inciertos e incontrastables, que la misma distinción resulta una tarea estéril<sup>53</sup>. Señalan además, que carece de repercusiones prácticas a la hora de realizar el juicio de abusividad, toda vez que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE indica 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. La licitud de la cláusula suelo**

El informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, afirma que dichas cláusulas se encuentran perfectamente admitidas en nuestro ordenamiento, habiendo previsto el legislador una tutela específica del consumidor a cargo del fedatario público interviniente<sup>54</sup>. Asimismo, el TS ha apreciado la licitud intrínseca de las cláusulas suelo, declarando que aquellas que son enjuiciadas por abusivas es por un defecto de transparencia<sup>55</sup>.

La validez de las cláusulas suelo ha sido discutida jurídicamente, ya sea por falta de proporción o semejanza, ya sea por falta de transparencia, pero ello no faculta a sostener la nulidad en abstracto de la cláusula suelo, pues lo que vicia de nulidad a la cláusula es la falta de transparencia respecto a la misma en el *iter negocial* de la contratación. Es decir, los jueces y tribunales deben asegurarse de si el prestatario pudo conocer la existencia de la cláusula suelo en su préstamo y el alcance de la misma, por lo que es imposible obtener una respuesta genérica sobre la licitud de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, siendo necesario un estudio pormenorizado de cada caso concreto en el que se valore la información precontractual entregada, el nivel de formación del prestatario, sus conocimientos financieros, su profesión, edad, etc.

De hecho, la propia necesidad de estudio singularizado de la transparencia de la cláusula suelo en el proceso de contratación, hace dudar sobre la viabilidad y

---

<sup>53</sup> Carrasco Perera, A., y Cordero Lobato, E., *El espurio control de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación*. STS de 9 de mayo de 2013, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 7/2013, pp.165.

<sup>54</sup> Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 457, cit., pp. 15.

<sup>55</sup> Vid. *Auto de Aclaración de fecha 03/06/2013* dictado por la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo, pp. 5.

oportunidad de anular dichas cláusulas en demandas colectivas, ya que este tipo de demandas impiden el estudio individualizado de cada caso. En este sentido, llama la atención que fuera en este tipo de proceso en el que el TS declara nulas las cláusulas suelo, de forma masiva, sin entrar a valorar la información otorgada a cada contratante o la formación de los propios prestatarios, pues el requisito de transparencia tiene como objetivo último que el consumidor, de conformidad con sus conocimientos, pudiera comprender el alcance de la cláusula<sup>56</sup>.

Así las cosas, el TS proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores, añadiendo en el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 que el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo, no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor<sup>57</sup>.

Defiende, asimismo, la licitud de la cláusula suelo el Banco de España, que en su Memoria del Servicio de Reclamaciones del año 2012, manifiesta que tal limitación es aplicable siempre que se encuentre debidamente recogida en el contrato, si bien extremando las cautelas que aseguran el conocimiento de su existencia y las consecuencias de su aplicación por parte de los clientes con anterioridad a la firma de los documentos contractuales<sup>58</sup>.

## **5. Caracteres de la cláusula suelo abusiva**

El art. 82 TRLGDCU establece que se considerarán cláusulas abusivas *"todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*. No obstante, esta consideración requiere de la concurrencia de determinados presupuestos delimitados por la ley, pues no es suficiente controlar el contenido para considerar una cláusula como abusiva.

Conforme a dicho artículo, el concepto de cláusula abusiva se integra de tres elementos: subjetivo, referido a la condición que han de ostentar los sujetos contratantes; objetivo, en cuanto es de aplicación un control de contenido específico

---

<sup>56</sup> Vid. Agüero Ortiz, A., *Las cláusulas suelo no son objetivamente abusivas, es necesario probar la desinformación*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp.1-2.

<sup>57</sup> Vid. *Auto de aclaración de fecha 03/06/2013*, cit., pp.8-10.

<sup>58</sup> Vid. Banco de España, *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2012*, Madrid, 2013, pp. 119.

previsto en la norma; y formal, relativo a la forma en la que se inserta la cláusula en el contrato<sup>59</sup>.

El concepto de cláusula abusiva se define, entre otros, por los sujetos que intervienen en la formalización del contrato y por la condición que ostentan en el mismo. En este sentido, el art. 82.1 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que se establezcan en perjuicio del consumidor y usuario. De una interpretación literal del artículo se colige que están excluidas las relaciones de empresarios entre sí, así como las relaciones jurídicas entre consumidores.

Por otro lado, denominamos elemento objetivo al control de contenido específico previsto en el TRLGDCU cuya falta de superación conlleva, cuando concurren también los demás presupuestos, la abusividad de la cláusula contractual.

En cuanto al elemento formal, debemos tener en cuenta que una cláusula no es abusiva solo por su contenido, sino además por haber sido predispuesta en contratos entre empresarios y consumidores. El elemento formal del concepto cláusula abusiva está referido, por tanto, al procedimiento empleado por los empresarios en los contratos que celebran con los consumidores, que se caracteriza por la predisposición de un clausulado con carácter previo a la formalización del contrato.

El carácter impuesto de la cláusula suelo es, por tanto, indispensable para calificarla como abusiva, ya que la prueba de la negociación de dicha cláusula excluiría la aplicación tanto del TRLGDCU como de la LCGC, siendo en este caso innecesario entrar a valorar si la cláusula es o no abusiva; excluiría también la aplicación de la Directiva 93/13/CEE pues su ámbito objetivo se circunscribe a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente.

En rasgos generales, una cláusula se considera 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<sup>60</sup>. En otras palabras, concurre este elemento cuando el contenido de las condiciones generales predispuestas por el profesional no puede ser negociado por el adherente que, si desea obtener la prestación contractual ofrecida por el predisponente, ha de ser precisamente sometido a tales condiciones, sin posibilidad alguna de ser sustituidas por otras que sean fruto de la negociación.

---

<sup>59</sup> Vid. Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección*, cit., pp.174.

<sup>60</sup> Vid. *Sentencia n° 241/2013*, cit., pp. 63

En relación a las cláusulas limitativas a la variabilidad del tipo de interés, resultan sumamente ilustrativas las palabras del Ministerio Fiscal, que el propio TS hace suyas en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en las que afirma que existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, nada ni nadie evita al cliente la inserción de las cláusulas suelo y techo<sup>61</sup>.

Debemos tener en cuenta que cuando se habla de negociación y de adhesión no se hace referencia necesariamente a la existencia de un cruce de propuestas entre empresario y consumidor a partir de las cuales se llegue a la redacción conjunta de la cláusula, sino que lo que pretende la legislación es proteger al consumidor frente a contenidos contractuales que no se ha detenido a considerar ni ponderar con un mínimo detenimiento<sup>62</sup>. De igual forma, debe tenerse en cuenta que la nota de la imposición no está presente en aquellas cláusulas que, habiendo sido objeto de negociación, han sido mantenidas con la redacción inicial del predisponente.

De cualquier manera, cabe presumir que no ha existido negociación si la cláusula en cuestión ha sido, o está siendo incorporada, como condición general, a una pluralidad de contratos celebrados por el mismo empresario o profesional.

## **V. LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO**

### **1. Fijación judicial de los términos del debate sobre la cláusula suelo**

Durante los últimos años se ha venido produciendo un goteo de sentencias de nuestros Tribunales a favor y en contra de la cláusula suelo. De todas ellas, las que más han resaltado han sido la del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010, que declaró el carácter abusivo de la cláusula suelo empleada por tres entidades bancarias (BBVA, Caixa Galicia y Cajamar), y la de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011, que revocó la anterior y confirmó la validez de la cláusula suelo.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla resultó de la acción colectiva de cesación presentada por una asociación de consumidores frente a las entidades BBVA, Cajamar y Caixa Galicia. En ella, el Juzgado no estableció un porcentaje mínimo y máximo que denotara el carácter abusivo de la cláusula, ya que determinó que ha de remitirse tal cuestión a los expertos en economía y finanzas, pues

---

<sup>61</sup> Vid. *Sentencia n° 241/2013*, cit., pp. 60.

<sup>62</sup> Vid. Busto Lago, J.M. (coord.), *Reclamaciones de Consumo*, cit., pp. 167-168.

no es tarea del Juzgado determinar el margen de la horquilla razonable en que hayan de situarse por contradicción el límite mínimo y el máximo<sup>63</sup>.

Frente a esta Sentencia fue presentado recurso de apelación resuelto en Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011. En la que, el Tribunal razona que la incuestionable viabilidad legal de la cláusula suelo es manifiesta, pues se regula en la normativa sobre transparencia bancaria, lo cual no es óbice para que dicha cláusula pueda ser sometida a un control de abusividad por los Tribunales, caso por caso y atendiendo a las singulares circunstancias concurrentes, pero no por la vía del ejercicio de una acción de cesación. Afirma que se trata de un elemento esencial del contrato cuya aceptación es libre y voluntaria y no de condiciones generales de la contratación, puesto que el tipo de interés de la operación de préstamo hipotecario, como precio que es, puede ser caro, pero de ahí no se puede derivar la nulidad del correspondiente pacto, ya que el precio de las cosas es el que libremente se convenga entre las partes en función de lo que determine la situación de mercado en cada momento. No podemos olvidar que la normativa de protección de consumidores pretende el equilibrio jurídico del contrato y no el económico.

Tras esta, y con motivo del recurso presentado frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial, se dictó la Sentencia nº 241/2013 de 9 de mayo de 2013, dictada por el TS, cuyos aspectos más relevantes son:

Sobre el control de las cláusulas abusivas: El sistema de la Directiva 93/13/CEE se basa en que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación como en la información que maneja cada una de las partes, lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas por el profesional, sin poder influir en el contenido de estas. Se expone que las reglas del mercado han sido incapaces por sí solas de erradicar con carácter definitivo la utilización de las cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores, por lo que la posibilidad de intervención del juez, incluso de oficio, es una herramienta imprescindible, teniendo como único límite la negativa del consumidor a la imposición de la nulidad de la cláusula abusiva.

Sobre la imposición de las condiciones generales: En este punto, el TS hace suya la argumentación del Ministerio Fiscal, de forma que existe imposición cuando nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo, no debiendo identificarse

---

<sup>63</sup> Vid. *Sentencia nº 246/2010*, de fecha 30/09/2010, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, pp.11.

esta imposición con la obligación de contratar. Tampoco se entenderá que hay negociación cuando un mismo empresario ofrezca varias ofertas con condiciones generales, o cuando se pueda escoger, al menos en teoría, entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

Sobre el control de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato: Para el TS, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definiendo el objeto principal del contrato, lo que no elimina la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo, puesto que esta condición no es óbice para que el sistema las someta al doble control de transparencia.

Sobre el control de transparencia de las condiciones generales incorporadas a contratos con consumidores: En este sentido, el TS afirma que además de pasar el control de inclusión, la cláusula habrá de superar el control de transparencia que tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, como la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Es decir, las cláusulas suelo no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Sobre la insuficiencia de información en las cláusulas suelo: Uno de los argumentos concluyentes del TS es que las cláusulas suelo, de forma razonable para el empresario, pero engañosa y sorprendente para el consumidor, pueden convertir el préstamo a tipo de interés variable en préstamo a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician los consumidores. De ahí, la necesidad de que el cliente comprenda realmente el contrato.

Sobre la buena fe y el desequilibrio en las cláusulas no negociadas: En este sentido, el TS confirma la validez general y licitud de la cláusula suelo siempre que la contratación sea transparente y permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Por el contrario, declara la nulidad de las concretas cláusulas analizadas por:

- La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.

- La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (en el caso de BBVA).
- La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- La inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la misma entidad.

Sobre la nulidad parcial del contrato, eficacia no retroactiva de la sentencia y efectos frente a terceros: En este sentido, el juez solo podrá declarar la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada.

Por su parte, la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, así que se declara su irretroactividad, no afectando, por tanto, la nulidad de la cláusula a las situaciones decididas en firme por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia.

En cuanto a los efectos frente a terceros, cabe resaltar que la demandante y recurrente no instó la eficacia *ultra partes*, lo que limita los efectos de la sentencia a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas.

## **2. Consecuencias inmediatas de la STS de 9 de mayo de 2013**

Las tres entidades afectadas directamente por la Sentencia del TS se apresuraron a comunicar diversos hechos relevantes a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el hecho relevante de 12 de junio de 2013, BBVA transmitió al mercado que acataría la Sentencia, sin perjuicio de la interposición, en su caso, de los recursos que procedieran. Los cálculos de BBVA le permitieron estimar que, con la cotización del Euribor a un año de junio de 2013, la aplicación de la medida a la cartera hipotecaria afectada por la sentencia, produciría una reducción del beneficio neto después de

impuestos en el mes de junio de 2014 de 35 millones de euros, quedando condicionado el posterior impacto por la evolución del citado índice de referencia<sup>64</sup>.

El 13 de junio de 2013 fue NCG Banco quien comunicó la eliminación de la cláusula. La medida afectó a unos 90.000 clientes de la entidad, representativos del 49 por ciento de la cartera de créditos con personas físicas, y a 6.600 millones de euros de financiación hipotecaria. El impacto de la medida ascendía a 48 millones de euros de beneficio neto después de impuestos.

La tercera de las entidades demandadas, Cajamar, comunicó como hecho relevante de 18 de junio de 2013 el comienzo del proceso de eliminación de la cláusula suelo, y el impacto de la medida en los más de 100.000 préstamos hipotecarios afectados se estimó para 2013 en 50,4 millones de euros.

A finales de junio de 2013, el Banco de España dirigió una carta a las asociaciones profesionales del sector bancario, para que diesen traslado a los respectivos bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito asociadas, en la que se instaba la revisión de la adecuación a la STS de 9 de mayo de 2013 de las cláusulas suelo a sus respectivas carteras de préstamos hipotecarios vivos, para la comunicación de los resultados al supervisor antes del 31 de julio de 2013, con la determinación del impacto que pudiera tener sobre sus resultados la eliminación de las citadas cláusulas en los casos en que tal eliminación se estime procedente o necesaria a la vista del contenido de la Sentencia.

Pronto surgió el debate de si la sentencia del TS solo se había de aplicar a los consumidores o también a los no consumidores. Inicialmente, la referencia a cláusulas abusivas limitaría la aplicación de la sentencia a los consumidores, pero esta aparente sencillez se vería desvirtuada por la aplicación por el TS no sólo de la normativa protectora de los consumidores, sino también por la entrada en escena de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aplicable a todo adherente, consumidor o no, así como por la existencia de escrituras de préstamos hipotecarios híbridas, concedidas al promotor aunque diseñadas para la subrogación posterior de particulares para satisfacer su necesidad de vivienda.

A su vez, la simple concurrencia de una persona que actúa al margen de su actividad empresarial o profesional puede despertar alguna duda cuando el préstamo

---

<sup>64</sup> Vid. Sociedad Gestora de Fondos de Titulización, *Hecho Relevante de BBVA RMBS 3 Fondo de titulización de activos*, Madrid, 29/07/2013, pp. 3.

hipotecario no busca satisfacer la necesidad de vivienda permanente, sino que lo que se adquiere en hipoteca es una segunda vivienda o incluso una inversión.

La cuestión de la aplicación de la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 sólo a consumidores sigue abierta a día de hoy y, desde cualquiera de las perspectivas desde las que podemos acercarnos a su tratamiento parece innegable la inseguridad jurídica generada e, incluso, el posible quebrantamiento de la igualdad de trato de los ciudadanos ante supuestos fácticos idénticos ya que, la doctrina del TS que parte de la premisa de la licitud de la cláusula suelo y de los posibles defectos de transparencia que habrán de ser analizados caso por caso, no ha sido suficiente para uniformar las sentencias recaídas posteriormente en instancias inferiores.

### **3. La nulidad y cuestiones relativas a la posible subsistencia del contrato**

El efecto jurídico de la abusividad de una cláusula contractual es la nulidad de pleno derecho, teniéndose la cláusula abusiva por no puesta. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas<sup>65</sup>. La LCGC también sanciona con la nulidad de pleno derecho, aunque remitiéndose a la normativa de protección especial de los consumidores y usuarios, las condiciones generales que sean consideradas abusivas<sup>66</sup>. Ambas leyes responden a la transposición del art. 6 de la Directiva Europea 93/13/CEE, cuyo primer apartado mandata a los Estados miembros a que establezcan que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.

En nuestro ordenamiento jurídico se distingue la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad. La primera de ellas se consagra en el art. 6.3 CC en los siguientes términos: “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para la contravención*”. Es decir, la nulidad de pleno derecho es una ineficacia intrínseca, pues la carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio<sup>67</sup>. Es, además, una ineficacia radical o automática, pues opera *ipso iure* y, por

---

<sup>65</sup> Vid. *Real Decreto Legislativo 1/2007*, cit., art. 83.

<sup>66</sup> Vid. *Ley 7/1998*, cit., art. 8.2.

<sup>67</sup> Vid. De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, pp.471.

consiguiente, no precisa ser declarada judicialmente, ni exige la previa impugnación del acto al que afecte<sup>68</sup>.

La anulabilidad, por su parte, depende del ejercicio por el interesado de dicha pretensión. La misma se regula en los artículos 1.300 y siguientes CC y se configura como un mecanismo jurídico a disposición de determinadas personas a las que la ley otorga la facultad de decidir si el contrato va a ser o no válido. En este sentido, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1.301 CC que otorga un plazo de caducidad de cuatro años para ejercer la acción de anulabilidad, mientras que la acción de nulidad es imprescriptible.

En lo que respecta a la nulidad de las cláusulas abusivas, debemos tener en cuenta que nos encontramos ante una nulidad relativa, toda vez que la ley la configura en interés del consumidor. Es el consumidor el que podrá invocar la nulidad de la cláusula abusiva, bien mediante el ejercicio de la acción correspondiente, bien haciéndola valer como excepción o, incluso, podrá ser apreciada de oficio por el juez en beneficio del adherente; sin que, en ningún caso pueda admitirse su invocación por el predisponente de la cláusula abusiva<sup>69</sup>.

Como ya he señalado, al tratarse de una nulidad de pleno derecho que opera *ipso iure*, no es precisa una declaración judicial al efecto. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la otra parte contratante no reconozca la abusividad de la cláusula, el consumidor podrá hacerla valer en la vía judicial, pero también podrá no cumplir lo que la cláusula abusiva le impone, alegándola por vía de excepción en el supuesto de que el predisponente reclame su cumplimiento ante los tribunales<sup>70</sup>. Ahora bien, el último supuesto no permitirá al consumidor reclamar las cantidades pagadas de más con motivo de la aplicación de la cláusula abusiva.

De una interpretación literal del art. 83 TRLGDCU se desprende que la finalidad de la norma es que se declare la nulidad parcial del contrato, es decir, que se mantenga el negocio jurídico en sus mismos términos, pero sin aplicación de aquellas cláusulas que sean consideradas abusivas.

Pese a que el artículo 83 consagra como regla general la nulidad parcial del contrato, ésta se encuentra condicionada a la posible subsistencia del negocio jurídico sin la aplicación de las cláusulas abusivas. La declaración de nulidad total del contrato,

---

<sup>68</sup> Vid. Díez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil*, cit., pp. 577.

<sup>69</sup> Vid. Cámara Lapuente, S. (coord.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp.756-760.

<sup>70</sup> *Ibid*, pp. 755.

por tanto, se contempla en la normativa de protección de los consumidores y usuarios como un supuesto excepcional para cuando el negocio jurídico en cuestión no pueda subsistir sin dichas cláusulas. De hecho, no es habitual la declaración de nulidad total del contrato por la existencia de una cláusula contractual abusiva.

El TRLGDCU, en coherencia con la Directiva europea, viene así a consagrar el principio de conservación del contrato en materia de consumidores y usuarios. Configurándose la nulidad parcial del contrato como la solución más adecuada para el consumidor.

#### **4. Alcance de la aplicación de la nulidad**

La nulidad de pleno derecho conlleva aplicar el aforismo “*quod nullum est nullum effectum producit*”; de forma que, las partes contratantes “*deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*”<sup>71</sup>. La nulidad de la cláusula abusiva origina, por tanto, la obligación de las partes contratantes de restituirse lo indebidamente abonado o, en su caso, entregado por aplicación de la cláusula nula pero, la restitución de lo indebidamente abonado no es una consecuencia automática de la nulidad de la cláusula, sino que, en el plano procesal, supondrá que el consumidor tenga que ejercitar la acción de restitución.

A pesar de ello, y en disconformidad con el TJUE<sup>72</sup>, el TS ha modificado la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la nulidad de las denominadas cláusulas suelo, de tal forma que, en atención al principio de seguridad jurídica, limitó los efectos retroactivos de las mismas, lo que supone la devolución de las cantidades indebidamente pagadas a partir de la fecha de dicha sentencia, negando los efectos *ex tunc*, o lo que es lo mismo, negando la devolución desde la firma del contrato de préstamo, aduciendo para ello razones de orden público económico, debido a la gran cantidad de préstamos hipotecarios existentes y afectados por la nulidad de la citada cláusula y el gran perjuicio económico que se causaría a los bancos prestamistas. Justifica el TS su decisión en la seguridad jurídica y presupone la buena fe, ya que las cláusulas suelo *per se* son lícitas y su declaración de nulidad no deviene de su contenido, sino de su falta de transparencia.

---

<sup>71</sup> Vid. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*, BOE nº 206, 25/07/1889, Art. 1.303.

<sup>72</sup> Vid. *Sentencia de 21 de diciembre de 2016*, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo vs Cajasur Banco, S.A.U, Ana María Palacios Martínez vs Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) y Banco Popular Español, S.A. vs Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu.

Ante este panorama, se plantea el problema de qué sucede con aquellos consumidores y usuarios que vieron limitada por sentencia firme la restitución de las cantidades al 9 de mayo de 2013. En principio, el efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes les impide instar un segundo proceso para reclamar la devolución de las cantidades desde la formalización del contrato<sup>73</sup>.

No obstante, para aquellos consumidores que limitaron su reclamación a las cantidades abonadas indebidamente a partir del 9 de mayo de 2013, cabría plantearse si la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que analizaré más adelante, podría constituir una *causa petendi* diferente a la de la acción de reclamación originaria.

## 5. El control de oficio

Como ya hemos visto, en nuestro ordenamiento, la consecuencia jurídica anudada a la abusividad de una cláusula contractual es la nulidad de pleno derecho<sup>74</sup>. Y, a estos efectos, encomienda al órgano judicial que, previa audiencia de las partes, declare la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato. No obstante, no deja claro si la declaración de nulidad de la cláusula abusiva tiene que ser solicitada a instancia de parte o puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional. Si bien, el trámite de audiencia previsto parece proclive al control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, pues carece de sentido dar audiencia a las partes en el marco de una impugnación de parte<sup>75</sup>.

En el ámbito europeo, el TJUE, se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión y sus pronunciamientos parecen no dejar lugar a dudas: *“el papel que el derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”*<sup>76</sup>.

La Directiva europea pretende proteger la situación de inferioridad negociadora e informativa en la que normalmente se encuentra el consumidor respecto al empresario o profesional; situación que le lleva a adherirse a un contenido predispuesto por la otra parte contratante. Esta inferioridad técnica, e incluso económica, se acentúa en un

---

<sup>73</sup> Vid. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 7, 08/01/2000, art. 222.1.

<sup>74</sup> Vid. Art. 83 TRLGDCU.

<sup>75</sup> Vid. Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas*, cit., pp. 201-202.

<sup>76</sup> Vid. Sentencia de 4 de junio de 2009, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-243/08, Pannon GSM Zrt vs Erzsébet Sustikné Györfi, ap. 32.

proceso cuya complejidad, lentitud y, sobre todo, coste, ejercen un obvio efecto disuasivo sobre el consumidor, que la mayor parte de las veces se abstiene de actuar. En este contexto, el TJUE ha entendido que la situación de desequilibrio en la que se encuentra el consumidor únicamente puede compensarse mediante una intervención positiva ajena a las partes del contrato<sup>77</sup>.

El TJUE, como podemos observar, ha declarado que el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas constituye un medio idóneo para alcanzar el resultado pretendido: impedir que el consumidor quede sujeto a una cláusula contractual abusiva, al mismo tiempo que contribuye, como efecto disuasorio, a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores<sup>78</sup>.

También considera que el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas es necesario para garantizar al consumidor una protección efectiva habida cuenta del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos.

Cabe destacar que, aunque el Tribunal de Justicia emplea indistintamente el término facultad que obligación para referirse al control de oficio de las cláusulas abusivas, no cabe duda de que se trata de una verdadera obligación del órgano jurisdiccional<sup>79</sup>. De hecho, en la Sentencia de 4 de Junio de 2009<sup>80</sup>, el TJUE se refiere a este control judicial en términos imperativos. Y desde entonces, el Tribunal ha insistido en este deber del juez en varias ocasiones, indicando que *“el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”*<sup>81</sup>. Si bien, condiciona esta obligación a que consten en los autos los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

La obligatoriedad de este examen judicial de oficio de las cláusulas abusivas proviene, además, de la naturaleza imperativa del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, así

---

<sup>77</sup> Vid. *Sentencia de 6 de octubre de 2009*, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones S.L. vs Cristina Rodríguez Nogueira, ap.29-31.

<sup>78</sup> Vid. *Sentencia de 26 de octubre de 2006*, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-168/05, Elisa María Mostaza Claro vs Centro Móvil Milenium, S.L., ap. 25-27.

<sup>79</sup> Vid. Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor*, Revista de Derecho de la Unión Europea, Madrid, 2014, pp.320.

<sup>80</sup> Vid. *Sentencia de 4 de junio de 2009*, cit., ap.43.

<sup>81</sup> Vid. *Sentencia de 14 de marzo de 2013*, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-415/11, Mohamed Aziz vs Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), ap.46.

como del carácter indispensable que tiene dicha Directiva para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel de vida en el conjunto de ésta<sup>82</sup>.

La Comisión Europea también ha insistido en la necesidad de reconocer esta valoración *ex officio* de las cláusulas abusivas a los órganos jurisdiccionales nacionales. Así lo estableció en el Informe de 27 de abril de 2000<sup>83</sup>, en el que reconoce que este control judicial de oficio es necesario para dar pleno efecto a la Directiva y, en particular, a su artículo 6.1.

Por consiguiente, resulta claro que, conforme con la normativa y la jurisprudencia europea, el órgano judicial está obligado a examinar de oficio las cláusulas abusivas tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

## **6. Impacto en los consumidores y fórmulas sustitutivas utilizadas tras la supresión de la cláusula suelo**

Tras la sentencia de 9 de mayo de 2013, las entidades demandadas han decidido, por necesidad, dejar de aplicar la cláusula suelo en sus carteras de préstamos hipotecarios.

De ello se podía deducir que habría una mayor restricción a la concesión de créditos. Así, los nuevos préstamos hipotecarios que concediesen estas entidades previsiblemente tendrían condiciones más estrictas, como, por ejemplo, la concesión de menores importes financiados, la exigencia de mayores tipos de interés y menores plazos de amortización.

En cuanto a los importes financiados, era de esperar que el importe del préstamo sobre el coste total de la vivienda cayese por debajo del 80%<sup>84</sup>, obligando al prestatario a pagar al contado el porcentaje restante hasta el 100% total. Por otro lado, lo más previsible era que el incremento de diferenciales se extendiese hasta prácticamente compensar la supresión de la cláusula suelo.

Por su parte, todas aquellas entidades financieras que voluntariamente no aplicaban las cláusulas suelo a sus préstamos no tomarían ninguna medida adicional en

---

<sup>82</sup> Vid. *Sentencia de 6 de octubre de 2009*, cit., ap.51.

<sup>83</sup> Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe de la comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, Bruselas, 2000, pp.20.

<sup>84</sup> De acuerdo con la Circular 4/2004, Hoja 309, Mayo 2013 del Banco de España, se consideran operaciones de riesgo bajo todas aquellas que con garantía real sobre viviendas terminadas o arrendamientos sobre tales bienes cuyo riesgo sea inferior al 80% del valor de la tasación de la vivienda.

relación con este tema, puesto que ya se encontraban en una situación de ventaja competitiva con respecto a sus competidores que aplicaban las cláusulas suelo a los contratos.

Similares consecuencias podría acarrear la imposición de techos más bajos, pues ello agravaría el préstamo reduciendo el período de amortización y aumentando el montante de las cuotas. Además, la imposición de límites al alza más bajos podría acabar con la modalidad de préstamos a interés variable, eliminando las ventajas que para el consumidor reporta la misma (interés inferior, plazos de amortización mayores y un menor coste en su eventual amortización anticipada)<sup>85</sup>.

Ya lo manifestaba así el Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios<sup>86</sup>, que afirmaba que las cláusulas que limitan la variabilidad de los tipos de interés son positivas desde el punto de vista del coste medio para los clientes bancarios del crédito hipotecario a lo largo de la vida del contrato, de la estabilidad del sistema financiero y de la accesibilidad a largo plazo de la población al mercado de la vivienda. Afirmaban, asimismo, que su eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen del crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones. Ello se debía a que una supresión generalizada de la cláusula suelo provocaría una mayor restricción del crédito hipotecario, en forma de menores importes financiados y menores plazos de amortización, todo ello con motivo de la disminución de rentabilidad de estas operaciones.

En la actualidad, los nuevos contratos ofertados tras la eliminación de la cláusula suelo han sufrido la incorporación, a modo de sustitución de dicha cláusula, de diferenciales considerablemente elevados, llegando a alcanzar el 3 o el 4%, con el agravante de que los efectos de un diferencial alto son mucho más perjudiciales que los efectos derivados de la cláusula suelo, pues este actúa en todo momento y en cualquier situación, no sólo en períodos de tipo de interés bajo. Es decir, el aumento del diferencial actúa, en la práctica, en escenarios de tipos de interés bajo como una cláusula suelo y en escenarios de tipos de interés alto encarece notablemente las cuotas a satisfacer<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Vid. González Carrasco, M.C., *Cláusula suelo: nulidad por falta de transparencia y problemas de inseguridad jurídica*, Teoría&Derecho, nº 16/2014, pp.121.

<sup>86</sup> Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 457, cit., pp.22.

<sup>87</sup> Vid. Gento Mahuenda, P., *El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva*, Revista CESCO De Derecho de Consumo, nº 10/2014, pp.34-37.

También se están utilizando otras fórmulas como la indexación de otros índices de referencia; la aplicación de otras modalidades poco utilizadas hasta el momento como la concesión de préstamos a tipo mixto; o la oferta de un diferencial más contenido vinculado al número de contratos y servicios suscritos por un mismo cliente con la entidad bancaria, como pueden ser la domiciliación de la nómina y recibos, la contratación de productos o incluso la compra de vivienda de la cartera inmobiliaria vinculada a la entidad.

## **VI. LA LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS *EX TUNC* DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO**

### **1. *Restitutio in integrum* como efecto de la nulidad**

Como ya he señalado con anterioridad, el efecto de la declaración de nulidad de una cláusula suelo es la nulidad de pleno derecho de la cláusula, teniéndose por no puesta y subsistiendo el resto del contrato de préstamo hipotecario, que seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre y cuando pueda subsistir sin la misma. En el caso concreto de los préstamos hipotecarios, la pervivencia del resto del contrato es perfectamente posible, pues la declaración de nulidad de la cláusula suelo provocará únicamente que el tramo cuya determinación depende del tipo de interés variable se amplíe. La nulidad de la cláusula suelo, por tanto, no dará lugar ni a la gratuidad del préstamo ni a la nulidad total del mismo.

Por su parte, el artículo 1.303 CC establece que “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*”. Por tanto, en las acciones individuales de nulidad de la cláusula suelo y en aquellas acciones colectivas de cesación a las que se haya acumulado la acción de devolución de las cantidades, deberá procederse al reintegro de las cantidades abonadas de más en virtud de la meritada cláusula desde la firma del contrato de préstamo, pues lo que es nulo, lo es desde siempre y no puede producir efectos. El artículo 1.303 CC es claro a este respecto y resulta aplicable tanto a los supuestos de nulidad absoluta como relativa.

Se desvía de esta postura el TS, que declara la irretroactividad de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, de tal forma que la nulidad de las cláusulas suelo no afecta 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 la sentencia<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Vid. *Sentencia n° 241/2013 de 9 de mayo de 2013*, cit., pp. 90.

En primer lugar, cabe señalar que el fenómeno de la retroactividad o irretroactividad es aplicable a la vigencia de las normas en el tiempo y no al ámbito de la ineficacia derivada de las cláusulas abusivas. De ahí que pueda decirse que el término ha sido empleado erróneamente. Lo correcto sería hablar de restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo, no del carácter retroactivo de la Sentencia del TS ni de los efectos de la nulidad<sup>89</sup>.

En segundo lugar, en efecto, nadie puede discutir que los procedimientos judiciales declarativos ya finalizados por sentencia firme en los que se haya discutido la nulidad de una cláusula suelo no deben verse modificados por un fallo posterior, pues la revisión de dichos procedimientos supondría ir en contra de la seguridad jurídica. Así se ha pronunciado el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016<sup>90</sup> al manifestar que el TS de un Estado miembro puede declarar legítimamente que una sentencia no afecta a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada, pues el Derecho de la Unión no obliga a un Tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución. Sin embargo, el TS, con la declaración de la eficacia irretroactiva de la sentencia en relación a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma, niega el derecho de los consumidores a la restitución de lo indebidamente cobrado por las entidades financieras a causa de las cláusulas suelo<sup>91</sup>.

Para cierta parte de la doctrina, el sentido del fallo contraviene no sólo el art. 1.303 CC, sino también lo establecido por los arts. 6.3 CC y 8.1 TRLGDCU, que preceptúan la nulidad de pleno derecho de aquellos actos y condiciones generales que contradigan las normas imperativas o prohibitivas, y especialmente, lo dispuesto por el art. 8 TRLGDCU, en el que se establece como derecho básico de los consumidores la protección de sus legítimos intereses económicos así como la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos<sup>92</sup>.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que lo dispuesto en el art. 1.303 CC es una regla general y no única, de tal manera que pueden admitirse excepciones en función de las circunstancias del caso concreto. Teniendo presente este aspecto, el TS desarrolla

---

<sup>89</sup> Vid. Marcos Francisco, D., *Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales*, InDret, nº 4/2015, pp.21.

<sup>90</sup> Vid. *Sentencia de 21 de diciembre de 2016*, cit., pp.12.

<sup>91</sup> Vid. Cordero Lobato, E., *Nulidad de cláusulas suelo no transparentes : ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?* (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013), Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 6/2013, pp. 133.

<sup>92</sup> Vid. Hernández Guarch, C., *La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, cit., pp 138.

una serie de argumentaciones para fundamentar la limitación de la eficacia retroactiva de la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

El primero de los motivos aducidos por el TS es la falta de acumulación de la acción de devolución de cantidades a la acción de cesación. De hecho, en la Sentencia de 25 de marzo de 2015<sup>93</sup> se aduce que, en efecto en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 no se acumuló la acción de devolución de las cantidades y que, en el caso enjuiciado sí se le formularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, lo que permitió en ese caso que sí se procediera a la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las cláusulas suelo.

En efecto, la falta de acumulación a la acción colectiva de cesación de la accesoria de devolución de cantidades, supone un motivo de índole procesal que justificaría la no devolución de las prestaciones en el supuesto enjuiciado por la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Otra de las argumentaciones aducidas por el TS ha sido el orden público económico, entendiéndolo como un concepto polivalente, jurídicamente indeterminado y flexible, que por su propia naturaleza se acomoda a las más variadas situaciones de la vida pública. En consecuencia, puede hablarse de un orden público económico, social, político, urbanístico, etc., con apelación en cada caso a los intereses comprendidos en dichas expresiones<sup>94</sup>.

Conviene tener en cuenta en este sentido, las palabras del Ministerio Fiscal que también hace suyas el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, que son las que siguen: debe precisarse el elemento temporal de la sentencia, ya que si se otorga un efecto retroactivo total quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas, no siendo esta la voluntad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación por drástica en exceso<sup>95</sup>.

En consecuencia, nuestro Alto Tribunal considera que, si bien la regla general es que las declaraciones de nulidad poseen una eficacia retroactiva, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, entre ellos de forma destacada,

---

<sup>93</sup> Vid. *Sentencia n° 139/2015 de fecha 25/03/2015*, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pp. 21-22.

<sup>94</sup> Vid. *Sentencia n° 117/1984 de 5 de diciembre de 1984*, dictada por el Tribunal Constitucional, pp. 9.

<sup>95</sup> Vid. *Sentencia n° 241/2013 de 9 de mayo de 2013*, cit., pp. 86 y 90.

la seguridad jurídica, singularmente cuando se trata de la conservación de los efectos consumados<sup>96</sup>.

Aparte de la falta de acumulación a la acción de cesación de la acción de devolución de cantidades y el riesgo de trastornos graves para el orden público económico, el TS enuncia una serie de motivos que, si bien tienen una importancia secundaria, tienen como finalidad apoyar su decisión de limitar la retroactividad de la sentencia, como son la licitud de las cláusulas suelo; que su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas; que no se trata de cláusulas inusuales o extravagantes; que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, etc.

## **2. Jurisprudencia a favor y en contra de limitar la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo**

Tras la Sentencia de 9 de mayo de 2013, han sido numerosas las acciones individuales de nulidad que se han ejercitado sobre cláusulas suelo, produciéndose divergencias en los fallos en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de dichas cláusulas. En concreto, algunos tribunales se han decantado por la devolución íntegra de las prestaciones, y otros, por declarar la eficacia irretroactiva de la sentencia.

A este respecto, uno de los criterios determinantes para acordar la devolución de las cantidades ha sido la naturaleza de la acción, es decir, si la misma era individual o colectiva<sup>97</sup>. Ilustra muy adecuadamente esta postura la Sentencia nº 335/2013 de 23 de julio de 2013, dictada por la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que falla a favor de la devolución íntegra de las prestaciones, afirmando que no debe predicarse la irretroactividad para ese litigio en cuestión, pues se trata de acciones de naturaleza distinta, toda vez que la Sentencia de 9 de mayo se desarrolla en el marco de una acción colectiva de cesación, a la cual, además, no se acumuló como accesoria la acción de condena a la restitución mientras que, en el litigio en cuestión se ejercita una acción individual de nulidad por carácter abusivo, en la cual se solicita la retroacción de tal declaración. De esta manera, procede aplicar el art. 1.303 CC sin que se de circunstancia jurídica alguna que permita la excepción del efecto previsto en dicha norma, debiéndose restituir las prestaciones derivadas de la declaración de nulidad<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Ibid, pp.88.

<sup>97</sup> Vid. Hernández Guarch, C., *La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, cit., pp. 144-145.

<sup>98</sup> Vid. *Sentencia nº 335/2013 de 23 de julio de 2013*, dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, pp.5.

Sin embargo, parte de la doctrina discrepa de esta postura, pues señala que la Sentencia del TS no justifica su decisión en el hecho de que la acción ejercitada sea colectiva, de suerte que a partir de aquella las acciones colectivas deban tener efectos irretroactivos y las acciones individuales retroactivos, pues ello comportaría una vulneración de los principios de igualdad y seguridad jurídica<sup>99</sup>. Esta consideración supondría un agravio comparativo para aquellos consumidores que, en el ejercicio de su derecho a la justicia, decidieran hacerlo mediante una acción colectiva. En este sentido, se puede destacar la Sentencia nº 130/2013 de 22 de mayo de 2013, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, que declara la no devolución de las prestaciones basándose en que el fallo de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 no sitúa el riesgo de trastornos graves para el orden público económico en la tipología de la acción, sino en la devolución de los pagos ya efectuados.

Por su parte, a la falta de acumulación de la acción de devolución de cantidades, se ha acumulado, por parte del TS, el argumento referente al trastorno que supondría para las entidades financieras dicha retroactividad. Este criterio alcanza su máxima expresión en la Sentencia nº 139/2015 de 25 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que afirma 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 de la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto<sup>100</sup>.

Aunque, en este sentido, no podemos olvidar, que no es competencia de los tribunales civiles velar por la economía de las entidades bancarias evitando que un alud de reclamaciones de deudores afectados por cláusulas suelo no transparentes pudiera causarles un perjuicio económico, sino que su única función es impartir justicia en el sentido propio del término, lo que supone dictar resoluciones equitativas y ajustadas a Derecho<sup>101</sup>.

Otro de los motivos alegados por el TS para estimar la devolución de las cantidades sólo a partir de la publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, es que con anterioridad a la misma era posible alegar la buena fe de las entidades bancarias. Como manifiesta en su Sentencia de 25 de marzo de 2015, una vez expuesta la decisión

---

<sup>99</sup> Vid. Agüero Ortiz, A., *Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, pp. 4-6.

<sup>100</sup> Vid. *Sentencia nº 139/2015 de 25 de marzo de 2015*, cit., pp.27.

<sup>101</sup> Vid. Vázquez Muiña, T., *La nulidad de la cláusula suelo*, cit., pp. 339-342.

de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo estas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información<sup>102</sup>.

Por otra parte, cabe destacar que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 afirma expresamente la irretroactividad de esa sentencia, declarando como regla general la restitución recíproca de las prestaciones ante supuestos de nulidad contractual. En consecuencia, al no haber pronunciamiento sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en general, sino solamente sobre la irretroactividad de esa sentencia, nada impide la posibilidad de decidir en un juicio posterior, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general de la restitución de las prestaciones prevista en el art. 1.303 CC<sup>103</sup>.

Por último a este respecto, cabe añadir que el pronunciamiento realizado por la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo no crea jurisprudencia, pues dicho criterio no se ha adoptado como una regla general, sino como una excepción que acontece cuando concurren determinados presupuestos.

### **3. Presupuestos y consecuencias jurídicas de la doctrina de la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo**

Como ya he señalado, la doctrina establecida por el TS limita los efectos retroactivos o *ex tunc* de la nulidad de cláusulas suelo al día 9 de mayo de 2013, en vez de a la fecha de celebración del contrato como cabría esperar en virtud del artículo 1.303 CC.

Tal doctrina jurisprudencial ha sido puesta en cuestión por Jueces y Tribunales<sup>104</sup>, así como duramente criticada por gran parte de la doctrina. Esto ha supuesto que se hayan planteado cuestiones prejudiciales ante el TJUE en orden a confirmar o no la adecuación de esta doctrina al Derecho de la Unión Europea.

---

<sup>102</sup> Vid. *Sentencia n° 241/2013*, cit., pp. 76.

<sup>103</sup> Vid. Pertíñez Vilchez, F., *La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013*, Diario La Ley, n° 8154/2013, pp.5-6.

<sup>104</sup> Vid. *Sentencia n° 139/2015 de 25 de marzo de 2015*, cit., Voto particular.

Poniendo fin a un gran debate sobre la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de la cláusula suelo nula, el TJUE dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2016<sup>105</sup>, fallando a favor de los consumidores y dictaminando que procede la restitución de las cantidades abonadas por mor de una cláusula suelo declarada nula desde que esta fue incorporada al contrato y no únicamente desde la fecha de 9 de mayo de 2013.

En dicha sentencia, el TJUE corrobora la interpretación que hasta el momento se venía haciendo por la doctrina y la jurisprudencia comunitarias del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE y, manifiesta que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo en cuestión<sup>106</sup>.

Por tanto, según el TJUE el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

De todo ello, podemos deducir que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas, genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Además, la citada sentencia afirma que la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que la Directiva, mediante sus artículos 6 y 7, pretende con la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores<sup>107</sup>.

Asimismo expone, que si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con

---

<sup>105</sup> Vid. *Sentencia de 21 de diciembre de 2016*, cit.

<sup>106</sup> *Ibid*, pp. 14.

<sup>107</sup> *Ibid*, pp.12.

arreglo a las cuales se determine el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la determinación del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que la doctrina establecida por el TS ofrece una protección a los consumidores que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que se cese el uso de dicha cláusula.

Por tanto, la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 no permite dar por zanjada la cuestión de la devolución de las cantidades en relación a las cláusulas suelo sino que, más bien, ha suscitado más dudas que respuestas ya que, se hace necesario interpretar qué tipo de limitaciones temporales de las nulidades ya declaradas o que se puedan declarar en el futuro quedan encomendadas a la soberanía de nuestro sistema procesal interno más allá de la restitución íntegra de las cantidades satisfechas en virtud de la cláusula suelo<sup>108</sup>.

A este respecto, no parece que la doctrina del TJUE deba afectar a las resoluciones que ya hayan devenido firmes por aplicación de los principios de intangibilidad de la cosa juzgada y seguridad jurídica, que tan sólo permiten modificar las sentencias firmes en supuestos muy limitados, no encontrándose la emisión ulterior de una sentencia del TJUE entre ellos<sup>109</sup>, pues no parece que la citada sentencia pueda considerarse un documento decisivo del que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

Esta posición ha sido corroborada por el Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, que zanja definitivamente esta cuestión, manifestando que no procede la revisión de sentencias firmes por el hecho de que una sentencia posterior del TJUE establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan una sentencia anterior, pues ello sólo es posible cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>108</sup> Vid. González Carrasco, M.C., *STJUE 21.12.2016: Retroactividad ¿absoluta? De efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 20/2016, pp.40.

<sup>109</sup> Vid. *Ley 1/2000*, cit., art. 510.

#### **4. Compatibilidad de la jurisprudencia y normativa nacional y comunitaria en cuanto a la retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo**

En este sentido, cabe destacar que la retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo que realiza la Sentencia de 25 de marzo de 2015, además de desobedecer la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato con efectos que se retrotraen al momento de la celebración del mismo, es decir, con claro alcance *ex tunc*, vulnera la doctrina sobre la no integración de las cláusulas declaradas abusivas instaurada por el TJUE en su sentencia de 14 de junio de 2012, en la que se afirma que del tenor literal del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma<sup>110</sup>.

En este sentido se pronuncia el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Conclusiones realizadas el 16 de octubre de 2014, dictaminando que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE exige que los jueces nacionales dejen sin aplicación las cláusulas contractuales abusivas, de modo que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin efectuar ningún tipo de modificación sobre el contenido de la misma. El contrato celebrado con el consumidor debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea posible.

Así pues, la retroactividad parcial instaurada por el TS en la Sentencia de 25 de marzo de 2015 supone una integración o moderación temporal de los efectos de la nulidad declarada, que implica una vulneración, no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de la normativa comunitaria.

Con esta doctrina, el TS quebranta el principio de no vinculación establecido comunitariamente<sup>111</sup>, pues si no se devuelve al consumidor todo lo pagado por la aplicación de la cláusula suelo, éste se va a encontrar vinculado por la misma durante un

---

<sup>110</sup> Vid. *Sentencia de 14 de junio de 2012*, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-618/10, Banco Español de Crédito, S.A. vs Joaquín Calderón Camino, pp.13.

<sup>111</sup> Vid. *Sentencia de 26 de abril de 2012*, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs Invitel Távközlési Zrt., pp.11.

período de tiempo. La no vinculación debe entenderse no sólo en cuanto a los efectos futuros de la cláusula, sino también respecto de los efectos ya consumados. Impedir la restitución completa de las cantidades indebidamente cobradas es una forma de reconocer efectos vinculantes a las cláusulas suelo cuando estas sean abusivas. Una cláusula es abusiva, y por ende, contraria a la buena fe, o no lo es, pero no puede ser sólo un poco abusiva, como parece justificar la Sentencia de 25 de marzo de 2015.

Asimismo, no se respeta el efecto disuasorio establecido por el art. 7 de la Directiva, pues si un juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de una cláusula declarada abusiva, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre el profesional el hecho de que, pura y simplemente, tal cláusula no se aplique frente a los consumidores, pudiendo verse tentada la entidad bancaria a utilizarla al saber que, en caso de declararse su nulidad, esta podría ser integrada por el juez nacional en lo que fuera necesario. Por tanto, si se permite a las entidades bancarias confiar en que la nulidad de la cláusula suelo no va a suponer la obligación de devolver las cantidades recibidas indebidamente por su aplicación, ningún interés van a mostrar en eliminarla de sus escrituras de hipoteca, pues dicha nulidad no les afectaría, es más, les permitiría embolsarse ciertas cantidades por su indebida aplicación<sup>112</sup>.

Por otra parte, cabe destacar que la integración temporal que lleva a cabo la Sentencia de 25 de marzo de 2015 supone una incompatibilidad manifiesta con la dicción actual del art. 83 TRLGDCU, precisamente porque su antigua redacción (modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) al otorgar al juez facultades moderadoras o integradoras de las cláusulas consideradas abusivas conforme al art. 1258 CC y el principio de buena fe objetiva<sup>113</sup>, vulneraba lo dispuesto por el art. 6 de la Directiva y por la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012. En concreto, el art. 83 TRLGDCU establece actualmente que son nulas de pleno derecho las cláusulas declaradas abusivas y que las mismas deben tenerse por no puestas, de tal manera que

---

<sup>112</sup> Vid. Achón Bruñén, M.J., *Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo*, Diario La Ley, nº 8366/2014, pp. 3.

<sup>113</sup> El art. 83 TRLGDCU establecía que “1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio aplicable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

no sólo procede su inaplicación en el futuro, sino también la obliteración de todos los vestigios de su existencia.

Dado que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 fue dictada estando vigente la anterior redacción del art. 83 TRLGDCU, podría plantearse la posibilidad de que la limitación temporal que realiza el TS esté amparada por las facultades moderadoras o integradoras que dicho precepto permitía al juez. Sin embargo, debe tenerse presente que la jurisprudencia y la normativa comunitarias son claras al respecto y anteriores a dicha fecha. De hecho, con el fin de acomodar nuestro Derecho interno al Derecho de la Unión, se interpretaba que las facultades moderadoras del art. 83 TRLGDCU recaían sobre el resto de las cláusulas del contrato que se mantenían en vigor, y no sobre las cláusulas declaradas nulas por abusivas. De esta manera, se permitía al juez moderar los efectos de las cláusulas vigentes para con ello reequilibrar, si fuera necesario, las prestaciones y obligaciones de las partes<sup>114</sup>.

A pesar de ello, continúa resultando sorprendente que el TS haya adoptado esta posición, máxime cuando en el Acuerdo del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2013 se concluyó que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, las cláusulas declaradas nulas por abusivas no vinculan a ningún efecto, no pudiendo el juez integrar o moderar dichas cláusulas, que deberán tenerse por no puestas<sup>115</sup>.

A este respecto, algún sector doctrinal ha planteado la posibilidad de interponer recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por infracción tanto de su normativa comunitaria y de la jurisprudencia que la interpreta, como del reformado art. 83 TRLGDCU, modificado para recoger adecuadamente la doctrina sobre la prohibición de integrar las cláusulas declaradas abusivas<sup>116</sup>.

## **VII. CUESTIONES PROCESALES**

### **1. Competencia objetiva**

La pretensión más común en este tipo de demandas es la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Para ello se alega su cualidad de condición general de la contratación y se solicita la aplicación de la LCGC. Esta alegación supone la atribución de la competencia para conocer del asunto a los Juzgados de lo Mercantil, toda vez que

---

<sup>114</sup> Vid. Fernández Seijo, J.M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 103.

<sup>115</sup> Vid. *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio*, Madrid, 2013, pp. 20.

<sup>116</sup> Vid. Vázquez Muña, T., *La nulidad de la cláusula*, cit., pp. 352.

el art. 86 ter 2 LOPJ<sup>117</sup> recoge en su elenco competencial dichas materias. No obstante, se plantean las siguientes cuestiones:

En primer lugar, en el Primer Encuentro de Jueces Especialistas de lo Mercantil<sup>118</sup>, celebrado en Valencia en 2004, se planteó la cuestión de si bastaba la existencia de una pretensión basada en un contrato con condiciones generales de la contratación para que la competencia se atribuyera al Juzgado de lo Mercantil, y la respuesta fue negativa, de tal forma que se afirmó que el art. 86 ter LOPJ se refiere a las acciones previstas en la LCGC y no a cualquier litigio en el que salga a relucir una condición general de la contratación puesto que, lo contrario implicaría que cualquier litigio basado en una póliza bancaria, de seguros, de suministros, etc., sería competencia del Juzgado de lo Mercantil.

Por tanto, podemos afirmar que la competencia será atribuida a los Juzgado de lo Mercantil cuando el litigio verse sobre las acciones que la LCGC dispone sobre las condiciones generales de la contratación. En este sentido, debemos hacer una distinción entre las acciones colectivas previstas en el art. 12 y las individuales previstas en los arts. 7 y 8 del cuerpo legal mencionado.

Por su parte, el art. 12 distingue tres tipos de acciones: acción de cesación; acción de retractación y acción declarativa.

La acción de cesación se dirige a obtener una Sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de Sentencia.

Por medio de la acción de retractación se insta la imposición al demandado de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir

---

<sup>117</sup> El art. 86 ter 2 LOPJ establece que: “*Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: [...] d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia*”.

<sup>118</sup> Vid. *Conclusiones del Primer encuentro de los jueces especialistas en lo mercantil: Valencia 9 y 10 de diciembre de 2004*, Boletín de Actualidad de Derecho Civil, Valencia, 2004.

recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.

La acción declarativa, por su parte, tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción como tal cuando esta proceda de conformidad al art. 11.2 de la citada Ley.

Frente a estas, nos encontramos en el mismo cuerpo legal con las acciones individuales de no incorporación y de nulidad.

Por su parte, la acción de no incorporación prevista en el art. 7 LCGC, busca la no incorporación al contrato de 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 en los términos resultantes del art. 5 y, aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en el caso de 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.

Por otro lado, el art. 8 LCGC dispone la nulidad de pleno derecho de aquellas cláusulas que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención y, las que sean consideradas abusivas de acuerdo con la definición dada en el TRLGDCU.

Establecidas así las acciones que contempla la LCGC, y examinado el contenido del art. 86 ter 2 LOPJ, hemos de concluir que no basta con la alegación de que la cláusula cuya retirada se interesa es una condición general del contrato, sino que hay que ejercitar una de las acciones que reconoce dicha legislación, pues en caso contrario la competencia objetiva la ostentarían los Juzgados de Primera Instancia.

En este sentido, el Anteproyecto de modificación de la LOPJ incorporaba en su art. 83 como competencia de los Juzgados de lo Mercantil “*las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales*”, lo que suponía otorgar competencia a los órganos especializados sólo respecto de las acciones colectivas.

Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 12 de febrero de 2010<sup>119</sup>, dispone la competencia de los Juzgados de lo Mercantil tanto en el

---

<sup>119</sup> Vid. *Auto n° 27/2010 de 12 de febrero de 2010*, dictado por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid.

ejercicio de acciones colectivas como en el ejercicio de acciones individuales en base a los siguientes argumentos:

1º Tanto la acción individual de nulidad como la de no incorporación son acciones relativas a condiciones generales de la contratación en la legislación sobre la materia por lo que desde el punto de vista de la interpretación literal o gramatical del precepto no existe fundamento legal para excluirlas de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil.

2º Desde el punto de vista sistemático, la expresión que utiliza la ley en el art. 86 ter 2 LOPJ es idéntica a la empleada en el art. 249.1.5º LEC cuando remite al juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, la tramitación de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación, expresión que sin duda comprende también las acciones individuales de no incorporación y de nulidad toda vez que en dicho precepto se utiliza la más amplia expresión de acciones relativas a condiciones generales sin especificar que debieran ser acciones colectivas.

3º De admitirse la competencia del Juez de Primera Instancia para conocer de las acciones individuales, lo que realmente se impediría es la acumulación de acciones individuales y colectivas en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, al gozar de competencia objetiva para el conocimiento de unas y otras distinta clase de órganos judiciales.

En definitiva, la LOPJ no distingue entre las acciones individuales y colectivas que recoge la LCGC, por lo que debemos considerar que la competencia en todo caso corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil.

## **2. Competencia territorial**

La primera cuestión que debemos abordar es si cabe la sumisión de las partes del contrato de préstamo o de crédito que contiene la cláusula suelo, ya que el art. 54 LEC dispone que las normas sobre competencia territorial sólo se aplicarán cuando no exista sumisión expresa o tácita. La solución a dicha cuestión se encuentra en el ordinal segundo del mismo precepto, que establece que no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por alguna de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.

En los supuestos de acciones individuales en el marco de la LCGC, el art. 52.2.14º LEC establece que en los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante.

Cuando se ejerciten las acciones colectivas será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.

Por su parte, cuando el demandante que firmó con una entidad de crédito española, tiene su domicilio en el extranjero, la competencia territorial será de los Tribunales españoles, puesto que el art. 22.2 LOPJ establece una competencia civil genérica cuando el demandado tiene su domicilio en España. El problema aquí radicaría en que, de acuerdo con el art. 52.2.14º LEC, no queda clara cual sería la competencia territorial puesto que, en el caso de que no se pretenda ejercitar sólo la acción de nulidad sino también la de devolución de cantidad, tendríamos que atender al fuero genérico del domicilio del demandado, es decir, tendría la competencia el Juzgado de lo Mercantil sito en el lugar donde radicare la sucursal en la que se firmó el préstamo hipotecario. Sin embargo, en el caso de solo plantearse la acción de nulidad, cabría la posibilidad de conceder la competencia territorial al Juzgado de lo Mercantil donde radique la finca hipotecada de acuerdo con el art. 52.1.3º LEC.

### **3. Acumulación objetiva de acciones**

Se plantea como cuestión, si cabe acumular a la demanda de nulidad de la cláusula suelo la de indemnización consecuenta a la anulación de la misma, y la petición de condena de hacer, concretamente, a que la entidad financiera recalculase las cuotas del préstamo hipotecario sin la cláusula suelo.

El art. 71 LEC permite la acumulación objetiva de acciones siempre que las mismas no sean incompatibles o, de serlo, que una se ejercite como principal y otra subsidiariamente. Para que las acciones no sean incompatibles han de darse los requisitos previstos en el art. 73 LEC, esto es, que el tribunal posea jurisdicción y competencia para conocer de la acción acumulada; que no hayan de ventilarse las acciones en juicios diferentes; y que la ley no prohíba expresamente la acumulación.

En cuanto a las acciones colectivas no existe problemática alguna, toda vez que el art. 12.2.II LCGC permite expresamente acumular a la acción de cesación, como petición accesorias, la de devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las cláusulas afectadas por la Sentencia.

La cuestión se ha planteado en las acciones individuales, poniendo el acento en la posible incompetencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la acción indemnizatoria. En este sentido, el art. 9 LCGC establece que 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, lo que significa que habremos de aplicar los arts. 1.300 y siguientes CC. Esto nos lleva a pensar que la solicitud de devolución de las cantidades cobradas por la aplicación de la cláusula suelo no es exactamente una acción acumulada, sino la consecuencia ineludible de la aplicación de las normas de nulidad.

#### **4. Medidas cautelares**

De acuerdo con los arts. 721 y siguientes LEC, al demandante se le brinda la oportunidad de solicitar, con carácter previo o coetáneo a la demanda la adopción de medidas cautelares. Para poder solicitar su adopción, se deben cumplir los requisitos recogidos en el art. 728 LEC, a saber: *Periculum in mora*, es decir, que su no adopción dada la duración del proceso impediría o dificultaría la efectividad de la Sentencia; *Fumus boni iuris*, que supone que la adopción de las medidas cautelares tiene su justificación sobre la base de que existe una apariencia de buen derecho; y caución, a fin de que si la Sentencia que recaiga en el pleito principal desestima la pretensión, el demandante pueda hacer frente a las responsabilidades por daños y perjuicios que hubiera podido sufrir el demandado.

En cuanto al tipo de medidas cautelares que se pueden solicitar, el art. 727 LEC no constituye un elenco cerrado, sino una mera lista de ejemplos, pudiendo solicitarse, y por ende adoptarse cualquier otra siempre que cumpla los requisitos predispuestos en el art. 728 LEC.

Las medidas cautelares más usualmente solicitadas en el marco de las demandas de nulidad de cláusulas suelo son la inaplicación cautelar de la cláusula suelo, ya que mientras se sustancia el juicio la cláusula suelo sigue desplegando todos sus efectos y por tanto, lo demandantes siguen abonando el interés en ella estipulado y, la suspensión de la ejecución hipotecaria ya que es muy habitual que, interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Mercantil, se solicite como medida cautelar la suspensión de un procedimiento que conoce el Juzgado de Primera Instancia o un Notario<sup>120</sup>.

#### **VIII. CONCLUSIONES**

De todo lo expuesto, podemos concluir que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 y las posteriores que han confirmado la doctrina jurisprudencial acerca del carácter abusivo de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable

---

<sup>120</sup> Vid. López Jiménez, J.M., *La cláusula suelo*, cit., pp. 308-313.

por una falta de transparencia, han supuesto un cambio radical en la concepción del deber de información precontractual de las entidades financieras sobre el coste del crédito, y también en cuanto a las consecuencias jurídicas vinculadas a esta falta de información, al conectar la falta de transparencia de la cláusula suelo con el carácter abusivo de la misma.

Así las cosas, podemos afirmar que si la entidad bancaria prueba, por ejemplo a través de una declaración del puño y letra del adherente, la comprensión de la cláusula, ésta será lícita, puesto que como ya hemos señalado, la ilicitud no es una característica intrínseca a la cláusula, sino que lo que la dota de la misma, es la no superación del doble control de transparencia al que debe ser sometida para poder obtener el juicio de abusividad.

En cuanto al carácter irretroactivo de la Sentencia, me ha parecido adecuado en el caso concreto, toda vez que no se ha acumulado la acción de devolución de cantidades a la acción de cesación. Ahora bien, no comparto el razonamiento esgrimido por el Tribunal, según el cual se debe atender a razones de orden público económico para la negar la retroactividad de los efectos de la Sentencia, pues no se puede condicionar un derecho del consumidor a una realidad inexistente basada en suposiciones de lo que pudiera ocurrir. Además, considero que la nulidad de una cláusula debe producir efectos como si ésta nunca hubiera existido, y la no devolución de las cantidades provoca que el consumidor quede vinculado a la misma durante el período de tiempo que ha pagado cantidades indebidas con motivo de la aplicación de la cláusula. Por ello, a mi parecer, la irretroactividad de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula sólo favorece a las entidades bancarias, y sitúa al consumidor en el mismo punto en el que estaba antes de la declaración de la nulidad de la cláusula, en una posición de clara inferioridad que provoca que se encuentre vinculado, por un plazo de tiempo, a una cláusula que no ha tenido la capacidad real de conocer.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- Achón Bruñén, J.M., *Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo*, Diario La Ley, nº 8366/2014.
- Agüero Ortiz, A., *Las cláusulas suelo no son objetivamente abusivas, es necesario probar la desinformación*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla- La Mancha, 2014.
- Agüero Ortiz, A., *Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla- La Mancha, 2013.
- Busto Lago, J.M., (coord.), *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi- Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- Cadenas de Gea, C., Pareja Sánchez, M., y Casasola Díaz, J.M., *Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por dónde pisa*, eXtoikos, nº 9/2013.
- Cámara Lapuente, S., (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011.
- Cámara Lapuente, S., *No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia*, Centro de estudios de consumo, Universidad La Rioja.
- Cañizares Laso, A., *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de contratación. Las cláusulas suelo*, Revista de Derecho Civil, nº 3/2015.
- Cardaso Palau, J., *La lista negra de cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales*, Revista Jurídica Española La Ley, Madrid, 2000.
- Carrasco Perera, A., y Cordero Lobato, E., *El espurio control de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 7/2013.
- Cordero Lobato, E., *Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 6/2013.
- De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.
- Díaz Alabart, S., (coord.), *Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas*, Reus, Madrid, 2016.

- Díez- Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol. I*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2007.
- Díez- Picazo y Ponce de León, L., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996.
- Fernández Seijo, J.M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Bosch, Barcelona, 2013.
- García Montoro, L., *La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 5/2013.
- Gento Mahuenda, P., *El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 10/2014.
- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor*, Revista de Derecho de la Unión Europea, Madrid, 2014.
- González Carrasco, M.C., *Cláusula suelo: nulidad por falta de transparencia y problemas de inseguridad jurídica*, Teoría&Derecho, nº 16/2014.
- González Carrasco, M.C., *STJUE 21.12.2016: Retroactividad ¿absoluta? De efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 20/2016.
- Hernández Guarch, C., *La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 6/2013.
- Lasarte, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2017.
- López Jiménez, J.M., *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2014.
- Marcos Francisco, D., *Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales*, InDret, nº 4/2015.
- Menéndez Menéndez, A., y Díez- Picazo y Ponce de León, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.
- Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- Nieto Carol, U., (dir.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- Pagador López, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- 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*, Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Barcelona, 2008.
- Pertíñez Vílchez, F., *La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013*, Diario La Ley, nº 8154/2013.
- Plaza Penadés, J., *Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la irretroactividad de las cláusulas suelo*, Diario La Ley, nº 8553/2015.
- Vázquez Muíña, T., *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Jurisprudencia nacional**

#### Tribunal Supremo

- Sala de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia nº 241/2013 de 9 de mayo de 2013.
- Sala de lo Civil, Sección Pleno, Auto de Aclaración de 3 de junio de 2013.
- Sala de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia nº 139/2015 de 25 de marzo de 2015.

#### Tribunal Constitucional

- Sentencia del Pleno nº 117/1984 de 5 de diciembre de 1984.

#### Audiencia Provincial

- Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, Sección Vigésimo Octava, Auto nº 27/2010 de 12 de febrero de 2010.
- Audiencia Provincial de Cáceres, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 130/2013 de 22 de mayo de 2013.
- Audiencia Provincial de Alicante, Sala de lo Civil, Sección Octava, Sentencia nº 335/2013 de 23 de julio de 2013.

#### Juzgado de lo Mercantil

- Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, Sentencia nº 246/2010 de 30 de septiembre de 2010.

### **Jurisprudencia de la Unión Europea**

#### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia de 26 de octubre de 2006. Asunto C-168/05. Caso Elisa María Mostaza Claro vs Centro Móvil Milenium, S.L.
- Sentencia de 4 de junio de 2009. Asunto C-243/08. Caso Pannon GSM Zrt vs Erzsébet Sustikné Győrfi.
- Sentencia de 6 de octubre de 2009. Asunto C-40/08. Caso Asturcom Telecomunicaciones, S.L. vs Cristina Rodríguez Nogueira.
- Sentencia de 26 de abril de 2012. Asunto C-472/10. Caso Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs Invitel Távközlési Zrt.
- Sentencia de 14 de junio de 2012. Asunto C-618/10. Caso Banco Español de Crédito, S.A. vs Joaquín Calderón Camino.
- Sentencia de 14 de marzo de 2013. Asunto C-415/11. Caso Mohamed Aziz vs Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).
- Sentencia de 21 de diciembre de 2016. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Caso Francisco Gutierrez Naranjo vs Cajasur Banco, S.A.U.; Ana María Palacios Martínez vs Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); y Banco Popular Español, S.A. vs Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu.