

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

CURSO 2022 - 2024

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE
ALGUNAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS BANCARIOS CON
CONSUMIDORES: CLÁUSULAS SUELO, CLÁUSULAS SOBRE GASTOS
HIPOTECARIOS, CLÁUSULAS DE COMISIÓN DE APERTURA Y
CLAUSULAS REFERENCIADAS AL IRPH.**

**EVOLUCIÓN E ESTADO ACTUAL DA XURISPRUDENCIA SOBRE
ALGUNHAS DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON
CONSUMIDORES: CLÁUSULAS CHAN, CLÁUSULAS SOBRE GASTOS
HIPOTECARIOS, CLÁUSULAS DE COMISIÓN DE APERTURA E
CLÁUSULAS REFERENCIADAS AO IRPH.**

**EVOLUTION AND CURRENT STATE OF THE JURISPRUDENCE ON SOME
ABUSIVE CLAUSES IN BANKING CONTRACTS WITH CONSUMERS:
FLOOR CLAUSES, CLAUSES ON MORTGAGE EXPENSES, OPENING
COMMISSION CLAUSES AND CLAUSES REFERENCED TO THE IRPH.**

ALUMNO: RUY AUMAITRE PEREIRO

TUTOR: DR. FERNANDO PEÑA LÓPEZ

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. MARCO JURÍDICO.....	3
II.1. ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	4
II.2. ÁMBITO NACIONAL	4
III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN CONTRATOS BANCARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES.....	5
III.1. LA DIRECTIVA 93/13/CEE.....	6
III.3. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA	8
III.4. EL CONTROL DE CONTENIDO	9
IV. LAS CLÁUSULAS SUELO	9
IV.1. LA SITUACIÓN PREVIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013.	10
IV.2. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013.	13
IV.3 LOS EFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA	17
IV.4. LA NOVACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO Y LA RENUNCIA DE ACCIONES.....	19
V. LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.....	22
V.1 LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.	24
V.2 LOS EFECTOS DE LA NULIDAD: LA RESTITUCIÓN DEL PAGO A TERCEROS.	25
V.3 LA DISTRIBUCIÓN DE GASTOS.....	26
VI. LA COMISIÓN DE APERTURA.	29
VII. EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	33
VII.1. SITUACIÓN ACTUAL, TRAS LA STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023	36
VII. ESTADO ACTUAL DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE PAGADAS POR EL CONSUMIDOR.....	39
VIII. CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA	47
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	0

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.:	Artículo.
CC:	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
TRLGDCU:	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.
LCGC:	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
LEC:	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS:	Tribunal Supremo.
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, el derecho de consumo se ha visto notablemente estimulado por el impacto jurídico y social de la declaración de nulidad de distintas cláusulas. La sucesiva evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo, a la luz de las distintas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha motivado la realización del presente trabajo, en el que se analiza qué posiciones han adoptado ambos tribunales a lo largo de los años respecto de la nulidad de las cláusulas en contratos de préstamo hipotecario.

Se comenzará determinando el marco jurídico que rige en la contratación de préstamos hipotecarios entre profesionales y consumidores para, seguidamente, hacer referencia a los mecanismos legales para controlar la eventual abusividad de cláusulas contenidas en este tipo de contratos.

A continuación, se realizará un examen de las posturas jurisprudenciales adoptadas en referencia a cada clase de cláusula, comenzando por las cláusulas suelo y siguiendo, sucesivamente, por las cláusulas suelo, las cláusulas de gastos hipotecarios, las cláusulas de comisión de apertura y, por último, las cláusulas referenciadas al índice de referencia de préstamos hipotecarios.

Finalmente, se tratará, bajo la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el estado actual de la prescripción de la acción de restitución de las cantidades, aprovechando la publicación de su sentencia de 25 de enero de 2024.

A través de este análisis se busca no solo comprender la evolución jurisprudencial en este ámbito, sino también su impacto en la protección de los derechos de los consumidores y la configuración del marco legal que rige las relaciones entre entidades financieras y consumidores en España.

II. MARCO JURÍDICO

Las cláusulas analizadas en el presente trabajo comparten la particularidad de que siempre están insertadas en contratos bancarios con consumidores con ocasión de préstamos hipotecarios. Todas ellas se encuentran sometidas de forma común a una serie de normas europeas y nacionales. Las siguientes disposiciones normativas son de aplicación tanto a

las cláusulas suelo, a las cláusulas sobre gastos hipotecarios, a las cláusulas de comisión de apertura y a las cláusulas referenciadas al índice de referencia de préstamos hipotecarios. Nótese que tanto la lista de normativa de ámbito de la Unión Europea como la lista de normativa de ámbito nacional no pretende agotar todas las normas relacionadas con la protección de los consumidores, sino las más relevantes a efectos de analizar la validez de estas cláusulas.

II.1. Ámbito de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea la protección a los consumidores es fundamental, y se instrumenta, principalmente, mediante directivas:

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en adelante, Directiva 93/13/CEE, que constituye la piedra angular en el análisis de abusividad de una cláusula en un contrato celebrado entre profesionales y consumidores.

La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

La Directiva 2013/11/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE

Por último, la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

II.2. Ámbito nacional

En el ámbito nacional la protección a los consumidores se encuentra prevista en normas de distinta jerarquía.

La Constitución Española, que dispone en su art. 51.1 que “1. *[l]os poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*”.

El Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en adelante, CC, en la medida en la que en él se regula los efectos de la nulidad, la prescripción y el deber de restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

Trasponiendo a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 93/13/CEE, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en adelante, LCGC, que, además, regula el llamado control de incorporación.

El 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, en adelante, TRLGDCU, en los que se recogen los controles de transparencia y contenido.

La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que como se explica en su exposición de motivos, tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE.

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN CONTRATOS BANCARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

Para analizar la eventual abusividad de una cláusula en un contrato bancario celebrado con consumidores los tribunales pueden acudir a tres tipos de controles: el control de incorporación, el control de transparencia y el control de contenido; interpretados todos ellos a la luz de la Directiva 93/13/CEE.

III.1. La Directiva 93/13/CEE

El objetivo principal de la Directiva 93/13/CEE es armonizar las disposiciones legales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas, promoviendo así un nivel común de protección para los consumidores en toda la UE. Ya desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, asunto 6-64, *Flaminio Costa/ENEL*¹, y desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26-62, *Van Gend*², quedó consagrado que el derecho comunitario goza del principio de primacía y de efecto directo³, de tal forma que este prevalece frente al derecho nacional y es directamente aplicable por los ciudadanos de la Unión Europea frente a los tribunales nacionales y europeos. Respecto de las directivas, que según el art. 288 párrafo segundo TFUE, obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, tienen efecto directo vertical⁴ reconocido desde la STJUE de 4 de diciembre de 1974, asunto 41-74, *van Duyn contra Home Office*⁵.

Ello explica que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hayan hecho a lo largo de los años tanto énfasis en esta directiva, fundamentando el análisis de la abusividad de las cláusulas objeto de este trabajo en la interpretación de sus artículos. hacerse una breve explicación de algunos de sus artículos. Tal vez el más citado por ambos tribunales, el art. 4.2, que dispone que: “2. *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni*

¹ ECLI:EU:C:1964:66

² ECLI:EU:C:1963:1

³ En el plano nacional, la STC 145/2012, de 2 de julio de 2012 (Recurso de amparo 273-2011): “*En este sentido debemos recordar (como ya lo hicieramos en ATC 228/2005, de 1 de junio, FJ 5) que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones. En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad.*”

⁴ Está condicionado a que el estado miembro haya fallado en la incorporación de la directiva y únicamente pueden ejercerse por los ciudadanos europeos únicamente frente a los tribunales, pero no frente a otros ciudadanos. SCHÜTZE, R. *An introduction to european Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. ISBN 978-1-107-53032-4, pp 128-135.

⁵ ECLI:EU:C:1974:133

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.” Su importancia reside en que elimina del control de abusividad todas aquellas cláusulas que formen parte del objeto principal del contrato, es decir, prácticamente todas aquellas que afecten al precio del contrato de préstamo hipotecario y, en especial, las que hacen referencia a los tipos de interés, como las cláusulas suelo o el IRPH, siempre y cuando estas sean transparentes. Esta última salvedad ha motivado múltiples interpretaciones del control de transparencia de las cláusulas abusivas, pues es el único modo de controlar la abusividad de este tipo de cláusulas.

Para todas aquellas cláusulas no negociadas individualmente y que no formen parte del objeto principal del contrato, la directiva dispone en su art. 3 que serán nulas aquellas que *“pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”* De este artículo se ha servido el Tribunal Supremo en su argumentación para declarar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, dado que atribuirselos por completo al consumidor causa un desequilibrio grave entre sus obligaciones y las del profesional con quien contrata. Asimismo, el artículo 5 añade los requisitos de comprensibilidad y claridad en la redacción de la cláusula. Por último, su artículo 6.1 recoge que, una vez declarada abusiva una cláusula, ésta no podrá seguir vinculando al consumidor con su contenido. Resulta especialmente relevante este artículo para la elaboración de la doctrina jurisprudencial de la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor al empresario o a un tercero con ocasión de una cláusula declarada nula por su abusividad. En definitiva, la Directiva 93/13/CEE, como se verá, ha sido la piedra angular de la protección de los derechos del consumidor en contratos de préstamo hipotecario celebrados con entidades bancarias.

III.2. El control de incorporación.

El control de incorporación es el primer paso que han de superar las condiciones generales de la contratación para entenderse incluidas en el contrato⁶.

⁶ BARRAL VIÑALS, I. *Los contratos de crédito inmobiliario: control de transparencia vs control de abusividad*. Navarra:Editorial Aranzadi, 2020. ISBN 978-84-1345-066-7, pp 215-26.

Se recoge en los arts. 5.1 y 2 LCGC y 63.1 TRLGDCU y se supera cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes, haciendo entrega del documento que las contiene para que tenga la posibilidad de conocerlas. La finalidad de este control no es que el consumidor conozca el significado o carga económica o jurídica de las cláusulas, sino que haya tenido la posibilidad de conocerlas por ser estas aceptadas, accesibles y legibles⁷.

Así, aquellas cláusulas que el consumidor no haya tenido la posibilidad de conocer no podrán quedar incorporadas al contrato, *ex* arts. 7.1 LCGC y 81.1 TRLGDCU. Una vez se han incorporado las cláusulas generales de la contratación al contrato, se podrá controlar su abusividad mediante el control de transparencia y de contenido. Sea como fuere, ninguna de las cláusulas analizadas en este trabajo ha sido declarada nula por no superar el control de incorporación.

III.3. El control de transparencia

El control de transparencia se deriva del art. 80.1.a) y b) TRLGDCU. También se recoge en el precitado art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE. Sin ánimo de agotar todos sus extremos, puesto que se hará referencia a este control en numerosas ocasiones, cabe destacar dar una noción principal. Según la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013⁸: *además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato 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 carga jurídica del mismo la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.* Es decir, el control de transparencia va más allá de la

⁷ BUSTO LAGO, J.M. Las funciones notariales y registrales y el control de transparencia del préstamo hipotecario en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 265.

⁸ ECLI:ES:TS:2013:1916

cognoscibilidad gramatical de la cláusula, se extiende a que el consumidor sea capaz de comprender las consecuencias económicas y jurídicas de su suscripción.

III.4. El control de contenido

El control de contenido se recoge en el arts. 82 TRLGDCU y 3 de la Directiva 93/13/CEE. Consiste en la protección al consumidor desde la prohibición de aquellas cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre las partes. Para considerar la existencia de desequilibrio se ha de realizar una comparación con el derecho positivo aplicable en caso de que no existiera la cláusula impugnada⁹.

Sin embargo, este control queda excluido cuando se trata de cláusulas que afectan al objeto principal del contrato ex art 4.2 Directiva 93/13/CEE, lo que justifica que no pudiera aplicarse en el caso de las cláusulas suelo ni en las cláusulas IRPH, pero sí en las cláusulas de gastos hipotecarios o de comisión de apertura.

IV. LAS CLÁUSULAS SUELO

Las llamadas cláusulas suelo, tal y como las define el Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, por la que se declara por primera vez su nulidad, son cláusulas que establecen un tipo de interés variable referenciado al EURIBOR con un límite a la baja, normalmente del 2,5%, y otro límite al alza, por lo general de 15%. Estaban previstas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Su declaración de nulidad ha conllevado un gran impacto tanto a nivel social como a nivel jurídico, generando jurisprudencia cambiante a lo largo de los años y obligando al Tribunal Supremo a adaptarse a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Resulta imprescindible, primero, tratar la situación previa a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, para luego poder examinar las razones por las que se declaró la nulidad de las cláusulas suelo. Posteriormente, se comentarán los efectos de la

⁹ BARRAL VIÑALS, I., 2020. pp 158-160.

retroactividad de dicha sentencia y la obligación de la restitución de las cantidades, debido a que fueron cuestiones cuya interpretación jurisprudencial ha sido diversa. Por último, se estudiarán las cláusulas de novación de la cláusula suelo y la renuncia de acciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo.

IV.1. La situación previa a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Antes de la crisis económica en España de 2007, el mercado hipotecario en España experimentó un periodo de expansión significativo. El crecimiento económico establece y la relativa facilidad en la concesión de préstamos hipotecarios propició el gran aumento de estos, llegando a formalizarse un total de 1.863.846 hipotecas sobre fincas rústicas y urbanas, lo que supuso un aumento del 6,3% con respecto al año 2005, con un tipo de interés medio del 3,83%¹⁰.

Ante esta situación de bonanza y sin precedentes judiciales que lo amparasen, no era práctica común el emprender acciones judiciales tratando de declarar abusiva una cláusula en la que se determina un elemento tan esencial del contrato como es el interés del préstamo; pues parecía que la redacción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, lo impedía en su totalidad, y prueba de ello es cuán desértica era la jurisprudencia española y del TJUE en este aspecto.

En este sentido se pronunciaba el Banco de España en su *“Informe del banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios”*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 7 de mayo de 2010, al concluir expresamente sobre las cláusulas suelo que: *“no consta que ningún tribunal de justicia español se haya pronunciado sobre el particular. No obstante, con carácter general, cabe indicar que con arreglo a la directiva comunitaria citada anteriormente, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no puede referirse a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución.”*¹¹. Sin embargo, resulta

¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Estadística de Hipotecas (Base 2003) Año 2007 y diciembre 2007. Datos provisionales*. Notas de prensa, 2008.

¹¹ BANCO DE ESPAÑA. *Informe del banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010. Pp 15.

interesante como en sus conclusiones sí apunta a la posibilidad de declarar abusivas dichas cláusulas cuando no han sido pactadas con transparencia, tal y como lo haría posteriormente el Tribunal Supremo en su archiconocida sentencia de 9 de mayo de 2013.

Aún durante la crisis, los préstamos a tipo de interés variable indiciados a tipos del mercado monetario, que suponían el 84% de los concedidos a diciembre de 2009, convivían con la legislación sustantiva que venía a proteger los derechos de los consumidores. Es de suma relevancia, como ya se citó, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el 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, que vino a derogar la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Con todo, las cláusulas suelo fueron comunes y vivieron una situación pacífica hasta el estallido de la burbuja inmobiliaria en 2007. La recesión económica, el desplome de los precios de vivienda, la falta de confianza en el sector financiero y la innumerable quiebra de empresas constructoras dispararon la pérdida de muchos puestos de trabajo y afectaron directamente a la capacidad de los prestatarios de hacer frente al pago de los préstamos hipotecarios. Todo ello propició que muchos de los consumidores que no podían satisfacer regularmente la deuda contraída acudiesen a la vía judicial contra las entidades bancarias, buscando la nulidad de las cláusulas suelo y tratando de frenar la ola de desahucios que también caracterizó la época.

La primera jurisprudencia fue variada. Las decisiones judiciales que consideran abusivas las cláusulas suelo argumentan, principalmente, que estas poseen la naturaleza de condiciones generales de contratación; ello significa que no son objeto de negociación con el consumidor, sino que son impuestas por las entidades financieras a menos que estas demuestren lo contrario. También se apunta a que estas cláusulas son accesorias y a que no forman parte del precio, puesto que pueden llegar a no aplicarse en determinadas circunstancias.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de septiembre de 2012¹², que a su vez se apoyó en la STS 663/2010, de 4 de noviembre de 2010¹³, que declaró la nulidad por abusiva de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés aplicable a un contrato de préstamo de la que formaba parte como condición general de la contratación, argumenta que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, inclusive aquellas referentes a aspectos fundamentales del contrato, como el precio, pueden estar sujetas a revisión jurisdiccional en relación con su eventual carácter abusivo; por lo que las cláusulas suelo pueden ser declarada abusivas sin ser contraria a la interpretación del art. 4.3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo.

También se argumenta que se genera un desequilibrio en las obligaciones contractuales en detrimento del deudor, especialmente si no van acompañadas de una cláusula techo correspondiente, o si esta es desproporcional en comparación con la cláusula suelo a favor del acreedor. En algunos casos, el límite inferior es tan elevado que, de haberlo conocido, el cliente habría obtenido mayores beneficios al acordar un interés fijo. Así la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, de 19 de junio de 2012¹⁴, que explica que la entidad financiera tenía pleno conocimiento, al redactar la cláusula suelo, de que esta entraría en vigor. Sin embargo, la cláusula resulta engañosa toda vez que se complementa con un límite aparentemente beneficioso para el consumidor, pero perjudicial para la entidad, el cual impediría el aumento de los tipos de interés a partir de un supuesto completamente irreal, estableciendo un techo del 12%. De esta manera, la entidad bancaria encubre la cláusula suelo con otra que sabe que nunca será efectiva en la práctica. Por ser contraria a la buena fe y abusiva, la audiencia provincial consideró que la cláusula había sido declarada nula correctamente por el juzgador de instancia.

En contra, contamos con la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2011¹⁵, objeto del recurso que resuelve la STS de 9 de mayo de 2013. La sala estima el recurso de apelación interpuesto por BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR contra la sentencia de primera instancia. Considera que las cláusulas suelo no son condiciones generales de la contratación, que no están impuestas por el empresario y que son

¹² ECLI:ES:APA:2012:2230

¹³ ECLI:ES:TS:2010:6062

¹⁴ ECLI:ES:APCC:2012:488

¹⁵ ECLI:ES:APSE:2011:1470

transparentes, pues se han incorporado siguiendo las previsiones normativas sobre transferencia bancaria.

IV.2. La nulidad de las cláusulas suelo en la STS de 9 de mayo de 2013.

El análisis de la nulidad de las cláusulas suelo ha de hacerse, por supuesto, desde la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, en la que el Alto Tribunal trata de poner fin a la cuestión que motivaba el creciente número de demandas en la época. De forma previa se debe advertir que las cláusulas suelo, en sí mismas, no son ilegales dado que no contravienen ninguna norma imperativa o prohibitiva¹⁶; por lo tanto, su validez está condicionada a si se ha facilitado suficiente información al consumidor para que pueda conocer la carga económica que suponen¹⁷. En palabras del TS, para su validez “*no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo – máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite -. Más aún son lícitas las cláusulas suelo que no coexistan con cláusulas techo*” (párr. 257). Así, este apartado se hará hincapié en los extremos referidos a la propia abusividad de la cláusula, el posible efecto derivado de restitución de las cantidades indebidamente cobradas y la retroactividad de la sentencia.

En primer lugar, se hubo de resolver sobre si las cláusulas suelo eran realmente condiciones generales de la contratación, puesto que, de no serlo, no podrían aplicársele las normas de protección contenidas en la LCGC, relativos a las condiciones no negociadas individualmente y a las cláusulas abusivas.

En este sentido, el tribunal de apelación negó que las cláusulas suelo perteneciesen a las condiciones generales de la contratación al considerar que este tipo de cláusulas abordaban elementos esenciales de los contratos y que, por ello, el consumidor debía conocerlas; y por lo mismo las aceptaba de manera libre y voluntaria.

¹⁶ ACHÓN BRUÑÉN, M.J. *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca : tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*. Madrid: Dykinson, 2017. ISB: 978-84-9148-182-9, pp15-16.

¹⁷ STS 9 de mayo de 2013: “256. *Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.*”

Sin embargo, el Tribunal Supremo sí considera que las cláusulas suelen ser condiciones generales de la contratación. En el párrafo 137 se argumenta su decisión, estableciendo cuatro requisitos: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Es decir, pese a que las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato, el interés del préstamo, no existen obstáculos para que sean consideradas condiciones generales de la contratación, puesto que las mismas se definen por el método de inserción en el contrato. En estos casos, la negociación con las entidades bancarias se limitaba a aceptar, o no, el precio del contrato, y esto no supone una verdadera facultad de elección para el consumidor que permita considerar que las cláusulas han sido negociadas individualmente. Cabe destacar que, tal y como se recoge en su párrafo 165 d), la carga de la prueba se ve invertida, de tal modo que sea el empresario quien deba probar que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en contratos masivos a modo de condición general. En cualquier caso, excluye el Alto Tribunal la posibilidad de que la imposición de estas cláusulas comporte necesariamente su abusividad, pues es esta una práctica común que facilita el tráfico jurídico al abaratar costes y homogeneizar la contratación con miles de clientes.

Dado que el proceso de contratación empieza con la entrega de un folleto informativo al solicitante, continúa con la provisión de fichas de información personalizada (FIPRE y FIPER), seguido de una oferta vinculante en la que se detallan las condiciones financieras, que se permite al prestatario revisar la escritura pública durante los tres días previos a la firma y que se formaliza en escritura pública ante notario; se considera cumplido el requisito de incorporación¹⁸.

Habiendo sentado lo anterior, todavía hubo que salvar el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13/CEE y a su art. 4.2., que disponía que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*¹⁹. El

¹⁸ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. *Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013)*. *Boletín Oficial del Estado*, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 6, ISBN 978-84-9085-869-1, págs. 153-184.

¹⁹ Aunque la directiva no está transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, como recuerda la STS 16 de julio de 2020, haciendo referencia a la STS de 9 de mayo de 2019: *“En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.”*

Tribunal Supremo mantiene que las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato²⁰. Sin embargo, que no puedan ser sometidas al control de contenido no obsta a que sean sometidas al doble control de transparencia, tal y como hace el Tribunal Supremo en esta resolución.

Este concepto de doble control de transparencia material fue implementado por primera vez en esta sentencia, teniendo objetivo permitir que el consumidor conozca la verdadera onerosidad del contrato a cambio de lo que el empresario le ofrece, de tal forma que sepa cómo y en qué incide la determinada cláusula en el precio del contrato²¹.

Tanto en la práctica habitual como en el caso juzgado, las entidades bancarias acostumbraban a omitir cualquier tipo de información más allá del mero funcionamiento de la cláusula y de sus límites a la baja y al alza, es decir, se explicaba sucintamente en qué consistía, pero se ocultaban sus verdaderas consecuencias utilizando una redacción poco clara enmarcada, muchas veces, entre otra información que se explicaba de forma exhaustiva. Con todo, pese a que se pudiese superar el control de transparencia al incorporar las cláusulas al contrato como condición general de la contratación, las mismas no superaban el requisito de claridad que se exige para los contratos suscritos con consumidores (párr. 223). Además, la prestamista entidad bancaria ocupa una situación de prevalencia en el funcionamiento del mercado económico, haciéndosele previsible que las futuras oscilaciones a la baja estarían cubiertas por el límite suelo incluido en el contrato, de tal forma que lo que al principio era un préstamo a tipo de interés variable terminaba por convertirse en un préstamo a tipo de interés fijo.

Concluye el Tribunal Supremo que, con carácter general, las cláusulas suelo no son transparentes puesto que existe una deficiencia de información clara que aclare la naturaleza definitoria del elemento principal del contrato, se integran de manera conjunta con las cláusulas techo, como si estas fueran una contraprestación de aquellas, no se facilitan simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible y razonable del tipo de interés en el momento de formalizar el contrato y no se

²⁰ En sentido contrario, GONZÁLEZ CARRASCO, C. Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo 2013. Revista CESCO de Derecho de Consumo, ISSN-e 2254-2582, N.º. 6, 2013. Pp 116-128.

²¹ CÁMARA LAPUENTE, S. El control de cláusulas abusivas sobre el precio. Revista CESCO de Derecho de Consumo, ISSN-e 2254-2582, N.º. 6, 2013. Pp 98-115

suministra información de comparaciones de estos productos con otros de la misma entidad, de forma que el consumidor pudiera tener una elección formada.

Llegado a este punto, se estima que la falta de transparencia y, en concreto, la falta de información clara y completa, producen un desequilibrio importante contrario a la buena fe. Pese a que las cláusulas suelo en sí mismas sean lícitas (párr. 256), su configuración y previsibilidad en el futuro hacen que el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, se convierta exclusivamente al alza (párr. 264). Se convierte el control de transparencia, entonces, en un criterio de validez de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores²². Resta conocer cuál es el efecto de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo.

La consecuencia principal es la derivada del art. 83 TRLGDCU, la nulidad. En el caso que nos ocupa resulta lógico que se trate de una nulidad parcial, pues el contrato puede subsistir sin estas cláusulas, habida cuenta de que, pese a ser un elemento que conforma el objeto del contrato, no son un elemento esencial del mismo (párr. 273). La expulsión parcial de las cláusulas nulas con la subsistencia del resto del contrato, principio *utile per inutile*, es un mecanismo expresamente habilitado por el art. 9.2 LCGC. Sin embargo, el art. 83.2. TRLGDCU otorga la posibilidad de integración y reconstrucción del contrato, de tal forma que el juez pudiera modificarlo para subsanar el vicio. En cualquier caso, apunta la sentencia que esta facultad ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, por lo que la labor del juzgador en este sentido debe limitarse a la expulsión de la cláusula del contrato.

En conclusión, el Tribunal Supremo falla declarando la nulidad de las cláusulas suelo, condenando a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización y declarando la subsistencia de los meritados contratos.

Como se observa, la protección ofrecida al consumidor mediante la doctrina del control de transparencia, aunque efectiva, resulta limitada, pues es reactiva, toda vez que únicamente entra en juego *a posteriori*, una vez que la mala práctica bancaria ya está hecha; aquel consumidor sin formación financiera o jurídica seguirá adoptando las

²² PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017. ISBN 978-84-9143-581-5, pp-15.

mismas decisiones dado que el control de transparencia no influye directamente sobre su vulnerabilidad²³.

IV.3 Los efectos de la retroactividad de la sentencia

El Tribunal Supremo consideró en su STS 9 de mayo de 2013 y reafirmó en su STS 139/2015, de 25 de marzo de 2015²⁴, que los efectos de la retroactividad de las declaraciones de nulidad se debían limitar a la fecha de publicación de la primera sentencia.

Consideró el Alto Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 prevalecía sobre los efectos de la retroactividad, puesto que se trataba de contratos ya firmados cuyos efectos habían sido consumados y que, permitir la nulidad de todas las cláusulas suelo, indiferentemente del momento en que hubieran sido insertadas en el contrato, conllevaría a un desequilibrio en la seguridad jurídica y en el orden público económico; obviando que ello produciría un detrimento económico del consumidor frente a entidades bancarias que no habían obrado acorde a derecho²⁵. Es por ello por lo que, en un primer momento, los efectos de la retroactividad no alcanzaron a los pagos efectuados antes de la publicación de la sentencia. Ello también significa que en un primer momento el Tribunal Supremo no se pronunció sobre el deber de restitución de los intereses pagados conforme a las cláusulas suelo.

No fue hasta 2015, cuando varias sentencias, como la STS de 25 de marzo de 2015 o la de 29 de abril de 2015²⁶, fallaron que las entidades bancarias debían restituir dichos

²³ PEÑA LOPEZ, F. El consumidor vulnerable en el mercado financiero en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 40-41.

²⁴ ECLI:ES:TS:2015:1280

²⁵ En este sentido, ACHÓN BRUÑÉN, M.J. *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca: tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*. Madrid: Dykinson, 2017. ISB: 978-84-9148-182-9, p. 60; PLATERO ALCÓN, A. *La restitución íntegra en las cláusulas suelo hipotecarias abusivas: Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de diciembre de 2016 y su repercusiones prácticas*. Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, 2017. ISSN-e 2695-7728, ISSN 0213-988X, 33, pp. 11–11 y MONTORO GARCÍA, L. *Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, ISSN-e 2254-2582, Nº. 6, 2013. Pp 200-205.

²⁶ ECLI:ES:TS:2015:2207

intereses, pero solo en aquellos casos en los que se hubiesen pagado tras la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013²⁷.

Lejos de estar asentada la cuestión, el TJUE, con motivo de las cuestiones de prejudicialidad planteadas por el Juzgado Mercantil nº1 de Granada y por la Audiencia provincial de Alicante, dictó la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Cajasur Banco, S.A.U.* ²⁸, en la que se resuelve en sentido contrario a como lo venía haciendo hasta este momento el Tribunal Supremo. El TJUE deshecha la posibilidad de limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la declaración de abusividad de una cláusula, de tal forma que solo pudieran reclamarse aquellos acaecidos posteriormente a la resolución judicial que la declarase como tal. De no ser así, además de verse afectado el orden público, se eliminaría el efecto disuasorio frente a los profesionales para que actúen acorde a derecho²⁹. Llega a esta conclusión mediante una estricta interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que dispone que: *“1. los Estados miembros establecerán 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 y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”*

Es importante hacer una precisión en este aspecto, y es que el TJUE sí considera acorde al Derecho de la Unión Europea que los estados miembros establezcan plazos razonables para recurrir decisiones judiciales, véase la sentencia del 6 de octubre de 2009, Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*³⁰, de tal forma que abre la puerta a someter la acción para exigir su nulidad un plazo concreto. De hecho, como se tratará más adelante, una cuestión conflictiva en los tribunales a la hora de determinar los efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas es la prescripción de la acción, que actualmente se encuentra sometida a varias cuestiones de prejudicialidad elevadas ante el TJUE. En cualquier caso, el TJUE dejó claro que la interpretación del Tribunal Supremo en su ST de 9 de mayo de

²⁷ PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. 2017. Pp-16.

²⁸ ECLI:EU:C:2016:980

²⁹ MÚRTULA LAFUENTE, V. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas de intereses y su interpretación del artículo 4.2 de la directiva 93/13 en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 102-103.

³⁰ ECLI:EU:C:2009:615

2013, sobre el extremo de la retroactividad de la sentencia, era erróneo, de tal forma que los consumidores podrían reclamar en sede judicial la nulidad de las cláusulas suelo incluidas en contratos anteriores a 2013. Finalmente, el Tribunal Supremo rectificó su doctrina en su sentencia 123/2017, 24 de febrero de 2017³¹.

La citada sentencia del TJUE propició la aprobación del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, en un intento del legislador de hacer frente a la gran oleada de demandas que se avecinaba. Mediante este real decreto se habilitó un procedimiento extrajudicial en el que el consumidor, tras un requerimiento a su entidad bancaria, podría recibir una respuesta en la que se liquidasen los intereses indebidamente cobrados a causa de las cláusulas suelo. Sin embargo, como es sobradamente conocido, este mecanismo resultó fallido³². Pese a que los consumidores sí optaron en la mayoría de las ocasiones en presentar la reclamación extrajudicial, los bancos prefirieron denegarlas y dirimir la cuestión en sede judicial.

IV.4. La novación de las cláusulas suelo y la renuncia de acciones

Las entidades bancarias vieron como una posible solución ante las numerosas demandas, que seguramente habrían de ser estimadas, pactar con el consumidor una novación de la cláusula suelo con expresa renuncia de acciones judiciales posteriores. Así, eliminarían la cláusula suelo sustituyéndola por otra en la que se estableciese un tipo de interés fijo, menor al anterior suelo, condicionándolo a que el consumidor renunciase a ejercitar acciones judiciales. Además, solían incluir una transcripción a mano del consumidor conforme este conocía y comprendía la carga económica que suponía la novación del contrato. La novación, del latín *novare*, renovar³³, se regula en los arts. 1.203 y ss. del Código Civil. Es vital distinguirla de la transacción, pues como se trata a continuación, el

³¹ ECLI:ES:TS:2017:477

³² ACHON BRUÑÉN, M.J. *Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo*. Diario La Ley, N° 8907, Editorial Wolters Kluwer, Sección Doctrina, 24 de enero de 2017.

³³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Novación* [web]. Diccionario de la lengua española [consulta: 10 de diciembre de 2024].

Tribunal Supremo supedita la aplicación del art. 1208 CC³⁴ a la novación, y no a la transacción.

Pese a que la novación no encuentra una definición literal en el Código Civil, de su articulado se infiere que la misma puede ser extintiva³⁵ o modificativa³⁶, consistiendo en ambos casos en la sustitución de un elemento del contrato por otro distinto³⁷. En cambio, de la transacción sí aporta el Código Civil una definición. Art. 1809 CC: “*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.*” Este tipo de contrato se caracteriza por dos notas principales³⁸: la situación de controversia y la bilateralidad.

Así, el criterio clave para distinguir la novación de la transacción en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores en los que se sustituye la cláusula suelo por otra de un tipo de interés menor a cambio de una renuncia expresa de acciones es la concesión recíproca entre las partes³⁹.

Las dos primeras posiciones del Tribunal Supremo sobre la novación de la cláusula suelo y la renuncia de acciones resultan esclarecedoras para comprender su doctrina actual: La primera, mediante la STS 558/2017, de 16 de octubre de 2017⁴⁰, en la que se resuelve un caso en el que, con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, a instancia del prestatario adquirente de la vivienda, el banco accedió a rebajar el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas

³⁴ Art. 1208 CC: “*La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.*”

³⁵ Art. 1156 CC: “*Las obligaciones se extinguen: [...] Por la novación.*”

³⁶ Art. 1203 CC: “*Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.*”

³⁷ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. De la novación. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi, 2021. ISBN: 978-84-1345-755-0. pp. 1561-1586.

³⁸ CARRASCO PERERA, A. De las transacciones. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi, 2021. ISBN: 978-84-1345-755-0. pp. 2261-2267.

³⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J. *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario: un análisis desde la directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*. Madrid: Reus Editorial, 2019. ISBN : 84-290-2149-3. Pp 30.

⁴⁰ ECLI:ES:TS:2017:3721

de esa misma promoción. El TS determinó que este tipo de acuerdo constituía una novación del precio y, dado que la cláusula suelo impugnada era nula, el acuerdo novatorio posterior a su firma sobre el tipo de interés también lo era en virtud del art. 1208 CC. La segunda, mediante la STS 25/2018 de 11 de abril de 2018⁴¹, que resuelve la impugnación de una cláusula mediante la cual las partes ratifican la validez de los dos préstamos originarios, renunciando los prestatarios a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado y que, a partir del momento de su firma, el tipo de interés mínimo aplicable al precio será de 2,25%. El tribunal considera que este acuerdo constituye una transacción y no una novación, puesto que consiste en un pacto en el que la voluntad de las partes es la evitación de una controversia judicial mediante concesiones recíprocas⁴². Consecuentemente, no resulta de aplicación el art. 1208CC y, dado que el acuerdo es transparente y no contraviene la ley, el TS lo declara válido.

El TJUE se pronunció sobre la validez de la novación⁴³ de las cláusulas suelo y de renuncia de acciones mediante su sentencia de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, *Ibercaja Banco, S.A.*⁴⁴, en la que se responde a si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, puede ser objeto de una novación mediante la cual el consumidor renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula. Efectivamente, el TJUE considera que el acuerdo novatorio no resulta contrario al art. 6.1 de la ya citada Directiva 93/13 CEE, siempre y cuando la renuncia provenga de una negociación individual de la cláusula en la que el consumidor haya sido informado previa y correctamente, de tal forma que pueda dar su libre consentimiento. Por lo tanto, la novación será válida en tanto

⁴¹ ECLI:ES:TS:2018:1238

⁴² STS 25/2018 de 11 de abril de 2018: “*Propiamente, ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el animus de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación.*”

⁴³ En esta sentencia el TJUE, pese a citar el art. 1208CC, no distingue en su argumentación las figuras de novación y transacción, pese a que son elementos clave en las sentencias del TS.

⁴⁴ ECLI:EU:C:2020:536

sea transparente, es decir, toda vez que el consumidor conozca la carga real del nuevo acuerdo.

El Tribunal Supremo adopta esta doctrina y define sus extremos en la STS 581/202 de 5 de noviembre de 2020, en la que se vuelve a resolver sobre la modificación del tipo de interés y la cláusula de renuncia de acciones en un contrato de préstamo hipotecario con cláusula suelo. Tras varias referencias a la precitada sentencia del TJUE, añade como factor que contribuye a apreciar la transparencia de la cláusula de novación la enorme repercusión de la STS de 9 de mayo de 2013, dando por sentado que el prestatario debía conocer de la falta de transparencia de las cláusulas suelo; es decir, se acude a elementos externos, a información cuya notoriedad es pública, para determinar que el consumidor sí fue debidamente informado. Respecto al hecho de que el consumidor hubiera transcrito a mano que conocía y comprendía la carga económica que suponía la novación del contrato, el Tribunal Supremo recuerda, con cita de la STJUE de 9 de julio de 2020, que este es un elemento indicativo de la transparencia de la cláusula, pero no determinante ni constitutivo de que fuera negociada individualmente.

Sin embargo, sí considera abusiva la cláusula de renuncia de acciones. En el caso enjuiciado se renunciaba a "*cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha*". Como se puede comprobar, es esta una renuncia tan excesivamente amplia que incluso podría afectar al ejercicio de acciones relativas a la cláusula de gastos hipotecarios. Por ende, dado que quedan afectas a la renuncia de acciones cuestiones ajenas a la propia cláusula suelo y a su novación, el Tribunal Supremo declara su nulidad, sin siquiera llegar a analizar si la información facilitada al consumidor fue suficiente o no. En conclusión, el Tribunal Supremo considera que la validez de la sustitución de la cláusula suelo por un tipo fijo de interés menor estará condicionada a que el acuerdo sea una transacción y no una novación; y a que la misma sea transparente. En cuanto a la renuncia de acciones, esta será válida en tanto no se refiera a controversias futuras y haya sido individualmente negociada y libremente aceptada.

V. LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.

La cláusula de gastos hipotecarios impone al consumidor la obligación de asumir determinados costos asociados a la formalización de un préstamo hipotecario, por lo

general, los siguientes: tasación del Inmueble hipotecado; aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca; impuestos de cualquier tipo y naturaleza originados por este contrato, sea quien fuere el sujeto pasivo del tributo; tramitación de la escritura ante el registro de la propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.

Mediante la STS 705/2015, 23 de diciembre de 2015⁴⁵, tuvo ocasión el Tribunal Supremo en manifestarse, por primera vez, sobre la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios⁴⁶. Debido al caso que llega a casación, solo lo hace sobre los gastos notariales y registrales, tributos y gastos procesales, así como sobre la suscripción de un seguro obligatorio de daños. Sin embargo, debido a que el pleito provenía de una acción colectiva y que, por ende, no resultaba posible examinar cada caso concreto, no se pronunció sobre la restitución o abono de las cantidades que el prestatario había satisfecho indebidamente. En el mismo sentido fueron confirmados sus razonamientos por las posteriores SSTS 147/2018, y 148/2018⁴⁷, de 15 de marzo de 2018, que tratando los gastos derivados de tributos y aunque no lo considera en el caso concreto por su escasa cuantía, sí reconoce la existencia de un deber de restitución.

No es hasta las STSS 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019⁴⁸, de 23 de enero de 2019, cuando se fija doctrina sobre todos los gastos, excepto de la tasación del inmueble. Hubo que esperar entonces hasta la STS 35/2021, de 27 de enero de 2021⁴⁹, que es la que unifica toda la anterior doctrina, tanto sobre la nulidad de las cláusulas como sobre sus efectos. Se observa que los pronunciamientos jurisprudenciales dividen sus razonamientos en dos cuestiones. En primer lugar, los motivos por los que la atribución de todos los gastos al prestatario es una práctica abusiva. En segundo lugar, qué efectos tiene la declaración de nulidad de la cláusula y cómo es la consecuente atribución de los gastos. Esta razón motiva que ambas cuestiones sean tratadas, a continuación, en apartados separados.

⁴⁵ ECLI:ES:TS:2015:5618

⁴⁶ Como precedente análogo cita el Tribunal Supremo su sentencia 550/2000, de 1 de junio de 2000, (ES:TS:2000:4511), que estableció, en el marco de contratos seriados de compraventa, que la repercusión al consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula.

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2018:848 y ECLI: ES:TS:2018:849

⁴⁸ ECLI:ES:TS:2019:101; ECLI:ES:TS:2019:103; ECLI:ES:TS:2019:104 y ECLI:ES:TS:2019:105;

⁴⁹ ECLI: ES:TS: 2021:61

V.1 La nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

La jurisprudencia se ha mantenido uniforme a la hora de apreciar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, aunque debido a los casos concretos que enjuiciaba en cada momento, lo ha hecho a través de distintas resoluciones. En sus resoluciones, el TS interpreta conjuntamente el desequilibrio entre las obligaciones del prestatario y prestamista y la infracción de normas nacionales para declarar la nulidad de la cláusula. En cualquier caso, la STS 35/2021, de 27 de enero de 2021, unifica la doctrina y disipa las dudas al resolver sobre todos los tipos de gastos en una misma sentencia. Sin embargo, se remite a jurisprudencia anterior para explicar el desequilibrio entre las partes que produce la cláusula de gastos hipotecarios.

El TJUE, ya mediante su sentencia de 16 de enero de 2014, Asunto C-226/12, Constructora Principado, S.A. y José Ignacio Menéndez Álvarez⁵⁰, en lo referente al desequilibrio entre las partes, recordaba que: *"21. A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente."*

Esta doctrina fue acogida por las posteriores sentencias del TS. Por ejemplo, la citada STS 48/2019, de 23 de enero de 2019, apunta también que no basta con determinar si el desequilibrio es meramente cuantitativo monetariamente, sino que también puede resultar por la lesión de la situación jurídica que el derecho nacional le concede al prestamista, ya sea eliminando derechos previstos o imponiendo nuevas obligaciones. Concluye la STS 48/2019, de 23 de enero de 2019, que, aplicando el derecho nacional, de no existir la cláusula que impone todos los gastos al consumidor, este no solo no se habría visto obligado a pagarlos en su totalidad, sino que podría haber optado por no firmar el contrato, por lo que la cláusula es nula al producir un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes.

⁵⁰ ECLI:EU:C:2014:10

V.2 Los efectos de la nulidad: la restitución del pago a terceros.

Antes de analizar cómo ha distribuido la jurisprudencia el pago de los gastos conforme al derecho nacional español, se debe precisar por qué las entidades bancarias están obligadas a abonar cantidades que no han percibido ellos, sino terceros, como el notario o el gestor.

Todas las sentencias hacen referencia a la situación jurídica previa a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que fija normas concretas para la distribución de los gastos hipotecarios⁵¹. Se han de salvar dos obstáculos. En primer lugar, la prohibición que establece el art. 83 TRLGDCU al obligar al juez a eliminar las cláusulas abusivas del contrato sin que pueda realizar una modificación o reducción conservadora de su contenido. En segundo lugar, el derecho de los terceros de buena fe intervinientes a recibir lo que por ley les corresponde, sin que se les pueda obligar a restituir las cantidades satisfechas por el prestatario.

Se argumenta en la STS 49/2019, de 23 de enero, que la atribución de los gastos no supone una modificación de la cláusula, sino que es un efecto separado y derivado de su declaración de nulidad. Una vez la cláusula se ha expulsado del contrato, se habrá de actuar como si nunca hubiera sido incluida, debiendo hacerse cargo cada parte de los gastos según la normativa interna nacional. Así lo dispuso expresamente la STJUE de 31 de mayo de 2018, Asunto C-483/2016, Zsolt Sziber contra ERSTE Bank Hungary Zrt⁵²: *"34. la declaración 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 abusiva, 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"*⁵³.

El efecto restitutorio del art. 6.1 de la Directiva 93/13 CEE y que se prevé en el art. 1303 CC no es aplicable a este caso, puesto que los pagos que se pretenden restituir no han sido satisfechos a la parte demandada, el banco, sino que lo fueron hechos a un tercero. Sin embargo, habida cuenta de que el art. 6.1 de la directiva y la jurisprudencia ya citada del

⁵¹ Ya en la STS 49/2019, de 23 de enero, se advirtió de la imposibilidad de aplicar esta norma con efectos retroactivos, puesto que en aquel entonces se tramitaba como proyecto de ley,

⁵² ECLI:EU:C:2018:367.

⁵³ En el mismo sentido, la posterior STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578).

TJUE exigen una restitución a la situación de hecho y derecho anterior a la inclusión de la cláusula abusiva en el contrato, será la prestamista quien haya de hacer el abono de las cantidades indebidamente pagadas por el prestatario⁵⁴. Termina apuntando el TS en la misma sentencia 49/2019, de 23 de enero, que esta situación presenta similitudes con la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa, puesto que el prestamista, mediante una cláusula abusiva, en perjuicio del prestatario se ahorra gastos que legalmente le correspondería asumir.

V.3 La distribución de gastos

Toda vez que se ha expulsado la cláusula del contrato, se ha de proceder a la distribución de los gastos. En un primer momento, el TJUE consideró la de aplicación del derecho dispositivo en estos términos era contrario al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁵⁵, pero terminó por modificarla en su STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos C-70 y C-179, *Abanca*, de tal forma que el derecho nacional sería aplicable toda vez que el mantenimiento del contrato produzca un perjuicio tan grande para alguna de las partes que fuera imposible que hubieran prestado su voluntad para suscribir el contrato en esos términos⁵⁶.

En cuanto a los gastos de notaria, el art. 63 Reglamento Notarial, determina que la retribución de los honorarios de los notarios “*estará a cargo de quienes requieran sus servicios*”. En este artículo no se concreta si el interesado en la redacción de la matriz es el prestamista, por la obtención de la garantía hipotecaria, o el prestatario, por la obtención del préstamo. El criterio utilizado por la STS 48/2019, 23 de enero de 2019, y que se ha mantenido, es la distribución de los gastos del otorgamiento de la matriz por mitad. Lo mismo se aplica para los gastos derivados de la escritura de modificación del préstamo, pues ambas partes son interesadas en la novación. Sin embargo, dado que el

⁵⁴ Asimismo la STJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, (ECLI:EU:C:2016:980), apartado 62, sobre el deber de restitución de las cantidades tras la declaración de abusividad.

⁵⁵ STJUE de 16 de julio de 2020; STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26, *Klášer*; STJUE de 21 de enero de 2015, asunto C-482 y otros (ECLI:EU:C:2015:21); STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos C-96 y C-94 y ATJUE de 17 de marzo de 2016, asunto C-613.

⁵⁶ MARÍN LÓPEZ, J.M. Cuestiones pendientes sobre la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 149-152

prestamista es el interesado en la cancelación de la hipoteca, en tanto se libera de un gravamen, le corresponderán a él los gastos que se deriven de ello. Finalmente, serán de pago del que lo solicite las copias de las escrituras del préstamo hipotecario.

Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, se ha de atender al Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, que en su Anexo II, disposición octava recoge que: “1. los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho”. Dado que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco, habrá de ser este quien sufrague la totalidad de los gastos, según falla la STS 48/2019, de 23 de enero y ratifica la STS 35/2021, de 27 de enero de 2021.

Para los gastos derivados de tributos, se remiten las anteriores resoluciones a las SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, en las que se establecieron distintas reglas. Dado que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales, así como del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, tendrá este que hacer frente a su pago. En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

Sobre los gastos de gestión, la STS 49/2019, de 23 de enero, falló que correrían por mitad, ya que eran ambos los interesados en las gestiones realizadas. Sin embargo, explica la STS 35/2021, de 27 de enero de 2021 con cita de la STJUE de 16 de julio de 2020⁵⁷ que dado que con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa nacional sobre cómo debían abonarse estos gastos, no cabe negar al consumidor la devolución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

⁵⁷ La STJUE de 16 de julio de 2020, argumenta que “55. el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.”

La tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria deviene obligatoria ex art. 7.1 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que encomendó al Ministerio de Economía y Comercio las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecables: el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación y la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles. Ninguna de estas dos normas contiene reglas sobre la distribución de los gastos de tasación por lo que, de acuerdo con la ya citada doctrina de la STJUE de 16 de julio de 2020, corresponderá su pago a la prestamista. Cuando el contrato sea posterior a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación sí corresponderán al prestatario ex art. 14.1.e).

Por último, cabe hacer especial referencia a los gastos derivados de la suscripción de un seguro obligatorio de daños y a los gastos procesales⁵⁸. En relación con los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta disposición sea desmedida o abusiva, ya que surge de una obligación legal⁵⁹, considerando que cualquier perjuicio o defecto en el bien afecta directamente a la disminución de la garantía. Es decir, no es a una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino a una consecuencia de la obligación de conservar cuidadosamente el bien hipotecado y asegurarlo contra todos los riesgos que puedan afectarlo. No sucede lo mismo con la prima del seguro, dado que la responsabilidad de su pago recae sobre el tomador de este ex art. 14 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁶⁰. En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, el tribunal declara nula su atribución completa al prestatario. Toda vez que los mismos están sujetos a una estricta regulación legal, principalmente, al criterio de vencimiento que recoge el art. 394 la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶¹, las modificaciones hechas por el banco a esta regla

⁵⁸ Esta cuestión fue resuelta por la STS 705/2015, 23 de diciembre de 2015, y desde esta no forma parte, siquiera, de los recursos de casación que se resuelven en ya citadas sentencias.

⁵⁹ Antes, por el art. 8 de la derogada Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. Ahora se encuentra ampliamente reconocido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

⁶⁰ La redacción actual de este dispone claramente que “*el tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza*”.

⁶¹ Las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución y al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido

comportan una infracción de las normas procesales de orden público, suficiente para considerar la nulidad de la cláusula. Además, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales supone un grave desequilibrio en la posición de las partes, lo que también resulta suficiente para comportar su nulidad *ex art.* 86 TRLGDCU y *art.* 8 LCGC.

Lo mismo sucede con la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, pues es claramente contraria al *art.* 32.5 LEC, que de la eventual condena en costas excluye los honorarios de ambos profesionales. Asimismo, vuelve a considerar el *art.* 86 TRLGDCU y el *art.* 8 LCGC para declarar la nulidad de la cláusula, pues añadido a que el consumidor desconoce los actos procesales no preceptivos que la entidad bancaria pudiera ejercitar en un futuro, como conciliaciones, se produce una falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

VI. LA COMISIÓN DE APERTURA.

La comisión de apertura consiste en un cargo que ha de satisfacer el prestatario al inicio de la formalización del préstamo para cubrir los gastos asociados con su apertura. La cláusula acostumbra a tener esta forma: “*1. Comisión de apertura. — Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará “comisión de apertura” y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula.*”⁶² A la comisión de apertura, como a las cláusulas suelo, le resulta de aplicación la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁶³.

La STS 44/2019, de 23 de enero, tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre la abusividad de la comisión de apertura, y fue tajante al revocar la declaración de

al efecto, *ex art.* 559.2 LEC, o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo, *ex art.* 561.2 LEC. Cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia.

⁶² Apartado 4 («Comisiones») del anexo II de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

⁶³ MÚRTULA LAFUENTE, V. *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Madrid: Reus, 2012. ISBN 978-84-290-1692-5. Pp 34 – 36.

nulidad contenida en la SAP Las Palmas de Gran Canaria 7/2018, de 24 de marzo de 2018⁶⁴, que se recurre en casación: “*decisión del tribunal: la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia*”.

La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria declaró la nulidad de la comisión de apertura fundamentándose, principalmente, en dos motivos. En primer lugar, que dicha comisión no conlleva la prestación de servicios reales y acreditados. En segundo lugar, que no existe proporcionalidad entre el coste de la comisión de apertura y el servicio prestado con ella, conforme al art. 80 TRLGDCU, equiparándolo a la situación de los gastos hipotecarios. En el caso enjuiciado, dado que los servicios prestados consistían en operaciones de gestión internas, que según la audiencia no proporcionan servicio alguno al consumidor, se falló declarando la nulidad de la cláusula.

Sin embargo, el TS falló en sentido contrario. Por un lado, estimó que los servicios cobrados respondían al estudio de la solicitud, información previa, análisis de solvencia del solicitante y capacidad de pago, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y etc., por lo que sí eran reales. Asimismo, dado que la mayoría de las actuaciones que incluye la comisión de apertura son de obligatorio cumplimiento, tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento⁶⁵, no cabe afirmar que hayan de ser probadas en cada contrato de préstamo.

Por otro lado, y en cuanto a la proporcionalidad entre el coste de la comisión de apertura y el servicio prestado, el Alto Tribunal explica que las entidades bancarias son libres de fijar el importe de la comisión de apertura en la cuantía que deseen, pues esta no es una condición accesoria del contrato, sino que forma parte del objeto principal, el precio. Tal y como sucedió con las cláusulas suelo, el art. 4.2 de la Directiva 93/13 CEE al prohibir la apreciación de abusividad de cláusulas que conformen el objeto principal del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, impide que el juez nacional realice control de precios.⁶⁶ Es decir, la comisión de apertura está excluida

⁶⁴ ECLI:ES:APGC:2018:7

⁶⁵ Actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE.

⁶⁶ STJUE 3 de marzo de 2020, Asunto C-125/18, Gómez del Moral Guasch, (ECLI:EU:C:2020:138), apartado 45.

del control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC, y únicamente podría someterse al control de transparencia, que no se discute y que la sala da por aprobado. En conclusión, con la STS 44/2019, de 23 de enero, pareció cerrarse el debate en torno a la comisión de apertura.

Nada más lejos de la realidad, pues tan solo un año más tarde, la STJUE, de 16 de julio de 2020, modifica la anterior doctrina. En primer lugar, resuelve de forma ambigua la cuestión prejudicial sobre la consideración de la comisión de apertura como objeto principal del contrato, pues se limita a decir, sin decantarse, que *“71. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este.”* De todas formas, seguidamente, rechaza una admisión automática de la legalidad de la comisión de apertura tal y como había hecho la STS 44/2019, de 23 de enero, y obliga al juez nacional a examinar su transparencia en cada caso concreto. En este sentido, y respecto de los servicios prestados, recuerda que la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, establece como obligatorio en su art. 5.1 párrafo primero, que las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos y, en su art. 8, que corresponde a las empresas la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley. A la vista de estos preceptos, el TJUE considera que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos podría, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

Para cerrar, analiza la posibilidad de que el pago de la comisión de apertura cree un desequilibrio entre derechos y obligaciones entre las partes a la luz del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 CEE, que dispone que *“1. las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”* De nuevo, el TJUE recuerda la obligación del juez nacional de comprobar de oficio la posible abusividad de las cláusulas y, en este caso concreto, de comprobar que los servicios cobrados por dicha comisión efectivamente se han prestado, pues en el caso, cuando los servicios no

respondan a actuaciones reales de las que el consumidor haya sacado provecho, sí se estaría produciendo un desequilibrio entre las partes en detrimento del consumidor, lo que comportaría la nulidad de la cláusula.

Con todo, el TJUE desechó la automaticidad de la STS 44/2019, de 23 de enero a la hora de declarar válida la comisión de apertura, de tal forma que el juez nacional, a la vista de cada caso concreto, habría de verificar, por un lado, la transparencia de esta y, por otro, si existe un desequilibrio grave entre las obligaciones de las partes al comprobar si los servicios que justifican su inclusión en el contrato han sido debidamente prestados. Sin embargo, sigue sin pronunciarse de forma clara sobre si la comisión de apertura forma parte del objeto principal del pleito o no.

Para resolver esta cuestión contamos con la importante y reciente STJUE de 16 de marzo de 2023, Asunto C-565/21, Caixabank, S.A.⁶⁷, que declara que, a la luz del art. 4.2 de la Directiva 93/13 CEE, la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato. Fundamenta su decisión en que *“23. no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito, [...], es decir, por un lado, la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos.”* Es decir, el tribunal considera que la comisión de apertura tiene carácter accesorio al contrato de crédito, puesto que no regula su prestación esencial, dar dinero a cambio de una retribución porcentual, no caracteriza al contrato ni tampoco define su esencia⁶⁸. El resto de sus pronunciamientos vienen a confirmar lo ya explicado en la STJUE, de 16 de julio de 2020, por lo que cabe remitirse a su análisis.

Que la comisión de apertura sea accesorio al contrato de préstamo y no forme parte de su objeto principal significa que, a parte del control de transparencia y del control de contenido, el juez nacional deberá acudir, a la hora de valorar su legalidad, al control de incorporación que disponen los arts. 5 y 7 LCGC y 80 TRLGDCU. Así, podrán declararse nulas aquellas cláusulas de comisión de apertura que en las que el adherente no haya

⁶⁷ ECLI:EU:C:2023:212

⁶⁸ En este sentido, SSTJUE de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, (ECLI:EU:C:2017:703), apartados 35 y 36, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, (ECLI:EU:C:2019:820).

tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, sin ser necesario entonces entrar a valorar su contenido o como se distribuyen las obligaciones.

Finalmente, la STS 816/2023 de 29 de mayo, adopta la doctrina del TJUE. En el caso enjuiciado, el TS estima la validez de la cláusula de apertura porque en la escritura pública donde se formalizó se reflejaba de forma clara y entendible tanto su precio como su modo de pago; por lo que el consumidor podía entender su funcionamiento y carga económica y jurídica. Por otro lado, entidad financiera había entregado un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público. En conclusión, no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada

VII. EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

El comúnmente conocido como índice de referencia de préstamos hipotecarios, o IRPH, es un tipo de interés de referencia oficial establecido por el art. 27.1.a) de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre y definido en la norma decimocuarta y anejo 8 de la Circular 5/2012 a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Consiste, como explica el texto del precitado artículo de la Orden EHA/2899/2011, en el *“tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.”* Es decir, es la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice⁶⁹.

Los contratos suscritos antes de la entrada en vigor de la Circular 5/2012 se regían por lo dispuesto en la Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre

⁶⁹ BANCO DE ESPAÑA. *Tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario* [web]. [Consulta en 17 de enero de 2024].

transparencia de las operaciones y protección de la clientela, con sus sucesivas modificaciones. Entre ellas destaca la Circular 5/1994, de 22 de julio, que definía los índices IRPH en su Anexo VIII, entre los que se incluían los obtenidos por el conjunto de bancos, cajas o entidades de crédito. Los índices IRPH Bancos y Cajas dejaron de publicarse tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que las sustituye por el índice de referencia previsto en la misma escritura de préstamo y, en su defecto, por el IRPH Entidades⁷⁰. Ello explica que los tribunales acudan a ellas cuando analizan cláusulas insertadas en contratos anteriores a 2012. Dado que el índice IRPH afecta directamente al cálculo del precio del contrato de préstamo, tal y como sucede con las cláusulas suelo, el juez nacional no puede aplicar el ya citado en numerosas ocasiones art. 4.2 de la Directiva 93/13 CEE sino en lo relativo a la transparencia.

El primer caso que resuelve el TS respecto a la nulidad de las cláusulas IRPH consta en la STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017⁷¹. La cláusula recogía textualmente: *“CONJUNTO DE ENTIDADES: Para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94”*.

El TS consideró que la precitada cláusula es legal toda vez que superaba tanto el control de incorporación, dado que la redacción de la cláusula permite conocer al consumidor medio tanto su contenido como que el IRPH se trata de un tipo fijado legalmente y que está bajo control del Banco de España, como el de transparencia, puesto que al tratarse de índices oficiales utilizados comúnmente por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, el consumidor ha de conocer el método usado para el cálculo del interés variable. Concluye su sentencia con una importante referencia a modo de comparativa con las cláusulas suelo: *“Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica*

⁷⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2020. El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración. *Diario La Ley*. Wolters Kluwer, 2020. No 9689, Sección Doctrina.

⁷¹ ECLI:ES:TS:2017:4308

fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.”

Tres años más tarde, la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, Asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S.A.⁷², modifica escasamente, porque se ha mantenido firme en la validez de las cláusulas de IRPH, la doctrina del TS. En lo que aquí interesa, se formularon cuestiones prejudiciales relativas a la aplicación de la Directiva 93/13 CEE cuando el índice de referencia está establecido legalmente y si, para cumplir con la exigencia de transparencia, la entidad financiera debe informar información sobre el método de cálculo y sobre la evolución del índice en el pasado y su posible evolución en un futuro.

Respondiendo a la primera cuestión prejudicial, y siendo únicamente ésta en la que difiere meridianamente con el TS, considera que la Directiva 93/13 CEE sí es aplicable al caso del IRPH pese a que este se trate de un índice fijado legalmente, pues deviene de una norma de carácter dispositivo, y no imperativo⁷³. En segundo lugar, el TJUE establece que no basta con que la cláusula sea gramaticalmente clara y especifique que el índice se encuentra sujeto al control del Banco de España, sino que el consumidor medio esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de su modo de cálculo- Dice además, textualmente, que *“constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.”*

Tras la sentencia del TJUE, el TS se ha vuelto a pronunciar sobre el tema en numerosas ocasiones. De entre todas ellas puede destacarse la STS 423/2022, de 25 de mayo⁷⁴, que

⁷² ECLI:EU:C:2020:138

⁷³ SSTJUE de 21 de marzo de 2013, Asunto C-92/11, *RWE Vertrieb* (ECLI:EU:C:2013:180); de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13, *Kušionová* (ECLI:EU:C:2014:2189); o de 20 de septiembre de 2017, Asunto C-186/16, *Andriiciuc* y otros (EU:C:2017:703).

⁷⁴ ECLI:ES:TS:2022:2081

resuelve dos motivos de casación relativos a si el ofrecimiento de alternativas más favorables al IRPH es un requisito para la transparencia de la cláusula y a si la misma es contraria a la buena fe y produce desequilibrio entre las partes. Respecto a la primera, y teniendo en cuenta que la STJUE de 3 de marzo de 2020 exigía que se facilitase al consumidor información sobre la evolución pasada del índice de referencia, el TS explica que aunque dicha omisión pudiera constituir falta de transparencia, ello no conllevaría a la nulidad de la cláusula⁷⁵, pues *“Según reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler ; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT).”*

Es decir, es una condición necesaria pero no suficiente para apreciar su nulidad. Quedaría, por lo tanto, determinar si el contenido de la cláusula es contrario a la buena fe y produce desequilibrio entre las obligaciones de las partes. En el mismo sentido que las precitadas sentencias, desecha que sea contrario a la buena fe por el hecho de ser un índice oficial. Tampoco considera que produzca grave desequilibrio entre las obligaciones de las partes, pues el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el diferencial puede resultar más o menos beneficioso que aquel que se haya referenciado al EURIBOR, pese a que, según el TS, en los últimos años el primero se haya colocado más alto que el segundo. Además, recuerda que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

VII.1. Situación actual, tras la STJUE de 13 de julio de 2023

Finalmente, la última del TJUE sobre el IRPH ha sido la sentencia de 13 de julio de 2023, Asunto C-265/22, *Banco Santander*⁷⁶, donde da respuesta a una de las cinco cuestiones

⁷⁵ Esto, realmente, se trata de la adopción de la doctrina de los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, Asunto C-79/21, *Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A.* (ECLI:EU:C:2021:945): “[...] la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13”.

⁷⁶ ECLI:EU:C:2023:578

prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca. La única cuestión prejudicial es como sigue: “¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva [93/13] una jurisprudencia nacional, a la vista de la regulación específica del IRPH es una práctica abusiva, no aplicar diferencial negativo a pesar de la necesidad impuesta en el preámbulo de la Circular [5/1994], ya que es menos ventajoso que todas las TAE existentes, y se ha comercializado el IRPH como si fuera un producto igual de ventajoso que el euríbor sin atender a la necesidad de adicionar un diferencial negativo y, por ende, se podría cesar en la contratación por considerarse nulas las cláusulas en las que se prevé su aplicación y abstenerse las entidades bancarias, en el futuro, de su utilización, ya que comercializar este servicio con consumidores vulnerables puede afectar al comportamiento económico y declararse su no incorporación a los contratos comerciales desleales al haberse integrado en el precio del interés contrario a la Directiva [2005/29]?”. Es decir, se trata de incluir en la ecuación la supuesta obligación de incluir un diferencial negativo en la cláusula de IRPH.

La cláusula controvertida que regula el IRPH en el contrato del que trae causa el pleito hace una remisión a la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en la medida en que regulaba el IRPH. Sin embargo, dicha cláusula omite el contenido incluido en el preámbulo de la Circular 5/1994, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. En dicho preámbulo se contenían indicaciones relativas a los efectos del modo de cálculo del IRPH y, en concreto, advertía que para igualar este índice al resto de las TAE existentes, habría de aplicársele un índice negativo.

En esta sentencia el TJUE construye su argumentación sobre la base de que la Circular 8/1990 y la Circular 5/1994 eran circulares completamente distintas y coexistían en el tiempo, cuando la realidad, mucho más simple, es que la segunda modifica a la primera; circunstancia, por cierto, fácilmente comprobable a través del apartado de análisis de modificaciones del Boletín Oficial del Estado. Resulta esto especialmente relevante por la primera de las consideraciones que hace el TJUE al resolver la cuestión prejudicial, y es que establece que “(59) por lo que respecta a la cuestión de si tener conocimiento efectivo de los métodos de cálculo del índice de referencia al que se refiere la cláusula controvertida —que figuran en el anexo VIII de la Circular 8/1990— era suficiente para permitir a un consumidor medio comprenderlos y tener conciencia de sus consecuencias

económicas, no habiéndosele comunicado también la información que figura en el preámbulo de la Circular 5/1994, el órgano jurisdiccional remitente habrá de tener en cuenta la importancia que tenía esta información para que ese consumidor pudiera evaluar correctamente las consecuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario objeto del litigio principal.”

En otras palabras, condiciona la transparencia de la cláusula de IRPH a que la información incluida en la Circular 5/1994 fuese necesaria para que el consumidor tuviese conocimiento real de cómo se realizaba el cálculo del precio. Dado que la Circular 5/1994 se limita a modificar la Circular 8/1990, carece de sentido hacer la remisión que propone el tribunal, puesto que toda vez que se hubiera aprobado la circular posterior, la antigua habría adoptado el nuevo contenido modificado⁷⁷.

¿Por qué considera el TJUE que el contenido del preámbulo de la Circular 8/1990 es necesario para que el consumidor conozca el funcionamiento de la cláusula de IRPH? Resulta que en su exposición de motivos se recoge que *“Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.”* Se aclara que para igualar el IRPH con el tipo medio del mercado, tendría que aplicarse un diferencial negativo. Es importante destacar que se trata de una mera aclaración o, si se quiere, recomendación, puesto que una lectura del articulado de la circular desvela que en ningún momento se vuelve a mencionar. Pues bien, pese a lo anterior y a que los preámbulos de las leyes no tienen valor normativo, sino orientativo⁷⁸, el TJUE considera que *“el hecho de que la institución autora de la Circular 5/1994 hubiera estimado oportuno, en ese preámbulo, llamar la atención de las*

⁷⁷ AGÜERO ORTIZ, A., 2023. No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023. *Revista CESCO de derecho de consumo* [en línea]. No 47/2023. ISSN 2254-2582.

⁷⁸ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/81, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TC:1981:36): *"en la medida que el Preámbulo no tiene valor normativo, consideramos que no es necesario, ni incluso resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta Sentencia"*.

entidades de crédito sobre el tipo de los IRPH en relación con el tipo de interés del mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualarlos con dicho tipo de interés constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor.” En cualquier caso, como se ha explicado en la STS 423/2022, de 25 de mayo, el TS ya ha declarado en varias ocasiones que la cláusula de IRPH no es transparente por la falta de información previa al consumidor, pero que ello no comporta su nulidad dado que no existe ni contravención de la buena fe ni desequilibrios graves entre las obligaciones de las partes.

Por último, para dilucidar si existe un desequilibrio importante entre las obligaciones del profesional y del consumidor, el tribunal recuerda la obligación del juez nacional de analizar la situación conforme al ordenamiento jurídico del órgano remitente, es decir, comparar la onerosidad del IRPH frente al tipo medio del mercado o, con otras palabras, al EURIBOR; circunstancia esta, de nuevo, ya analizada por TS en su sentencia 423/2022, de 25 de mayo. A la vista de lo expuesto, está en manos del TS modificar su doctrina o, por el contrario, mantenerse en la línea de sus últimas sentencias.

VII. ESTADO ACTUAL DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE PAGADAS POR EL CONSUMIDOR

De la declaración de nulidad de una cláusula surge la obligación de restitución de las cantidades que el consumidor abonó en su cumplimiento. Sin embargo, la acción por la que se promueve la nulidad ante los tribunales puede estar sujeta a un plazo máximo dispuesto por el legislador⁷⁹ y, puesto que la nulidad se deriva de una cláusula abusiva y que no existe un plazo concreto para el inicio del cómputo de la prescripción de esta acción, el plazo aplicable será el general de cinco años previsto en el art. 1964.2 CC.

⁷⁹ En la ya citada STJUE de 16 de julio de 2020: “(84) el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.”

En este aspecto y según el TJUE, el plazo de cinco años dispuesto en el precitado artículo es suficiente para que el consumidor pueda hacer valer sus derechos⁸⁰

Sin embargo, el problema surge en la determinación del *dies a quo*, es decir, desde cuándo comienza el cómputo del plazo. Dado que la acción de nulidad es imprescriptible⁸¹, la primera cuestión que ha de abordarse es si la acción de restitución de las cantidades abonadas lo es también, ya sea por estar incluida en dicha acción de nulidad o por ser un efecto de la declaración de nulidad de la cláusula.

La SAP 411/2017, de 29 de noviembre de 2017 ECLI:ES:APC:2017:2609, de la que fue magistrado ponente José Luis Seoane Spiegelberg, ahora magistrado del TS, con amplia cita de jurisprudencia recoge que: *“En definitiva, es necesario distinguir entre la acción de declaración de nulidad de la cláusula abusiva y la acción de restitución de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula nula. La primera es imprescriptible por tratarse de una nulidad absoluta o de pleno derecho de las previstas en el art. 6 del CC, mientras que la segunda estaría sometida a plazo de prescripción. De esta forma se ha expresado la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal de la que son simple expresión las SSTs de 21 de enero de 2003, 24 de abril de 2013, 19 de noviembre de 2015 o 6 de octubre de 2016. En efecto, como señala la precitada STS 654/2015, de 19 de noviembre, en la “nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo).” En sentido contrario se pronuncia la SAP de Valencia, de 27 de octubre de 2014⁸², conforme a la cual la declaración de nulidad estaría limitada por el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, según lo dispuesto en el art*

⁸⁰ STJUE 16 de julio de 2020: *“Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010:193, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C 427/10, ECLI:EU:C:2011:844. Apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.”*

⁸¹ STJUE de 10 de junio de 2021: *“para garantizar una protección efectiva de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor, este debe poder invocar en todo momento el carácter abusivo de una cláusula contractual no solo como medio de defensa, sino también a efectos de que el juez declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que una acción ejercitada por el consumidor para que se declare el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede estar sujeta a ningún plazo de prescripción”* y MARÍN LÓPEZ, M.J. *La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usurario*. Revista Cesco de Derecho de Consumo No 38/2021. ISSN 2254-2582. Pp. 3-4.

⁸² ECLI:ES:APV:2014:5211

1.308 CC. En cualquier caso, las posteriores sentencias, tanto del TS como el TJUE, resuelven sobre la base de que la acción de nulidad y la acción de restitución de las prestaciones son distintas.

Dado que no existe previsión normativa específica que regule el plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas a causa de una cláusula abusiva, se habrá de acudir al criterio subjetivo del art. 1969 CC⁸³: “*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”. Se plantean dos cuestiones: si el plazo corre desde el último pago hecho por el consumidor o si lo hace desde alguna de las sentencias que declara la nulidad de la cláusula.

Sobre la cuestión de si las acciones pudieron ejercitarse desde el día en que se hizo el último pago, de tal forma que fuese este el momento en que se inicie el cómputo del plazo de prescripción, se pronuncia la STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, *Profi Credit Slovakia*⁸⁴. El tribunal considera que dado que el consumidor siempre parte de una posición de inferioridad, no se le puede atribuir la carga de conocer que puede ejercitar acciones ante una cláusula antes de saber que la misma es nula. Por lo tanto, falla considerando que el principio de efectividad, interpretado en relación con la Directiva 93/13/CEE, resulta contrario a una jurisprudencia nacional que considere como inicio del plazo de cómputo de la prescripción la fecha en que se produjo el último pago.

Tampoco serviría, entonces, como día iniciador del cómputo del plazo aquel que comienza desde la celebración del contrato⁸⁵ ni aquel en el que este se cumple íntegramente⁸⁶. En este sentido, y con ocasión de las dudas sobre el plazo para solicitar la restitución de los gastos hipotecarios indebidamente abonados por el consumidor, se han planteado distintas cuestiones prejudiciales por los tribunales españoles.

⁸³ MARÍN LÓPEZ, M.J. *La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español*. Revista CESCO de Derecho de Consumo. No 42/2022 ISSN 2254-2582.

⁸⁴ ECLI:EU:C:2021:313

⁸⁵ SSTJUE 16 de julio de 2020, Caixabank SA y BBVA y sentencia de 10 de julio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19, BNP Paribas Personal Finance (ECLI:EU:C:2021:470).

⁸⁶ STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18, *Raiffeisen Bank SA* (ECLI:EU:C:2020:537)

El TS elevó al TJUE tres cuestiones prejudiciales, a través de auto de 22 de julio de 2021⁸⁷, de contenido muy similar a las ya elevadas por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona, mediante auto de 22 de julio de 2021⁸⁸. Visto que el cómputo del plazo no puede iniciarse ni desde la fecha de la firma del contrato, ni desde el último pago de los gastos hipotecarios ni tampoco desde el cumplimiento íntegro del contrato, el TS alza tres cuestiones: i) si es conforme con el principio de seguridad jurídica que el plazo de prescripción comience a correr desde la declaración de nulidad de la cláusula por sentencia firme; ii) si, en caso contrario, debiera comenzar desde el 23 de enero de 2019, la fecha de las sentencias del TS que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios; iii) o si, nuevamente en caso contrario, habría de hacerlo desde la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19, que confirma la anterior. Ha de tenerse en cuenta que, dado que no existe doctrina consolidada en la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades tras la declaración de nulidad de una cláusula, lo que resuelva el TJUE respecto a los gastos hipotecarios, es probable que sirva, también, para el resto de los casos similares.

Ninguna de las cuestiones prejudiciales elevadas por el TS ni por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona han sido resueltas todavía por el TJUE. Sin embargo, sí han resueltas por la STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21, *Caixabank, S. A. y otros*, las cuestiones prejudiciales elevadas por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona⁸⁹, de 9 de diciembre de 2021, pese a datar de cuatro meses más tarde que aquellas elevadas por el TS, que lo fueron de julio del mismo año. La Audiencia Provincial de Barcelona pregunta: “*1a) En el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que impone al prestatario los gastos de formalización del contrato, ¿Es compatible con el artículo 6, apartado 1, y al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/2013 someter el ejercicio de la acción a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos,*

⁸⁷ ECLI:ES:TS:2021:10157A

⁸⁸ ECLI:ES:JPI:2021:297A

⁸⁹ ECLI:ES:APB:2021:9349A

momento en el que el consumidor conoce los hechos determinantes de la abusividad o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos?”

De ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos ¿Debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?

2o) Estando sujeta la acción restitutoria a un plazo largo de prescripción de diez años ¿En qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva, antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?”

El TJUE comienza resolviendo el primer párrafo de la primera cuestión prejudicial y el segundo párrafo de la segunda cuestión prejudicial de forma conjunta. Respecto del primer párrafo de la primera cuestión prejudicial, el TJUE ya resolvió en la sentencia 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, *Profi Credit Slovakia*, ya resolvió que el momento inicial del cómputo de los plazos de prescripción no podía corresponder a la fecha del último pago. Respecto de la segunda cuestión prejudicial, indica el TJUE que el consumidor ha de conocer de la nulidad de la cláusula antes de que comience el plazo de prescripción, siempre que este sea materialmente suficiente para hacer valer sus derechos, pues solo así se cumpliría con el principio de efectividad de la Directiva 93/13 CEE. Sea como fuere, esta cuestión ya fue analizada por el TJUE en su sentencia de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*. Respecto del segundo párrafo de la primera cuestión prejudicial, tal vez el más importante, el TJUE, tras recordar que el profesional se encuentra en una situación de prevalencia frente al consumidor, dice que: “ 59 [...] no cabe presumir que la información de que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada.”

Habida cuenta de que el consumidor ni tiene el deber de conocer la jurisprudencia nacional consolidada, ni cabe esperar que la conozca, por no ser las cláusulas de gastos hipotecarios comunes en la vida diaria del consumidor medio, el TJUE termina por

declarar, literalmente, que: “*La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción que puede ejercitar el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula contractual abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella.*”

La exégesis conjunta del art. 1969 CC, que dispone que “*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”, con lo resuelto por la STJUE de 25 de enero de 2024, conforme a la cual la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, pareciera indicar que no puede tomarse como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción la publicación de las SSTS de 23 de enero de 2019, o las SSTJUE de 9 y 16 de julio de 2020⁹⁰.

Produciría esto una situación particular, pues, sin ir más lejos, se habrían agotado todas las opciones propuestas por el TS en su auto de 22 de julio de 2021. En cualquier caso, y dada la falta de doctrina científica o jurisprudencial al respecto por la reciente publicación de la STJUE de 25 de enero, habrá que esperar para ver qué nuevo criterio se utilizará para determinar el *dies a quo*.

⁹⁰ En este sentido cabe destacar que, con fecha mucho anterior a la STJUE de 25 de enero de 2024, ya se previó este fallo en MARÍN LÓPEZ, M.J. *La doctrina del TJUE ...*, 2022, cit. Pp 158.

VIII. CONCLUSIONES

En conclusión, el análisis de la evolución jurisprudencial realizado ha puesto de manifiesto la importancia de una regulación efectiva y una interpretación uniforme de la normativa aplicable, destacando en todas las resoluciones examinadas la importancia de la Directiva 13/93/CEE y el papel de la Unión Europea en la defensa de los derechos de los consumidores.

El TS, mediante su sentencia de 9 de mayo de 2013, consagró el doble control de transparencia material, y declaró la nulidad de las cláusulas suelo, abriendo la puerta a futuras resoluciones. Respecto de la novación del modo de cálculo del tipo interés, su doctrina actual considera que la validez de la sustitución de la cláusula suelo por un tipo fijo de interés menor estará condicionada a que el acuerdo sea una transacción y no una novación, y a que esta sea transparente. En cuanto a la renuncia de acciones, esta será válida en tanto no se refiera a controversias futuras y haya sido individualmente negociada y libremente aceptada.

En la cuestión de la nulidad de las cláusulas de gastos hipotecarios, el TS considera que la atribución completa al consumidor de todos los gastos derivados de la contratación del préstamo hipotecario genera un grave desequilibrio entre las obligaciones de las partes. Su protección se extiende hasta los pagos indebidos hechos a terceros con ocasión de una cláusula nula, de tal forma que una vez declarada nula la cláusula, la entidad bancaria ha de restituir las cantidades que le correspondan de acuerdo con el derecho dispositivo nacional.

La doctrina actual del TS respecto de la comisión de apertura es invariable. Estima que supera tanto el control de transparencia, porque es una clara y comprensible, como el control de contenido, al negar que se produzca una situación de desequilibrio entre las obligaciones del profesional y consumidor. Al contrario, TJUE considera que no puede admitirse automáticamente la transparencia ni la superación del control de contenido de una cláusula sin hacer un análisis concreto de la situación. El TS todavía no ha estimado la nulidad de ninguna cláusula de comisión de apertura.

El caso del IRPH presenta disidencias entre el TS y el TJUE. Por un lado, el TJUE insiste en que se debe analizar la información suministrada al consumidor a la hora de la firma del contrato y que se ha de comparar la onerosidad del IRPH frente al tipo medio del

mercado. Por otro el TS estima la validez de las cláusulas referenciadas al IRPH. Ha declarado en varias ocasiones que la cláusula de IRPH no es transparente por la falta de información previa al consumidor, pero que ello no comporta su nulidad dado que no existe ni contravención de la buena fe ni desequilibrios graves entre las obligaciones de las partes. Asimismo, determinó que la comparación propuesta por el TJUE no es válida porque el IRPH depende de numerosas variables, que pueden convertirlo en más o menos oneroso que el resto de los tipos del mercado, y porque, además, el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

Por último, respecto al estado actual de la prescripción de la acción de restitución de las cantidades, la situación está pendiente de una nueva sentencia del TS. Tras la STJUE de 25 de enero de 2024, que no termina de ser esclarecedora, parece que han de buscarse más criterios para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción, toda vez que ha considerado que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M.J. *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca : tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*. Madrid: Dykinson, 2017. ISB: 978-84-9148-182-9, pp15-16.

ACHÓN BRUÑÉN, M.J. *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca: tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*. Madrid: Dykinson, 2017. ISB: 978-84-9148-182-9, p. 60

ACHON BRUÑÉN, M.J. Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo. *Diario La Ley*, N° 8907, Editorial Wolters Kluwer, Sección Doctrina, 24 de enero de 2017. Acceso desde <https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx>

AGÜERO ORTIZ, A., 2023. No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023. *Revista CESCO de derecho de consumo*. No 47/2023. ISSN 2254-2582. Acceso desde <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9088258>

BANCO DE ESPAÑA. Informe del banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios. *Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010*. Pp 15. Acceso desde <https://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>

BANCO DE ESPAÑA. Tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario. *Banco de España* Acceso desde https://www.bde.es/webbe/es/estadisticas/compartido/docs/Nota_indices_web_BE.pdf

BARRAL VIÑALS, I. *Los contratos de crédito inmobiliario: control de transparencia vs control de abusividad*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN 978-84-1345-066-7, pp 215-26.

BUSTO LAGO, J.M. Las funciones notariales y registrales y el control de transparencia del préstamo hipotecario en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 265.

CÁMARA LAPUENTE, S. El control de cláusulas abusivas sobre el precio. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, N°. 6, 2013. Pp 98-115

CARRASCO PERERA, A. De las transacciones. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi, 2021. ISBN: 978-84-1345-755-0. pp. 2261-2267.

GONZÁLEZ CARRASCO, C. Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo 2013. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, N°. 6, 2013. Pp. 116-128. Acceso desde <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4329844>

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. De la novación. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi, 2021. ISBN: 978-84-1345-755-0. pp. 1561-1586.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Estadística de Hipotecas (Base 2003) Año 2007 y diciembre 2007. Datos provisionales. *INE, Notas de prensa*, 2008. Acceso desde <https://www.ine.es/daco/daco42/daco426/h1207c.pdf>

MARÍN LÓPEZ, J.M. Cuestiones pendientes sobre la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 149-152

MARÍN LÓPEZ, M. J. *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario: un análisis desde la directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*. Madrid: Reus Editorial, 2019. Pp 30. ISBN : 84-290-2149-3.

MARÍN LÓPEZ, M.J. *La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español*. Revista CESCO de Derecho de Consumo. No 42/2022 ISSN 2254-2582. Pp 74-75.

MARÍN LÓPEZ, M.J. *La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usurario*. Revista Cesco de Derecho de Consumo No 38/2021. ISSN 2254-2582. Pp. 3-4. DOI: doi.org/10.18239/RCDC_2021.37.2774.

MONTORO GARCÍA, L. Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, N°. 6, 2013. Pp 200-205. Acceso desde <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4331885>

MÚRTULA LAFUENTE, V. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas de intereses y su interpretación del artículo 4.2 de la directiva 93/13 en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 102-103.

MÚRTULA LAFUENTE, V. *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Madrid: Reus, 2012. ISBN 978-84-290-1692-5. Pp 34 – 36.

PLATERO ALCÓN, A. *La restitución íntegra en las cláusulas suelo hipotecarias abusivas: Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de diciembre de 2016 y su repercusiones prácticas*. Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, 2017. ISSN-e 2695-7728, ISSN 0213-988X, 33, pp. 11–11.

PEÑA LOPEZ, F. El consumidor vulnerable en el mercado financiero en ALVAREZ LATA, N. y PEÑA LOPEZ, F (ed.). *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2020. ISBN: 978-84-1390-459-7. Pp 40-41.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017. ISBN 978-84-9143-581-5, pp-15.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2020. El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración. *Diario La Ley* [en línea], Wolters Kluwer, 2020. No 9689, Sección Doctrina. Acceso desde

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Novación* [web]. Diccionario de la lengua española [consulta: 10 de diciembre de 2024]. Acceso desde <https://www.rae.es/drae2001/novar>

SCHÜTZE, R. *An introduction to european Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. ISBN 978-1-107-53032-4, pp 128-135.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013), en YZQUIERDO TOLSADA, M. (*dir.*). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 6, ISBN 978-84-9085-869-1, págs. 153-1

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:9349A)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona, de 22 de julio de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:297A)
- Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2016, asunto C-613, Ibercaja Banco, S.A.U., (ECLI:EU:C:2016:195)
- Auto del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10157A)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 7/2018, de 24 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APGC:2018:7)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:APA:2012:2230)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 19 de junio de 2012 (ECLI:ES:APCC:2012:488)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011 (ECLI:ES:APSE:2011:1470)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 27 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APV:2014:5211)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 de julio de 2012 (Recurso de amparo 273-2011)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 1964, asunto 6-64, *Flaminio Costa/ENEL*. (ECLI:EU:C:1964:66)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de enero de 2014, Asunto C-226/12, *Constructora Principado, S.A.* (ECLI:EU:C:2014:10)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, C-186/16, (ECLI:EU:C:2017:703)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3 de marzo de 2020, Asunto C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, (ECLI:EU:C:2020:138)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de julio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance* (ECLI:EU:C:2021:470).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de julio de 2023, Asunto C-265/22, *Banco Santander* (ECLI:EU:C:2023:578)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de marzo de 2023, Asunto C-565/21, *Caixabank, S.A.* (ECLI:EU:C:2023:212)

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Cajasur Banco, S.A.U.* (ECLI:EU:C:2016:980)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, (ECLI:EU:C:2016:980)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de enero de 2015, asunto C-482 y otros; ECLI:EU:C:2015:21)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, *Profi Credit Slovakia* ECLI:EU:C:2021:313)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 31 de mayo de 2018, Asunto C-483/2016, *Zsolt Sziber contra ERSTE Bank Hungary Zrt* ECLI:EU:C:2018:367)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1974, asunto 41-74, *van Duyn contra Home Office* (ECLI:EU:C:1974:133)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de febrero de 1963, asunto 26-62, *Van Gend* ECLI:EU:C:1963:1)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de agosto de 2018, asuntos C-96 y C-94, *Banco Santander, S.A.*, (ECLI:EU:C:2018:643)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, *Ibercaja Banco, S.A.* ECLI:EU:C:2020:536)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18, *Raiffeisen Bank SA.* (ECLI:EU:C:2020:537)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de octubre de 2009, Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones* ECLI:EU:C:2009:615)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, (ECLI:EU:C:2019:820)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13, *Kušionová* (ECLI:EU:C:2014:2189)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de noviembre de 2021, Asunto C-79/21, *YB contra Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A* (ECLI:EU:C:2021:945)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017, Asunto C-186/16, *Andriuc y otros* (EU:C:2017:703)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de marzo de 2013, Asunto C-92/11, *RWE Vertrieb* (ECLI:EU:C:2013:180)
- Sentencia del Tribunal Supremo 123/2017, 24 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:477)
- Sentencia del Tribunal Supremo 139/2015, de 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1280)
- Sentencia del Tribunal Supremo 147/2018, de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:848)

- Sentencia del Tribunal Supremo 148/2018, de 15 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:849)
- Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916)
- Sentencia del Tribunal Supremo 25/2018, de 11 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1238)
- Sentencia del Tribunal Supremo 35/2021, de 27 de enero de 2021 (ECLI: ES:TS: 2021:61)
- Sentencia del Tribunal Supremo 423/2022, de 25 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2081)
- Sentencia del Tribunal Supremo 46/2019, de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:101)
- Sentencia del Tribunal Supremo 47/2019, de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:103)
- Sentencia del Tribunal Supremo 48/2019 de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:104)
- Sentencia del Tribunal Supremo 222/2015, de 29 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:22079)
- Sentencia del Tribunal Supremo 49/2019, de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:105)
- Sentencia del Tribunal Supremo 550/2000, de 1 de junio de 2000, (ES:TS:2000:4511)
- Sentencia del Tribunal Supremo 558/2017, de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3721)
- Sentencia del Tribunal Supremo 663/2010, de 4 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6062)
- Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4308)
- Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618)

