FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

upna Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa
Facultad de Ciencias Jurídicas
Zientzia Juridikoen Fakultatea

ZIENTZIA JURIDIKOEN FAKULTATEA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Autor: Javier Astiz Erro

Director/a: Elsa Sabater Bayle

Pamplona, 18 de enero de 2017.

RESUMEN

Mediante el presente trabajo se pretende exponer las distintas cuestiones jurídicas que han suscitado las denominadas “cláusulas suelo” incluidas en los préstamos hipotecarios. Tales cláusulas limitan a la baja los intereses remuneratorios que el prestatario ha de abonar. El Tribunal Supremo ha sentado doctrina para determinar el carácter abusivo y limitar los efectos retroactivos de la nulidad de la mismas hasta el día 9 de mayo de 2013. Sin embargo, esta última doctrina no ha sido del todo bien recibida, de modo que el Tribunal de Justicia de la UE la ha corregido. A partir de ahora, habrá de estarse a la espera de comprobar cómo el legislador y la jurisprudencia resuelven la cuestión de que los prestatarios recuperen los intereses que abonaron, por aplicación de la cláusula suelo, desde que suscribieron el préstamo.

The purpose of this paper is to explain the different legal issues raised by so - called "floor clauses" included in mortgage loans. Such clauses limit the interest payable by the borrower to the down payment. The Supreme Court has established a doctrine to determine the abusive nature and to limit the retroactive effect of its nullity until May 9, 2013. However, the latter doctrine has not been entirely well received, so that the Tribunal Has corrected it. From now on, it will be waiting to see how the legislator and the case law solve the question that the borrowers recover the interest they paid, by application of the floor clause, since they signed the loan.

PALABRAS CLAVE

Cláusula suelo, objeto principal, control de transparencia, retroactividad, cosa juzgada.

ABREVIATURAS:

LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación.
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.
TS	Tribunal Supremo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
AAP	Auto de Audiencia Provincial.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN 6

2. CONCEPTO DE CLÁUSULA SUELO..... 7

2.1. Definición 7

2.2. ¿Condiciones generales de la contratación o cláusulas negociadas individualmente?..... 8

3. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO 13

3.1. Los controles de inclusión y de contenido 13

3.2. Las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato..... 17

3.3. Aplicación del control de contenido a cláusulas que definen el objeto principal 19

3.3.1. STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) 19

3.3.2. Jurisprudencia posterior a la STJUE 3 de junio de 2010 21

3.3.3. STS 291/2013 de 9 de mayo de 2013 y el control de contenido sobre cláusulas que definen el objeto principal..... 24

3.3.4. Los controles de transparencia formal y material 25

3.3.5. Momento y circunstancias para apreciar la falta de transparencia material..... 29

3.3.6. Las cláusulas suelo pueden ser válidas y no son nulas *per se*.... 31

3.3.7. Apreciación de oficio de la nulidad..... 34

3.3.8. Nulidad parcial del contrato 39

4. LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS *EX TUNC* DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO 42

4.1. *Restituio in integrum* como efecto de la nulidad 42

4.2. Presupuestos y consecuencias jurídicas de la doctrina de la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo..... 46

4.3. Jurisprudencia menor a favor y en contra de limitar la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo 50

4.4. Jurisprudencia menor que decretó la irretroactividad absoluta de la nulidad..... 50

4.5. Jurisprudencia menor anterior a 25 de marzo de 2015 y que limitó los efectos retroactivos de la nulidad a 9 de mayo de 2013..... 52

4.6. Jurisprudencia menor contraria a la doctrina de la irretroactividad..... 53

4.7. La doctrina de la retroactividad limitada de la nulidad a la luz del Derecho Comunitario 56

4.8. Informe de Conclusiones del Abogado General 57

4.9. STJUE de 21 de diciembre de 2016, caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Otros contra Cajasur Banco, S.A.U. y Otros 59

4.10. Conclusión personal sobre las posibles consecuencias de la STJUE de 21 de diciembre en la jurisprudencia española 61

5. CUESTIONES PROCESALES 66

6. RECAPITULACIÓN..... 74

7. BIBLIOGRAFÍA..... 76

8. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA..... 79

8.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo 79

8.2. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales..... 80

8.3. Jurisprudencia de Juzgados de lo Mercantil 81

8.4. Doctrina constitucional 81

8.5. Jurisprudencia del TJUE 81

1. INTRODUCCIÓN

Desde finales de los años 90 y hasta nuestros días, la inclusión de las llamadas "cláusulas suelo" en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable ha constituido una práctica muy habitual por parte de las entidades bancarias. Dado que tales cláusulas establecen un límite mínimo a los intereses variables del préstamo, el resultado que las entidades bancarias perseguían era asegurar, en todo caso, el cobro de unas cantidades mínimas que aquellas como prestamistas pudieran tener derecho a percibir en concepto de intereses remuneratorios.

Se ha de partir de que tales cláusulas comenzaron a operar de forma continua tras el estallido de "la burbuja inmobiliaria" y la crisis económica cuando, entre los años 2008 y 2009, tuvo lugar un pronunciado descenso del EURIBOR, principal índice al que están referenciados los intereses variables de la mayoría de préstamos hipotecarios, lo que implicó una correlativa bajada de los mismos1. Durante la ejecución de tales contratos bancarios, los prestatarios se han visto sorpresivamente obligados a pagar cantidades que, en los últimos siete años, se estima que han llegado a suponer a cada prestatario una media anual de 3.000 euros más en concepto de intereses remuneratorios que si la cláusula suelo no se hubiera aplicado. Tal circunstancia ha supuesto que un elevado número de demandas hayan sido interpuestas desde entonces a fin de que los tribunales declaren la nulidad de estas cláusulas y de obtener el reembolso de la diferencia entre la cantidad que los demandantes pagaron por aplicación de las mismas y lo que hubiera correspondido pagar en concepto de intereses remuneratorios con arreglo al EURIBOR vigente - principal índice al que hemos hecho mención que estaban referenciados los intereses de los préstamos - en cada cuota de amortización.

Han sido tantos los préstamos hipotecarios que han resultado afectados por este límite mínimo a la variabilidad de los intereses, que el Tribunal Supremo sentó en el año 2013 una polémica doctrina consistente en limitar los efectos ex tunc de la nulidad - previstos en el art. 1303 CC - de dichas cláusulas con el fin de evitar que el sector bancario y, en última instancia, el orden público económico sufriese trastornos graves irreparables.

[1] Según estimaciones de ADICAE en su "Informe económico-jurídico sobre la Repercusión a las economías familiares de la denominada "cláusula suelo" y la necesidad de su regulación expresa como cláusula abusiva" https://www.adicae.net/archivos/publicaciones/Informe_ADICAE_Clausulas_Suelo_Congreso_Senado.pdf.

En consecuencia, se ha puesto en tela de juicio la función de complemento del Ordenamiento Jurídico que el art. 1.6 CC atribuye a la jurisprudencia y se han planteado cuestiones prejudiciales - pendientes de resolución - en orden a dirimir si la misma es o no conforme a éste. En julio de 2016, el Abogado General del TJUE emitió su informe de Conclusiones Generales en el que respaldó la postura de la jurisprudencia española y el día 21 de diciembre el TJUE dictó sentencia a favor de los intereses de los consumidores, corrigiendo la doctrina jurisprudencial española. Ante dicho escenario, me aventuro a declarar que las cuestiones a las que se enfrenta nuestro Ordenamiento Jurídico son de gran calado y habrá que estar a la espera de cómo son afrontadas por el legislador y la jurisprudencia.

En el presente trabajo se pretende exponer, en primer lugar, la nulidad de la que pueden adolecer las cláusulas suelo conforme a la legislación de condiciones generales de la contratación y la de consumidores, así como a la doctrina jurisprudencial que el TS ha consolidado a este respecto. En segundo lugar, se entrará a analizar la tesis principal, esto es, la limitación de la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo y su confrontación con el Derecho de la UE. Por último, se hará una evaluación de las distintas cuestiones de naturaleza procesal que se pueden plantear en el ejercicio de las acciones civiles dirigidas contra las cláusulas suelo en orden a obtener su nulidad y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de las mismas.

2. CONCEPTO DE CLÁUSULA SUELO

2.1. Definición

Debemos partir de la clarificación del concepto “cláusula suelo”, el cual puede parecer sencillo a priori, pero entraña una naturaleza jurídica que ha sido muy controvertida. En términos generales, se entiende por cláusula suelo aquella disposición contractual que limita o acota a la baja las oscilaciones de los intereses remuneratorios de los préstamos hipotecarios, de suerte que se fija un tope mínimo que implica que, en cualquier caso, se ha de pagar una cantidad fija por tal concepto en cada cuota de amortización. Asimismo, hemos de indicar que el tipo de interés variable de los préstamos está conformado por el valor que marque el correspondiente índice de referencia sumado

a otro valor denominado diferencial. A su vez, la cláusula suelo puede hacer referencia a un tipo mínimo de interés nominal o un tipo mínimo de referencia, es decir, cuando se establece un porcentaje mínimo al Euribor - típico índice de referencia de los intereses variables del préstamo - aunque su valor en el mercado sea otro. Por el contrario, denominamos "cláusula techo" a aquella - que a la inversa que la cláusula suelo - fija un tope máximo a la variabilidad de los intereses remuneratorios, por lo que ésta favorece al prestatario, puesto que los intereses remuneratorios que deberá pagar tendrán un tope máximo fijado en la cláusula con independencia de las fluctuaciones que sobrevengan.

Veamos cómo opera la cláusula suelo: si partimos de que la cláusula establece que el tipo de interés nominal, en ningún caso, puede ser inferior a 2,75% y el índice de referencia (v.gr.: EURIBOR) marca un 0,7% y el diferencial es de 0,60 puntos porcentuales; el tipo nominal aplicable, en teoría, sería 1,3% (0,7 + 0,6), pero la cláusula suelo impediría la aplicación de dicho porcentaje, imponiendo al prestamista que abonara uno equivalente al 2,75 % en concepto de intereses remuneratorios.

Habiendo definido de forma genérica el concepto; podemos adelantar, sin perjuicio de su ulterior desarrollo, que a la vista de la continua y reiterada aplicación de la cláusula suelo a lo largo de la amortización del préstamo, la jurisprudencia ha llegado a calificarlas como cláusulas que, en esencia, transforman los préstamos a interés variable en préstamos a interés mínimo fijo y variable exclusivamente al alza.[2]

2.2. ¿Condiciones generales de la contratación o cláusulas negociadas individualmente?

Una de las problemáticas que las cláusulas suelo han suscitado ha sido su calificación como condiciones generales de la contratación - y, por ende, su sometimiento a tal legislación especial - o como cláusulas negociadas individualmente.

Conforme al art. 1 LCGC[3], son tres los elementos que definen las condiciones generales: (1) predisposición o prerredacción: de modo que la cláusula está "preparada"

[2] STS 241/2013, 9 de mayo (ap. 217): "Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia".

[3] Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia

por el predisponente antes de negociar con el adherente y celebrar el contrato; (2) imposición: lo que significa que el adherente no tiene oportunidad de variar el contenido, sólo pudiendo elegir entre contratar y no contratar con tales cláusulas[4]; y (3) generalidad o inclusión a una pluralidad de contratos del predisponente, no siendo necesario que esté incluida en todos[5], de lo contrario tal requisito facilitaría el fraude de ley para eludir el carácter de condición general y por consiguiente, la aplicación de dicha legislación civil especial. Finalmente, resulta irrelevante su extensión - pueden ser largos párrafos de letra pequeña o un cartel de letras enormes[6] - y que el adherente sea empresario o consumidor (art. 2 LCGC).

Han sido varios los argumentos que las entidades bancarias han opuesto para negar el carácter de condición general de la contratación a las cláusulas suelo. De este modo, se ha aducido que, dado que el art. 1.2 y el Considerando 13º Directiva 93/13 - norma comunitaria que armoniza la legislación de consumidores de los Estados Miembro de la Unión Europea - excluyen las cláusulas recogidas en disposiciones legales y reglamentarias, y que las cláusulas suelo están previstas en distintas normas[7]; no resulta aplicable la legislación de condiciones generales y de consumidores. Ahora bien, la jurisprudencia del TS[8] ha declarado que la función protectora del consumidor que dispensa tal normativa sectorial no empece la aplicación de la LCGC y el TRLGDCU, sino que únicamente tal normativa sectorial se aplica en orden a garantizar deberes de

externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

[4] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y PAZ-ARES, C, *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*. Civitas, Madrid, 1991, págs. 126 y 127, que señala "las cláusulas prerredactadas son, con carácter general, impuestas, pues cuando un empresario las utiliza, crea la apariencia de que sólo está dispuesto a contratar sobre la base de las mismas, y, en consecuencia, puede inducir al cliente a pensar que el empresario no está dispuesto a negociarlas".

[5] SSTS 241/2013 de 9 de mayo, 222/2015 de 29 de abril, declarando la primera de ellas: "(…) demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario".

[6] DE LA CUESTA RUTE, JM, y VALPUESTA GASTAMINZA, "Derecho de la contratación privada en el mercado", en DE LA CUESTA RUTE (dir.) *Derecho Mercantil II*, Huygens, Barcelona, 2012, pág. 45.

[7] Se prevén en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 que fue modificada por la actual Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre; La ley de 2/2009 de contratación de préstamos hipotecarios con particulares y la Propuesta de Directiva nº 2011/0062 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial.

[8]STS núm. 75/2011 de 2 marzo: "Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

información por parte de las entidades bancarias - es así como la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y la actual Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre establecen el sistema basado en la FIPER que detalla la condiciones financieras del préstamo, entre ellas los límites a la variabilidad de los intereses remuneratorios[9]-. A su vez, tal compatibilidad de normas estaba prevista en el art. 2.2 OM de 5 mayo de 1994[10]. Por último, el art. 4 II LCGC[11] prevé la exclusión de su ámbito objetivo sólo respecto de aquellas cláusulas que vengan ya reguladas de forma específica por una disposición legal o reglamentaria de aplicación imperativa entre los contratantes. En consecuencia, debe entenderse que sólo cabría dicha exclusión si los contratantes se vieran legalmente obligados a ello, cosa que no sucede en virtud de la normativa sectorial aplicable a los préstamos bancarios[12]. Tal es el motivo por el que la jurisprudencia declara que en estos casos debemos resaltar un cuarto requisito de las cláusulas suelo como condiciones generales al que denomina "contractualidad" porque su inclusión en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa, sino que es el predisponente quien libremente la ha redactado para incorporarla a un contrato[13].

Respecto al requisito de la imposición, se ha aducido que los prestatarios podían elegir entre distintos contratos y prestamistas, por lo que no se veían obligados a suscribir aquel que contuviera cláusula suelo. Ahora bien, esta equivocada interpretación de la imposición como una compulsión a contratar requeriría, en todo caso, que el prestamista tuviera una posición monopolística en el sector bancario y fuera totalmente inevitable contratar con el mismo[14]. Basta con que el adherente no haya negociado individualmente

---

[9] Artículo 25 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre: "En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima".

[10] **"**Lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación".

[11]"Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales (…) que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

[12] La STS 241/2013 de 9 de mayo concluyó que la existencia de una normativa bancaria respecto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores "no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo".

[13] SSTS 2015/2042 de 29 de abril de 2015 y 241/2013 de 9 de mayo.

[14] STS 2015/2042 de 29 de abril de 2015: "La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de

la cláusula para que exista imposición, de modo que aquella sea obra exclusiva del empresario o profesional[15]. A mayor abundamiento, para inferir la nota de imposición de las cláusulas suelo y su falta de negociación, la jurisprudencia ha empleado como hecho notorio[16] el habitual uso de condiciones generales que caracteriza a la seriada contratación bancaria[17].

En cuanto al nivel cultural del adherente, las entidades bancarias también han intentado negar el carácter de condición general a las cláusulas aduciendo el mismo. Sin embargo, tal alegación es de entrada descartable dado que el adherente puede ser consumidor o profesional (art. 2 LCGC) y la protección de dicha legislación no se basa en su nivel de conocimientos, sino en el especial modo de contratar diferenciado del modo de contratar por negociación.[18]

El último argumento esgrimido por las entidades bancarias se basa en las diferencias que existen entre la redacción literal de las distintas cláusulas suelo y techo que figuran en sus correspondientes préstamos a fin de acreditar que las cláusulas suelo han debido ser negociadas individualmente dada la aparente ausencia de prerredacción o predisposición. Ahora bien, la jurisprudencia entiende que, con carácter general, lo relevante a estos efectos**,** es atender a la forma lingüística[19] que presenta la cláusula, con

---

negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente".

[15] SSTS 2015/2042 de 29 de abril de 2015 y 241/2013 de 9 de mayo.

[16] En contra del uso de este hecho notorio por parte del TS en su STS 241/2013, *vid*. CARRASCO PERERA, A., GONZÁLEZ CARRASCO, C., "La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional" en *Revista Diario la Ley*, Sección Doctrina núm. 8159, 2013, pág. 17.

[17] Las SSTS 2015/2042 de 29 de abril de 2015 y 241/2013 de 9 de mayo (apdo.159) se remiten al IBE de 7 de mayo de 2010 para confirmar dicho argumento. El precitado Informe señala: "Un análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad".

[18] En este sentido, la STS 406/2012, de 18 de junio declara: "(…) de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico."

[19] En este sentido, la SJM 471/2010 Madrid de 7 de abril de 2016 (apdo. 6.3): "El hecho de que las cláusulas litigiosas reflejaran tipos variables distintos y también suelos y, en su caso, techos diferentes, en nada afecta a la prerredacción, pues lo relevante a estos efectos, es la forma lingüística externa empleada para plasmar la limitación de los tipos de interés, forma lingüística que reproducían todas las entidades para todos sus clientes con independencia del suelo o el techo".

independencia del límite establecido como “suelo” o “techo”. También el TS ha declarado que la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas hayan sido objeto de negociación específica con los adherentes[20].

Para cerrar el presente apartado es preciso hacer un apunte de naturaleza procesal consistente en la inversión de la carga de la prueba que previene el art. 82.2 TRLGDCU, de modo que debe ser siempre el empresario el que debe probar que la cláusula ha sido negociada individualmente. Así, lo ha confirmado la doctrina jurisprudencial entendiendo que, de no existir tal inversión de la carga de prueba prevista en la ley, se debería habilitar igualmente, dado que el hecho de la ausencia de negociación se convertiría en una prueba diabólica para el consumidor[21].

Recapitulando lo expuesto, debemos afirmar que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, dado que cumplen los requisitos de predisposición, imposición, generalidad y contractualidad del art. 1 LCGC. Sin embargo, a mi entender, podría ser discutible el requisito de la generalidad, habida cuenta de que en el seno de un procedimiento individual y a la vista de una sola cláusula suelo predispuesta por una entidad bancaria, el Juzgador no puede determinar con exactitud si aquella la ha impuesto o no en otros contratos de préstamo. Por consiguiente, considero más acertado y preciso considerarlas como cláusulas no negociadas individualmente -concepto que prevé el art. 80 TRLGDCU-, en vez de condiciones generales, ya que la diferencia entre ambas radica en que las primeras no están llamadas a formar parte de todos los contratos ofertados por un mismo empresario o profesional. Por consiguiente, considero que, en cualquier caso, en que el prestatario reúna la condición de consumidor (art. 3.1 TRLGDCU), las cláusulas suelo están sometidas a la legislación de consumidores y, por ende, al “control de contenido” que se expondrá con posterioridad.[22]

---

[20] La STS 464/2014 de 8 de septiembre declara: “Por otra parte, tampoco puede ser compartida la valoración determinante que la sentencia de la Audiencia realiza sobre la diversidad de los tipos mínimos aplicados, para excluir el carácter de condición general de las cláusulas suelo, pues conforme a la doctrina expuesta, la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta”.

[21] SSTS 44/2012 15 de febrero de 2012, 241/2013 de 9 de mayo.

[22] *vid*. En este sentido, declara MARÍN LÓPEZ, M.J: "las cláusulas no negociadas con consumidores, sean o no condiciones generales, están sujetas al control de abusividad establecido en los artículos 82 y siguientes TRLGDCU con la consecuencia de la nulidad (art. 83.1 TRLGDCU)" en CARRASCO PERERA, A. (dir.)

3. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

3.1. Los controles de inclusión y de contenido

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, habida cuenta de que las cláusulas suelo tienen el carácter legal de condiciones generales de la contratación o de cláusulas no negociadas individualmente; debemos entender que están sometidas a dicha legislación civil especial, es decir, a la LCGC y en la mayoría de los casos también a TRLGDCU[23].

Como ya se ha señalado, la contratación con condiciones generales implica una especial forma de contratar en la que una de las partes predetermina el contenido contractual excluyendo a la otra de dicha elaboración. Por consiguiente, debe distinguirse entre libertad de conclusión - celebrar el contrato o no - y libertad de configuración - establecer unas reglas u otras[24]. En estos contratos, los problemas proceden de la exclusión de una de las partes - el adherente - de la libertad de configuración del contenido contractual. Por tal motivo, al concurrir una parte "más débil", el ordenamiento jurídico - en la LCGC y el TRLGDCU - es más estricto a efectos de admitir la licitud de las condiciones generales y crea el "control de inclusión" (arts. 5 y 7 LCGC), y el "control de contenido o abusividad" (art. 82.1 TRLGDCU) que deben operar sobre las mismas. Si partimos de la premisa de que las cláusulas suelo son cláusulas no negociadas individualmente, deberíamos entender *prima facie* que tales controles se aplican sobre éstas y que, por tanto, el adherente o consumidor se encuentra más amparado que si la cláusula hubiera sido negociada entre las partes y ésta sólo pudiera estar sometida al régimen de vicios del consentimiento de la legislación común.

Se ha de indicar que mientras el "control de inclusión" hace referencia al conocimiento del adherente o consumidor sobre la existencia o concurrencia en el

---

Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos en general, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 99 y 100.

[23] El TRLGDCU se aplica sólo a relaciones entre empresarios y consumidores (art. 2). Por tanto, las cláusulas suelo también estarán sometidas a legislación tuitiva de consumidores cuando el adherente tenga la condición subjetiva de consumidor *ex* art. 3 ("personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional").

[24] MIQUEL GONZÁLEZ, JM.ª. *Reflexiones sobre las condiciones generales en Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV. Civitas, Madrid, 1996, pág. págs. 4941 y ss.

contrato de una cláusula no negociada y supone el cumplimiento de una serie de requisitos formales por parte del empresario o profesional para que aquel tome conciencia de que las condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente han quedado incorporadas al contrato[25]; el "control de contenido" se refiere al carácter abusivo del que puede adolecer una cláusula, entendiendo que concurre dicho carácter cuando la cláusula genera un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor (art. 8.2 LCGC y art. 82.1 TRLGDCU). Para su determinación, el apartado cuarto del art. 82[26] establece una clasificación por grupos de los distintos tipos de cláusulas que siempre son abusivas y los arts. 85 y ss. fijan un elenco de supuestos para cada uno de estos grupos.

Respecto al ámbito de aplicación de cada uno de estos controles, el de "inclusión" se prevé en los artículos 5 y 7 LCGC[27] - los cuales establecen criterios positivos y negativos de inclusión, respectivamente-, así como en el art. 80 TRLGDCU[28], por lo que

---

[25] GETE-ALONSO, M.C. "Comentario al art. 7" en ARROYO MARTÍNEZ, I (Dir.); MIQUEL RODRIGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* Tecnos, Madrid, págs. 71 y ss.

[26] a) Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario. b) Las que limiten los derechos del consumidor y usuario. c) Las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato. d) Las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba. e) Las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato. f) Las que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

[27] Artículo 5. Requisitos de incorporación:" 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. 2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. 3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. 4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez".
Artículo 7. No incorporación.: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato."

[28] Los criterios a los que atiende tal precepto son:
"a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

resulta aplicable a todo contrato con cláusulas no negociadas individualmente, con independencia de la condición de empresario o de consumidor del adherente. Sin embargo, el control de contenido, sólo es aplicable a contratos con consumidores o usuarios (art. 8.2 LGCG - el cual se remite a la legislación de consumidores - y art. 82.1[29] TRLGDCU) con arreglo al art. 3 TRLGDCU porque actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional[30]. De este modo, podemos distinguir, en función del tipo de relación jurídico-contractual, la aplicación de los siguientes tipos de controles:

I. Contratos entre consumidores: quedan sujetos a las normas generales del Código Civil.
II. Contratos entre profesionales: sujetas a las normas generales del Código de Comercio y Código Civil, y a la LCG cuando en estas relaciones se empleen condiciones generales.
III. Contratos entre profesionales y consumidores, que a su vez pueden subdividirse en:

- Cláusulas negociadas individualmente: se aplicarán las normas generales de la contratación.

- Cláusulas predispuestas e impuestas, pero circunscritas a un solo contrato: se aplican las normas generales de la contratación y el control de contenido a las cláusulas abusivas (art. 82.1 TRLGDCU).

- Cláusulas con condiciones generales de contratación (supuesto del adherente-consumidor) , en cuyo caso se aplican conjuntamente el control de inclusión de la LCGC y el de contenido del TRLGDCU (art. 59.3 TRLGDCU).

---

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.
c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas".

[29] "Art. 82.1 TRLGDCU: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

[30] El propio TJUE ha hecho coincidir el concepto de consumidor con la satisfacción de necesidades familiares, personales o privadas (SSTJUE 14 marzo 1991, *Di Pinto*, C-361/89; 17 marzo 1998, *Dietzinger* C-45/96), por lo que se ha calificado en una interpretación que se ha planteado como debidamente restrictiva (STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95) y que, en todo caso, se atiene al parámetro objetivo de que el destino del acto de consumo sea ajeno a la actividad empresarial del adherente, con independencia de sus conocimientos (jurídicos, económicos, etc.) en la materia contratada (STJUE 3 septiembre 2015, *Costea*, C-110/14).

Finalmente, respecto la consecuencia jurídica de no superar el "control de inclusión" es la no incorporación de la cláusula al contrato (art. 7 a) LCGC), mientras que, si la cláusula no supera el "control de contenido", ésta es nula de pleno derecho (art. 83 TRLGDCU y art. 8.2 LCGC). A efectos prácticos, el resultado en ambos supuestos es el mismo, es decir, la ineficacia de la condición general o de la cláusula.[31]

En todo caso, se establece un "control de legalidad" (art. 8.1 LCGC), análogo al previsto en el art. 6.3 CC, que determina la nulidad de pleno derecho para el supuesto de contravención de una norma imperativa o prohibitiva, salvo que se estableciera un efecto distinto en aquella para el caso de contravención.

Se ha de concretar en el presente apartado que, sin perjuicio de su ulterior desarrollo, la doctrina jurisprudencial ha entendido que las cláusulas suelo definen el objeto del contrato y, que por razones que expondremos más adelante, ha creado el "control de transparencia material", como filtro para poder aplicar el "control de contenido" y determinar el carácter abusivo de aquellas. A su vez, se debe indicar que la jurisprudencia ha identificado el control de inclusión con un denominado "control de transparencia formal", dado que el TS ha indicado que este último consiste en la claridad gramatical y la utilización de caracteres tipográficos legibles, así como una redacción comprensible[32] que garantice el conocimiento de dicha cláusula por parte del adherente; entendiendo que tal es el objetivo del control de inclusión. Por consiguiente, cada vez que se emplee en el presente trabajo el término "control de transparencia formal o documental"; nos estaremos refiriendo, en esencia, al "control de inclusión".

[31] En este sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, P. "El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos 1" en Revista CESCO nº 6, 2013, pág 88, declara: "La consecuencia de los controles de incorporación y de contenido es la ineficacia de las condiciones generales o cláusulas predispuestas que no los superen. Esta ineficacia se regula en los arts. 7 a 10 LCGC y 83 TRLGDCU. En principio, se deduce del art. 7 LCGC que la ineficacia de las condiciones generales inaccesibles o incompresibles consiste en su no incorporación al contrato (una categoría muy similar a la inexistencia), en tanto que el art. 8 LCGC declara nulas las condiciones generales ilegales o abusivas. En conclusión, tienen el mismo régimen las cláusulas que no superen el control de incorporación que las que no superan el control de contenido".

[32] De este modo, declara la STS 222/2015 de 29 de abril de 2015: "Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación)…"

3.2. Las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato

Si el problema de las barreras o controles que deben superar las cláusulas suelo para ser consideradas válidas ha planteado dificultades de interpretación, no lo es menos el que a continuación exponemos, y que versa sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

La dificultad proviene en parte del hecho de que la normativa española sobre cláusulas abusivas no ha transpuesto las prescripciones señaladas en la Directiva 93/13/CEE, Considerando 9º33 y art. 4.234, debido a un error en la votación parlamentaria que impidió que se traspusiera tal precepto a la legislación nacional35 Conforme al art. 4.2 de la citada Directiva, en principio: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida,"; ahora bien, ello será así "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

El préstamo o mutuo es un contrato real y gratuito (art. 1755 CC, art. 314 y 315 CCom), pues genera sólo obligaciones a cargo del prestatario y se perfecciona con la entrega de la cosa.36 Ahora bien, tal calificación que tiene origen en el Derecho Romano, no es indiscutida por la doctrina y jurisprudencia, que también lo consideran personal y bilateral.37 Tanto en un caso como en el otro, el prestatario está obligado a dar una cantidad que ha recibido del prestamista, sin perjuicio de pactar intereses remuneratorios.

---

[33] "Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor".

[34] Art. 4.2 Directiva 93/13: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

[35] En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. "Artículo 7. No incorporación" en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999 Cizur, pág. 250 narra lo ocurrido.

[36] *vid*. SSTS 236/2004 de 7 abril de 2004, 495/2001 de 22 mayo, declarando esta última: "el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que solo se da en algunos grupos de contactos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario."

[37] *vid.* STS 1074/2007 de 10 octubre de 2007.

Dado que el art. 1740 III CC, establece que el pacto de intereses como dispositivo por las partes contratantes, entiendo que el objeto principal del préstamo (art. 1271 CC) sería únicamente el principal que el prestatario habría de restituir al prestamista, que a su vez constituiría el elemento esencial del contrato (art. 1261 CC). Por consiguiente, si las cláusulas suelo fijan un límite a la variabilidad del precio - intereses remuneratorios - y operan de forma eventual, cuando el tipo de interés nominal se sitúa por debajo del valor que aquella fija; las cláusulas suelo no definen un elemento esencial del contrato, sino que definen o complementan el objeto principal cuando el préstamo se ha configurado con un interés variable, toda vez que el precio sería una cosa a la que el prestatario estaría obligado a dar al prestamista. Así lo ha declarado la doctrina jurisprudencial entendiendo que la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, por ende, definen el objeto principal, pero no es un elemento esencial para que pueda subsistir el contrato.38

Ahora bien, para abordar el análisis de la presente cuestión, es preciso señalar de antemano que, como ha declarado el Tribunal de Luxemburgo39, las cláusulas que definen el objeto principal del contrato están incluidas en el ámbito objetivo de la Directiva 93/13. Por su parte, la doctrina jurisprudencial40 entiende que la regulación del objeto principal no es óbice para la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación.

En suma, la doctrina jurisprudencial ha considerado que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato porque son parte inescindible del precio y, por consiguiente, cabe plantearse si resulta aplicable el "control de contenido", previsto en la

[38] SSTS 241/2013 de 9 de mayo, 222/2015, de 29 de abril

[39] STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Caja Madrid, que declara: "no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

[40] SSTS 241/2013 de 9 de mayo, 222/2015 de 29 de abril, declarando la primera en su apdo. 142: "En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama elartículo 38 CEy, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que elartículo 51 CEimpone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces"los legítimos intereses económicos de los mismos"."

legislación de consumidores, a las cláusulas suelo como definitorias del objeto principal, dado el vacío legislativo del que adolece el TRLGDCU a este respecto.

3.3. Aplicación del control de contenido a cláusulas que definen el objeto principal

En el presente apartado se hará una exposición del modo en que la jurisprudencia ha ido resolviendo la cuestión sobre la aplicabilidad del "control de contenido" a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Para ello, se partirá de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Caja Madrid, se analizará cómo la jurisprudencia española posterior afrontó esta problemática y finalmente, se dará entrada al "control de transparencia material" que la STS 241/2013 de 9 de mayo dio origen.

3.3.1. STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC)

La presente sentencia versa sobre la interpretación de los arts. 4.2 y 8 Directiva 93/13, tras el planteamiento de tres cuestiones prejudiciales que nuestro Alto Tribunal planteó al Tribunal de Luxemburgo, en el seno de un litigio sobre la abusividad de las cláusulas de redondeo entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC). Debemos remarcar las siguientes conclusiones:

I. El art. 4.2 Directiva 93/13 - que prevé la exclusión del control de contenido a las cláusulas que definen el objeto principal, siempre que estén redactadas de forma clara y comprensible - no define el ámbito material de aplicación de la Directiva y no es una disposición imperativa y vinculante que los Estados Miembros deban incorporar obligatoriamente41.

II. Las cláusulas que definen elementos esenciales entran en el ámbito de regulación de la Directiva 93/13 y la armonización de la Directiva es de mínimos en virtud

[41] Apdos 32 y 39.

de lo dispuesto en su art. 842.

III. Al tratarse de una armonización de mínimos, no cabe exclusión absoluta del control de contenido de las cláusulas que regulan el objeto principal. Éste se debe poder aplicar al menos, cuando la cláusula en cuestión no esté redactada de forma clara y comprensible.43

IV. Finalmente, la presente sentencia llega a declarar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 Directiva 93/13, el "control de contenido" en Derecho español resulta plenamente aplicable a cláusulas que definen el objeto principal del contrato, incluso en el supuesto de que se hubieran redactado de forma clara y comprensible. Por consiguiente, atendiendo al vacío legislativo del que adolece el ordenamiento jurídico español y que la armonización de la Directiva es de mínimos, entendió que la protección de la normativa interna española debía ser mayor y que el control de contenido cabía en cualquier caso44 - tanto si la cláusula era transparente, como si no-.

Con independencia de si el TJUE se extralimitó o no en sus funciones con este último pronunciamiento *ex* art. 267 TFUE, resulta cuestionable que tal fuera la solución más acertada, dado que la falta de transposición del art. 4.2 no fue una omisión voluntaria del legislador, tampoco se dio ninguna explicación a este respecto en el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley, ni un pleno control de contenido sobre las cláusulas que definen el objeto principal sería coherente con el sistema constitucional español.[45]

Una vez dictado el pronunciamiento del TJUE; la entidad bancaria recurrente, a la vista de tal desfavorable pronunciamiento, desistió del recurso de casación y el TS dictó ATS con fecha 6 de julio de 2010 por el que puso fin al litigio en el que se generó la cuestión prejudicial. En consecuencia, la cuestión sobre el "control de contenido" a las cláusulas que definen el objeto principal quedó sin resolver en el Derecho Civil español.

---

[42] Apdo. 45 y el citado art. 8 declara: "Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección".

[43] Apartados 39 y 40.

[44] Apartados 42 y 43.

[45] En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S. "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pág.102.

3.3.2. Jurisprudencia posterior a la STJUE 3 de junio de 2010

Tras el pronunciamiento de la STJUE, la jurisprudencia española fue del todo punto variada e imprecisa, sin atreverse a poner una solución definitiva.

De este modo, podemos encontrar cuatro grupos distintos de pronunciamientos:

I. En primer lugar, las sentencias[46] que resuelven la cuestión sin declarar si la cláusula litigiosa - en concreto, la cláusula de redondeo al alza - regula elementos esenciales o no del contrato, pero afirmando que en cualquier caso si aquella regulara el objeto principal, cabría aplicar el control de contenido con fundamento en la STJUE de 3 de junio 2010. Por consiguiente, se trata de pronunciamientos *obiter dicta*.

II. En segundo lugar, las sentencias que no entran a analizar si la cláusula litigiosa regula la definición del elemento esencial, por lo que eluden la cita jurisprudencial de la STJUE y concluyen por la vía del error en el consentimiento[47], o por la vía de la lista negra o gris de cláusulas abusivas[48]

III. STS 401/2010 de 1 de julio de 2010 que declaró - *obiter dicta* - que la cláusula litigiosa que regulaba el riesgo cubierto en el contrato de seguro y, por ende, definía el objeto principal podía someterse al control de contenido con fundamento en lo dispuesto en la STJUE 3 de junio de 2010[49].

---

[46] SSTS 663/2010 de 4 noviembre 2010, 861/2010 de 29 diciembre 2010 y 75/2011 de 2 marzo 2011, declarando esta última: "Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia [STJUE 3 de abril de 2010], pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

[47] SSTS 834/2009 de 22 diciembre 2009 y 375/2010 de 17 junio 2010, declarando esta última: "En definitiva, que la ausencia de transparencia e información provocó el error de consentimiento para la suscripción del Anexo II y es lo que determina su nulidad".

[48] STS 118/2012 13 de marzo de 2012 que declaró: "La regla general del artículo 10 bis y la inclusión de las cláusulas en la lista mencionada determinaron la declaración de que aquellas eran nulas de pleno derecho y debían tenerse por no puestas, dado su carácter abusivo".

[49] La sentencia declara en este sentido: "(…) Que la literalidad de la norma [art. 4.2 Directiva 93/13] permite el control del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y la adecuación entre precio y retribución cuando no estén redactadas de forma clara y comprensible, lo que abarca la suficiencia de la información facilitada a fin de que el consumidor pueda conocer su exacto alcance, por lo que está claro que la naturaleza definitoria o no del riesgo de una cláusula no ha de suponer obstáculo alguno para la intervención del Estado, por medio de los Tribunales de Justicia, en el control del contenido de las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores a fin de examinar tanto de su claridad y comprensibilidad, como del equilibrio de las prestaciones" En el mismo sentido, se pronuncia la STS 663/2010 4 de noviembre "(…) ha de tenerse en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 3 de junio de 2.010 - C-484/08 -, dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional que autorice un control

IV. STS 406/2012 de 18 de junio 2012[50] consideró que, pese a no haber sido transpuesto, debía aplicarse el art. 4.2 Directiva 93/13 a la cláusula de intereses remuneratorios que definen el objeto principal del contrato, sin que quepa aplicar un control de contenido porque eso supondría entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato. Por el contrario, razona que cabría controlar tal suerte de cláusulas a través de la Ley de Usura - aunque descarta tal posibilidad por no resultar los intereses excesivos - así como por la vía de inclusión y transparencia. Por consiguiente, a partir de la presente sentencia se crea el precedente del denominado "control de transparencia material" que se expondrá con posterioridad. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que tales pronunciamientos los realiza *obiter dicta* y parece que identifica tal control de transparencia con el de inclusión que hace más bien referencia a la comprensión gramatical, por lo que entiende que no se pueden declarar abusivas.

V. En este mismo sentido el Tribunal de Luxemburgo se pronunció en SSTJUE 30 de abril de 2014 C-26/13 y 26 de febrero de 2015 C-143/13[51], al entender que la exclusión del control de contenido sobre las cláusulas que definen el objeto principal (art. 4.2 Directiva 93/13) se debe a que no existe un baremo o criterio jurídico para dirimir la adecuación entre el precio y los bienes o servicios que se entregan como contrapartida. Finalmente, resulta muy ilustrativo a este respecto el pronunciamiento de la sentencia de 11 de abril de 2016 del Juzgado de lo Mercantil nº 11, invocando lo dispuesto por la doctrina científica, que declara lo siguiente: "*El mencionado precepto de la Directiva no se incorporó a la entonces*

jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida".

[50] Declara en este sentido: "Dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible *"abusividad"* del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado. (…) Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante, pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales (RCL 1998, 960) y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios)".

[51] STJUE 26 de febrero de 2015, C-143/13: "El Tribunal de Justicia también ha considerado que del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas de las que no cabe apreciar su posible carácter abusivo tiene un alcance reducido, ya que sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación".

Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ello no obstante, la doctrina (Alfaro Águila-Real, Pertíñez Vílchez, entre otros) y la jurisprudencia (sentencias del TS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 8857) y 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) , entre otras) se han opuesto a la posibilidad de efectuar un control del contenido de los elementos esenciales del contrato sobre la base de una interpretación de la normativa española conforme a la Directiva. Sostener lo contrario equivaldría otorgar al juez la potestad de controlar el precio, contraviniendo de esta forma el principio constitucional de libertad de empresa que proscribe que el derecho suplante a la competencia en la fijación del precio de los bienes y servicios. Como señala Pertíñez Vílchez -con cita de la doctrina alemana - hay tres razones básicas que inspiran el art. 4.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) el control del equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado; b) la ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo, ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho y; c) la innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico".

Asimismo, dada la inseguridad jurídica que se suscitó tras el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, también la doctrina de los autores fue variada y quedó dividida entre aquellos-doctrina mayoritaria (*v.gr.*: ALFARO ÁGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE, MIQUEL GONZÁLEZ, MÚRTULA LAFUENTE, PAGADOR LÓPEZ, PALAU RAMÍREZ, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ) [52] - que consideraban que el art. 4.2 Directiva 93/13 debía entenderse presente en Derecho español, por lo que sólo cabía aplicar el control de contenido en el caso de que la cláusula no fuera transparente y aquellos otros - doctrina minoritaria (*v.gr.*: DUQUE DOMÍNGUEZ, CARRASCO PERERA, LYCZKOWSKA.)[53] - que, al igual que el Tribunal de Luxemburgo,

[52] Autores citados en CÁMARA LAPUENTE, S. "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pág.106.

consideraba que el control de contenido operaba en todo caso sobre las cláusulas que definen el objeto principal.

3.3.3. STS 291/2013 de 9 de mayo de 2013 y el control de contenido sobre cláusulas que definen el objeto principal

Es en el año 2013 cuando el Alto Tribunal dicta la STS 241/2013 de 9 mayo que, como ya hemos señalado *ut supra*, pone fin a tan debatida cuestión sentando la doctrina del control de transparencia material.

Hemos de empezar señalando que la sentencia ha sido del todo polémica por sus pronunciamientos que han marcado un antes y un después en la jurisprudencia sobre cláusulas suelo. Fue dictada en el marco de un proceso en el que se ejercitaron, por parte de la asociación de consumidores "AUSBANC", las acciones colectivas de nulidad y cesación contra cuatro entidades bancarias: BBVA, SA; Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra.

Esta sentencia, una vez declara que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación - apartados 131 a 178-, regulan la definición del objeto principal del contrato - apartados 184 a 196 - y traspasan el control de inclusión que prevén los arts. 5 y 7 LCGC - apartados 198 a 203-; entra a analizar si resulta posible aplicar el control de contenido a la mismas.

Para ello, parte de la STJUE de 3 de junio de 2010 en la que, como ya hemos indicado *ut supra*, se declaró que el control de contenido cabría en cualquier caso, así como de las SSTS que se han seguido la misma línea si bien en pronunciamientos *obiter dicta* (SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 -) sin omitir el pronunciamiento de la STS nº 406/2012 de 18 de junio, contradictorio con los anteriores.

Por consiguiente, la STS 241/2013, consideró - con fundamento en lo dispuesto *a contrario sensu* en el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE y el concepto de transparencia en el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva

93/13/CEE (en adelante, IC 2000)[54] - que las cláusulas que tienen la consideración de condiciones generales de la contratación y, a su vez, definen el objeto principal del contrato, deben traspasar un "doble control de transparencia formal y material" para que pudieran ser sometidas al control de "contenido o abusividad"[55].

La doctrina sobre el control de transparencia material a la que se dará paso a continuación fue confirmada en STS 464/2014 de 8 de septiembre de 2014[56] y desde entonces, ha sido la doctrina que ha aplicado la jurisprudencia para poder declarar abusivas las cláusulas suelo.

3.3.4. Los controles de transparencia formal y material

El Alto Tribunal parte de la premisa de que el control de contenido no se puede aplicar directamente sobre las cláusulas suelo, pues definen el objeto principal del contrato; pero sí cabe someterlas a un "doble control de transparencia formal y material" y una vez, lo supere, cabrá aplicar el de contenido.

El control de "transparencia formal" equivale al precitado de inclusión - previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, y art. 80 TRLGDCU - y, como ya se ha indicado, garantiza el conocimiento por parte del adherente de la existencia de la cláusula en el contrato, por lo que la doctrina jurisprudencial entiende que únicamente hace referencia a la compresión gramatical y documental.

Dado que este control está prevenido en la LCGC, resulta aplicable a toda cláusula suelo, con independencia de que el adherente sea otro empresario o profesional o bien, un consumidor o usuario - a diferencia de lo que ocurre con el control de contenido que

[54] "El principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

[55] El cuarto requisito, de la generalidad, es en realidad innecesario a los efectos que aquí interesan por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta que no haya sido negociada individualmente *ex* art. 82.1 y 2 TRLGDCU (STS 222/2015, de 29 de abril).

[56] Ahora bien, podría afirmarse que tal doctrina jurisprudencial ya quedó sentada en la STS 241/2013 al haber sido dictada por el Pleno de la Sala Primera conforme lo que dispone el Acuerdo no jurisdiccional sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, cuando, al analizar el recurso de casación por interés casacional y el requisito de que la sentencia recurrida se oponga a jurisprudencia del TS (v. art. 477.3), establece que, cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, "basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido".

sólo es aplicable a cláusulas suelo de contratos con consumidores, pues aquel sólo se prevé en el TRLGDCU-. Dado que el control de transparencia formal equivale al de inclusión, la consecuencia jurídica que se deriva de no superar este control es la exclusión de la cláusula del contrato (art. 7.1 a) LCGC). Por consiguiente, este es el primer control de transparencia que debemos aplicar y sólo cuando se traspase éste, se podrá dar entrada al de transparencia material, al haber quedado la cláusula incluida en el contrato. El Tribunal Supremo declara que el cumplimiento de los requisitos formales de la OM de 5 mayo de 1994[57], así como la función notarial de advertir al prestatario garantizan el traspaso de este control de transparencia formal[58], pero no el material[59], a diferencia de lo que, previamente a dicha doctrina, señalaba el Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010 dirigido al Senado que estimaba que son válidas siempre que ya cumplan los requisitos y procedimiento previstos en la OM 5 de mayo de 1994.[60]

Por su parte, el control de transparencia material constituye la doctrina que crea la referida STS 241/2013 9 de mayo de 2013. Se traduce o concreta en la suficiencia de

[57] La OM de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios indicaba la información que debían incorporar los préstamos sobre viviendas que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comenzaba por la entrega por la entidad bancaria al solicitante de un folleto informativo, seguía con una oferta vinculante que incluía las condiciones financieras - entre ellas, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés - posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento y, por último, se formalizaba el préstamo en escritura pública, estando el notario obligado a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja. Dicha OM fue sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que aumentó los deberes y garantías de información al estandarizar toda la información previa que debe darse al cliente de manera que se le ha de entregar una ficha de información precontractual (FIPRE) con toda la información sobre los prestamos ofertados y tras facilitar el cliente su información respecto a sus necesidades de financiación, situación financiera y preferencias, debe entregársele una ficha de información personalizada (FIPER) con el formato contenido en el Anexo, con la debida antelación para que pueda comparar los préstamos disponibles en el mercado y si así también lo solicita el cliente, deberá entregársele una oferta vinculante. Además, cuando concurren cláusulas suelo o techo, deben recogerse en un Anexo a la FIPER el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima. Finalmente, el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social, que exige que la escritura pública de préstamo hipotecario para vivienda suscrito por una persona física incluya una expresión manuscrita de haber sido informado de los riesgos del contrato.

[58] En este sentido declara la STS 241/2013 de 9 de mayo: "(…) la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

[59] SSTS 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo, entre otras.

[60] En este sentido, declara: "En el marco de la normativa a la que nos acabamos de referir, se considera que las cláusulas que nos ocupan son válidas siempre que resulten de un acuerdo entre las partes y resulten expresamente reflejadas en el contrato con arreglo a lo requerido en la Orden de 5 de mayo de 1994. La referencia de esta última a que el Notario deberá advertir expresamente de la existencia de tales límites, especialmente cuando los mismos no sean semejantes al alza y a la baja, confirma de manera inequívoca que dichas cláusulas se encuentran perfectamente admitidas en nuestro ordenamiento y que el legislador ha previsto en tales casos una tutela específica del consumidor a cargo del fedatario público interviniente".

información al consumidor sobre la cláusula suelo de suerte que éste comprenda el modo en que la cláusula opera en la ejecución del contrato y conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que supone para él el contrato celebrado - la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se obtiene-; como la carga jurídica del mismo, es decir, 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. De este modo, la precitada suficiencia de información debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permita tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (SSTS 406/2012, de 18 de junio de 2012 y 241/2013, de 9 de mayo de 2013).

Por consiguiente, la transparencia material implica que además de la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación; los mismos no impliquen subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 LCGC. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de la importancia de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá (SSTS 138/2015 de 24 de marzo de 2015, 222/2015 de 29 de abril de 2015). Para ello, la doctrina jurisprudencial atiende a distintas circunstancias, que señalaremos más adelante, tales como su inclusión entre una abrumadora profusión de datos y un tratamiento secundario al no afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios, toda vez que la atención del consumidor puede quedar desviada.

En palabras de PERTIÑEZ-VILCHEZ[61], el criterio empleado para determinar si una cláusula es abusiva por falta de transparencia material consiste en comprobar si la entidad financiera, antes de la celebración del contrato, ha suministrado suficiente información al consumidor sobre la existencia de la cláusula suelo y sus consecuencias a

[61] PERTIÑEZ-VILCHEZ, F "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario" en *Revista InDret*, núm. 3, 2013, págs. 5 y ss.

fin de evitar una alteración imperceptible del precio y de que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa[62]. Asimismo, el perjuicio causado al consumidor tiene que ver con el carácter sorpresivo de la cláusula que defrauda las legítimas expectativas del consumidor[63], dado que el cliente no ha advertido su existencia hasta que, una vez comienza la ejecución del contrato, comprueba que no se beneficia de las bajadas del tipo de referencia en el pago de las cuotas de amortización del préstamo.

Respecto a la abusividad, entendemos que, si la cláusula suelo es transparente -formal y materialmente-, en cualquier caso, ésta será válida, puesto que quedaría excluida del control de contenido según lo dispuesto en el art. 4.2 Directiva 93/13. Ahora bien, la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013 no confirmó a las claras si la cláusula suelo era directamente abusiva por falta de transparencia material o había que entrar a analizar tal abusividad una vez no traspasaba el control de transparencia material[64]. Sin embargo, la STS 138/2015 de 24 de marzo de 2015 clarificó este particular declarando que, si bien las cláusulas que definen el objeto principal pueden no superar el "control de transparencia material" y, sin embargo, no resultar abusivas; en el caso concreto de las cláusulas suelo, siempre que éstas no sean transparentes, serán también abusivas[65]. Por consiguiente, el Alto Tribunal identificó, en el caso de las cláusulas suelo, la falta de transparencia material con el carácter abusivo.

---

[62] "realmente sencillo y se puede sintetizar de la siguiente manera: al no informar la entidad financiera suficientemente de la existencia de una cláusula suelo antes de la celebración del contrato y de sus consecuencias en caso de un escenario previsible de bajada del tipo de referencia, su inclusión en el contrato a hurtadillas, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el cual el prestatario creía haber prestado su consentimiento a partir de la información proporcionada por la entidad en la fase precontractual. En la perspectiva del consumidor, dicho precio estaba constituido por el diferencial aplicable a un tipo de referencia variable (normalmente el Euríbor). (…) El concepto de transparencia tiene un contenido dinámico que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación, o en la redacción de una cláusula sin ambigüedades (art. 6.2 de la LCGC), sino que exige, además, en relación a los elementos esenciales, un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa".

[63] El perjuicio para el consumidor derivado de la inclusión de una cláusula de este tipo tiene que ver, por lo tanto, con su carácter sorpresivo, por cuanto que el cliente no se percata de su existencia hasta que, ya iniciada la relación crediticia, comprueba que no se beneficia en su cuota periódica de las sucesivas bajadas del Euríbor. (…) La claridad y la comprensibilidad de una cláusula que incida sobre el precio no elimina el efecto sorpresivo que la misma pueda provocar al consumidor, puesto que dicha sorpresa no deriva de una falta de claridad en la redacción de la cláusula, sino de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario.

[64] No obstante, en el apdo. 250 se dice: "la falta de transparencia no supone que sean desequilibradas".

[65] En este sentido, declara: "no es ese el supuesto de las llamadas "cláusulas suelo". La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado".

A este respecto, resulta interesante añadir que en Derecho alemán encontramos la doctrina de la transparencia, denominada *Transparenzgebot*, la cual articula una suerte de presunción *iuris et de iure*, por la que la falta de transparencia equivale a abusividad, dado que implica necesariamente un desequilibrio entre derechos y obligaciones contrario a la buena fe[66].

Recapitulando lo expuesto, extraemos las siguientes conclusiones:

I. Si la cláusula suelo no supera el "control de inclusión", llamado a estos efectos "transparencia formal", aquella queda excluida del contrato (arts. 5 y 7 LCGC y 80 TRLGDCU).
II. Una vez la cláusula suelo supera el control de transparencia formal y queda incluida en el contrato; si no supera el de transparencia material, es directamente nula de pleno derecho (art. 8.2 LCGC y 82.1 TRLGDCU).

3.3.5. Momento y circunstancias para apreciar la falta de transparencia material

El carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente debe apreciarse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato (art. 82.3 TRLGDCU y 4.1 Directiva 93/13). En el caso de las cláusulas suelo, tal apreciación incluye la evolución previsible del índice de referencia, si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuanto menos a corto o medio plazo, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa [67].

Ahora bien, en el supuesto de acciones colectivas de cesación, el examen de abusividad debe enfocarse al momento de la litispendencia o momento en el que la cuestión se plantee en el seno del litigio, sin que puedan valorarse las infinitas

[66] *vid.* PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi Cizur Menor, 2004, pág. 134., declara que la doctrina alemana señala que es ficticia la distinción entre violación formal del principio de transparencia y desequilibrio material, pues la falta de transparencia sobre las prestaciones principales del contrato conlleva siempre un perjuicio material para el adherente consistente en la privación de la posibilidad de comparar las diferentes ofertas existentes en el mercado, de manera, que la violación del deber de transparencia es una hipótesis autónoma de abusividad.
[67] STS 241/2013, 9 de mayo 2013, apdo. 237.

circunstancias y contextos a tener en cuenta en un consumidor adherente, tomando como referencia un consumidor medio[68].

Puesto que la "transparencia material" puede resultar un concepto jurídico un tanto indeterminado que cuesta apreciar en la *praxis*, el TS enumeró una serie de circunstancias en el apartado séptimo del fallo de la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013 por las que declaró que las cláusulas suelo en cuestión eran abusiva. Posteriormente, en el Auto de 3 de junio de 2013, aclaratorio de la precitada sentencia, el Alto Tribunal declaró que el elenco de circunstancias no es exhaustivo, sino *numerus apertus*, por lo que las cláusulas suelo pueden adolecer de falta de transparencia material por otras circunstancias diferentes o pueden ser transparentes, pese a concurrir alguna o algunas de las circunstancias enumeradas.[69]

I. La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
II. La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
III. La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.[70]

---

[68] STS 241/2013, 9 de mayo 2013, apdo. 238 y STS 138/2015 de 24 de marzo, declarando esta última: El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1).

[69] ATS 3 de junio de 2013, FJ 3º: "A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo".

[70] Esta había sido una de las principales causas por las que la jurisprudencia menor declaraba abusivas por nulidad intrínseca las cláusulas suelo. Sin embargo, tras la doctrina del control de transparencia, dicha abusividad fue desestimada por entenderse que no cabe un control sobre el precio. De este modo, la STS 222/2015 de 29 de abril declaró: "En este sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), asunto C-26/13, declara (y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica) que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Por tanto, no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o la proporción que deban guardar las cláusulas " suelo " y "techo", y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no

IV. Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

V. La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

VI. Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

3.3.6. Las cláusulas suelo pueden ser válidas y no son nulas *per se*

A la vista de la doctrina expuesta sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia, debemos señalar que las mismas pueden llegar a ser lícitas tal y como se declaró en la tan mencionada STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013 en sus apartados 256 y ss. - esto es, cuando la cláusula supera el "control de transparencia material"-. Por consiguiente, no cabe afirmar de forma categórica que las cláusulas suelo son nulas *per se* o adolecen de una nulidad intrínseca, dado que no cabe el control de contenido directo sobre las cláusulas suelo puesto que definen el precio del contrato - el objeto principal - y no existe un baremo jurídico para determinar tal abusividad. En consecuencia, el Alto Tribunal estableció con carácter general la validez intrínseca de las cláusulas suelo, y su eventual carácter abusivo cuando no superaran el "control de transparencia material".

Pese a tal pronunciamiento, las Audiencias Provinciales han tendido a declarar la nulidad por abusividad casi de una forma automática, sin un examen previo de transparencia, ni un análisis exhaustivo de cada caso concreto. Ahora bien, podemos

---

puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio". Asimismo, la STS 241/2013 de 9 de mayo declara en su sus apdos. 257 y 258: "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 aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

encontrar pronunciamientos en la jurisprudencia menor[71] que han declarado transparentes y, por ende, válidas ciertas cláusulas suelo:

- **SAP Asturias (Sección 7ª), 449/2015 de 1 diciembre:** basa la transparencia de la cláusula en tres argumentos: a) Se trata de una "redacción clara, concreta y sencilla" de la cláusula, "al fijar un tipo mínimo del 3% al interés variable y un tipo máximo" por tanto, "el ámbito de fluctuación del interés se consigna pues con nitidez". b) La estipulación está subrayada por lo que se puede considerar que su función aparece destacada. c) Se puede deducir que el contratante tuvo oportunidad real de conocer la estipulación antes de celebrar el contrato, bajo presunción de veracidad el Notario autorizante de la escritura, al manifestar en la misma que dio lectura de su redactado al contratante, todo lo cual conduce a sostener que la cláusula en cuestión se encontraba carente de complejidad u oscuridad en el extremo contemplado.

- **AAP Sevilla (Sección 5ª), 35/2014 de 15 diciembre:** concluye la Sala que el cumplimiento de la OM de 5 de mayo 1994 que regula el proceso de constitución de préstamos hipotecarios a los consumidores - entrega de folleto informativo, oferta vinculante que incluye las condiciones financieras (entre ellas el tipo de interés variable y lo límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura durante los tres días anteriores al otorgamiento y por último

[71] *vid.* RALUCA STROIE, I. **"**Algunos tribunales consideran con razón que las Cláusulas suelo son transparentes como el agua", *Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof.Ángel Carrasco Perera, de la UCLM*, febrero de 2016, el cual atendiendo a los pronunciamientos de las tres primeras resoluciones, la autora extrae las siguientes conclusiones: I. - Si bien el Tribunal Supremo no había fijado unos parámetros para la apreciación de la transparencia, algunas Audiencias han entendido que, así como alguno o algunos de los parámetros a los que alude el auto de aclaración de la STS 9 de mayo de 2013 pueden servir para apreciar la falta de transparencia, del mismo modo pueden servir para salvaguardarla. II. - No puede alegar falta de transparencia quien haya tenido a su disposición una oferta vinculante y con tres días de antelación a la celebración del contrato pudo analizar las condiciones financieras e incluso solicitar asesoramiento. Si en la oferta vinculante aparecen las condiciones financieras de manera clara y comprensible indicándose el tipo mínimo y máximo del interés variable, no sirve la complejidad de redacción de la escritura para alegar la falta de transparencia. III. - Debe considerarse que la lectura realizada por el Notario con anterioridad a la firma de la escritura cumple con el requisito de dar a conocer al contratante el contenido del clausulado. IV. - La cláusula que estipula un tipo mínimo y un tipo máximo se considera de clara y fácil comprensión ya que pone de manifiesto con nitidez el ámbito de fluctuación del interés.

otorgamiento de la escritura pública, estando el notario obligado a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja - garantiza la transparencia material y la libre formación de la voluntad del prestatario. Por consiguiente, si tras ello, expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses".

- **AAP Zaragoza (Sección 5ª) núm. 494/2013 de 19 noviembre:** la Sala parte de que concurren ciertas circunstancias de las expresadas en la STS 241/2013 de 9 mayo de 2013 por las cuales, la cláusula podría ser declarada en un principio abusiva, pero también toma en consideración lo dispuesto en el ATS de 3 de junio de 2013, por lo que la cláusula no ha de ser necesariamente abusiva. Por consiguiente, pese a la existencia de un escenario alcista, con una cláusula suelo elevada explicada en la escritura sin la debida claridad; la Sala repara en que la oferta vinculante ha sido suscrita por los ejecutados, "con lo que tuvieron cabal conocimiento de la misma". Considera que en la oferta vinculante el resumen de condiciones financieras es transparente y de fácil comprensión, pues "se trata de un crédito con interés variable y resultan meridianamente claros los tipos de interés máximo y mínimo".

- **SAP Granada (Sección 3ª) núm. 138/2015 de 12 de junio:** la Sala atiende a una serie de elemento formales - cláusula resaltada en negrita, ubicación lógica dentro del contrato, tras el modo de calcular el tipo de interés, falta de otorgamiento de un tratamiento secundario al límite - por lo que declara que "no se trata por tanto de una cláusula sorpresiva incorporada entre una abrumadora cantidad de datos entre las que queda enmascarada y que diluyan la atención del consumidor, sin incorporar señuelo de ningún tipo, creando la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo". Por consiguiente, al figurar "los criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan a su cargo de la reglamentación contractual ofertada", la cláusula suelo es transparente.

Finalmente, hemos de apuntar que el Tribunal Supremo también ha declarado en la STS 367/2016 de 3 de junio de 2016 que la cláusula suelo contenida en un préstamo hipotecario para la adquisición de un local de farmacia era válida[72], aunque no por ser transparente. La sentencia basó su fallo en la licitud intrínseca de las cláusulas suelo en: que la susodicha en cuestión superaba el filtro de inclusión y en la inaplicabilidad del control de contenido, al no ostentar la adherente la condición de consumidor.

Las Audiencias Provinciales han tendido a declarar la nulidad por abusividad casi de una forma automática, sin un examen previo de transparencia, ni un análisis exhaustivo de cada caso concreto. Ahora bien, podemos encontrar pronunciamientos en la jurisprudencia menor[73] que han declarado transparentes y, por ende, válidas ciertas cláusulas suelo.

3.3.7. Apreciación de oficio de la nulidad

Si bien es cierto que en la práctica la acción declarativa de nulidad constituye el *petitum* principal de todo proceso sobre cláusulas suelo, no debemos olvidar que la nulidad por abusividad es una nulidad de pleno derecho (art. 83.1 TRLGCDU) y tal y como declara DELGADO ECHEVERRÍA[74] tal suerte de nulidad es automática por

---

[72] *vid.* SABATER BAYLE, E. "Cláusula suelo válida", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.8, 2016.

[73] *vid.* RALUCA STROIE, I. **"**Algunos tribunales consideran con razón que las Cláusulas suelo son transparentes como el agua", *Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof.Ángel Carrasco Perera, de la UCLM*, febrero de 2016, el cual atendiendo a los pronunciamientos de las tres primeras resoluciones, la autora extrae las siguientes conclusiones: I. - Si bien el Tribunal Supremo no había fijado unos parámetros para la apreciación de la transparencia, algunas Audiencias han entendido que, así como alguno o algunos de los parámetros a los que alude el auto de aclaración de la STS 9 de mayo de 2013 pueden servir para apreciar la falta de transparencia, del mismo modo pueden servir para salvaguardarla. II. - No puede alegar falta de transparencia quien haya tenido a su disposición una oferta vinculante y con tres días de antelación a la celebración del contrato pudo analizar las condiciones financieras e incluso solicitar asesoramiento. Si en la oferta vinculante aparecen las condiciones financieras de manera clara y comprensible indicándose el tipo mínimo y máximo del interés variable, no sirve la complejidad de redacción de la escritura para alegar la falta de transparencia. III. - Debe considerarse que la lectura realizada por el Notario con anterioridad a la firma de la escritura cumple con el requisito de dar a conocer al contratante el contenido del clausulado. IV. - La cláusula que estipula un tipo mínimo y un tipo máximo se considera de clara y fácil comprensión ya que pone de manifiesto con nitidez el ámbito de fluctuación del interés.

[74] DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, Mª A., "Tratado de la nulidad de los contratos, Parte 1ª, Zaragoza, 2003 pág. 39 que declara: "la nulidad de pleno derecho señalaría la innecesariedad del ejercicio de una acción y de una resolución judicial. (…)"de pleno derecho", que parece traducción del latín

ministerio de la ley y no debería exigir actividad procesal, sino que se impone al juez. Ahora bien, debemos entender que dicha posibilidad podría generar indefensión para las partes, pues se verían privadas de esgrimir sus alegaciones y de practicar las pruebas que convinieren a su derecho, por lo que se vería vulnerado el principio dispositivo, de aportación de parte y de contradicción, así como la congruencia de la eventual sentencia.

Debemos partir de que ni la Ley de Enjuiciamiento Civil - salvo en sede de ejecución y proceso monitorio[75] -, ni las normas procesales contenidas en la LCGC y el TRLGDCU prevén la posibilidad de apreciar de oficio cláusulas abusivas. En primer lugar, podemos encontrar una serie de pronunciamientos en la jurisprudencia del TJUE a favor de la apreciación de oficio:

I. STJUE de 3 de junio de 2010, en el asunto C-484/08 que prevé que cabe la apreciación de oficio del carácter abusivo, incluso en supuestos en que la cláusula defina el objeto principal y haya sido redactada de forma clara y comprensible[76].
II. STJCE de 6 de octubre de 2009 en el asunto C-40/08 que consideró que cabe dicha apreciación, dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores; el art. 6 debe considerarse norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público[77].
III. STJCE de 4 de junio de 2009 en el asunto C-243/08 que declaró que debido al efecto útil de la protección que persigue la Directiva, el juez tiene el deber de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas -tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios-, ponerlos en conocimiento del

ipso iure, es una expresión tradicional que significa que la ausencia de efectos contractuales se produce por obra del mismo Derecho, sin necesidad de ejercitar ninguna acción ni de que los Jueces lo declaren, pero ha significado o significa también en otro Ordenamiento que el Juez ha de declararla o decretarla siempre que concurran los supuestos de la hipótesis legal, frente a otros casos en que el Juez dispone de un poder de apreciación para concederla o no según su arbitrio."

[75] El art. 552.1 II LEC permite al juez apreciar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contenidas en títulos ejecutivos y el art. 815.4 LEC permite al juez examinar el carácter abusivo de cláusulas contenidas en contratos entre empresarios y consumidores que fundamenten la petición y requerimiento de pago en el proceso monitorio.

[76] "Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

[77] "(…) procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público".

consumidor y sólo excluir la aplicación de dicha cláusula y declarar su nulidad cuando aquel confirme su voluntad de invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula.[78]

IV. STJCE de 27 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98 considera que la finalidad a conseguir con tal facultad del juez es lograr los objetivos de los artículos 6 - no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva - y 7 de la Directiva 93/13 - cese del uso de cláusulas abusivas.[79]

Por consiguiente, las principales conclusiones que se coligen de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo son[80]:

I. La apreciación de oficio es una intervención positiva de los órganos jurisdiccionales que procede en cualquier supuesto de cláusula abusiva, ya que se entiende que tales cláusulas infringen el orden público.

II. La actuación de la parte demandada en el proceso no tiene relevancia alguna a la hora de que el juez ejercite esta facultad, porque éste actúa por imperativo del orden público comunitario y al margen del principio de contradicción y de la congruencia de la sentencia.

III. La protección efectiva del consumidor amparada por los arts. 6 y 7 Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores es el fundamento de esta facultad.

IV. La finalidad principal de esta potestad no es que el juez declare de oficio la nulidad de la cláusula con eficacia de cosa juzgada y la obtención de las consecuencias que se deriven, sino simplemente impedir que tales cláusulas vinculen a los

[78] "Así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial. A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula".

[79] "Por el contrario, es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva - impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores").

[80] *vid*. MARCOS GONZÁLEZ M. *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág 211.

consumidores y que el empresario cese su utilización (arts. 6 y 7 Directiva 93/13).

A la luz de la doctrina comunitaria sentada por el TJUE, nuestro Alto Tribunal dictó la STS 401/2010 1 de julio de 2010 en la que reconoció la facultad del Juez para apreciar cláusulas abusivas de oficio, incluso si estas definen el objeto principal del contrato y son claras y comprensibles[81]. Asimismo, añadió que dado que la Directiva 93/13 es de mínimos y la norma nacional no ha transpuesto el art. 4.2, una cosa es que los Estados Miembro no tengan obligación de controlar cláusulas claras y comprensibles, y otra muy distinta que tal control no sea posible en España. A efectos de congruencia, la STS 88/2010 de 10 de marzo de 2010[82] declaró que la sentencia de apelación recurrida no puede adolecer de incongruencia por la apreciación de oficio de la nulidad radical de una cláusula contractual, porque tal nulidad opera por esencia *ipso iure*. Asimismo, la jurisprudencia menor[83] también admitió la apreciación de oficio de cláusulas abusivas sin incurrir por ello en incongruencia por ser considerada una cuestión de orden público.

Finalmente, la célebre STS 241/2013 9 de mayo de 2013 reconoce tal control de oficio y lo considera como una "herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil

[81] "(…) no existe obstáculo al control por los Tribunales del carácter abusivo de las condiciones generales, aunque se refieran al objeto principal del contrato, singularmente cuando no son claras y comprensibles, y en el caso enjuiciado la insuficiencia de información y la falta de transparencia, es determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y, en su consecuencia, de su carácter abusivo".

[82] La congruencia - que presupone un ajuste o adecuación de la parte dispositiva de la sentencia a los términos en que los litigantes formularon sus pretensiones y que, por ello, falta cuando se concede más de lo pedido en la demanda o menos de lo admitido por el demandado o cuando el fallo se basa en una causa de pedir distinta de la que las partes hubieran identificado como objeto del proceso, según recuerda, entre otras muchas, la sentencia de 3 de octubre de 2.008 (RJ 2008, 5592) - no falta en la sentencia recurrida por el hecho de haber considerado el Tribunal de apelación, de oficio, radical y originariamente inválido el pacto de no reclamar indemnización distinta de la pactada en el contrato de mutuo disenso, ya que esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta - otra cosa es que la decisión sea conforme con las normas sustantivas aplicables -

[83] SAP 513/2007 de Las Palmas de 23 noviembre de 2007 que declara: "no se infringe la prohibición de incongruencia, según doctrina uniforme del Tribunal Supremo fijada por sus sentencias de fecha 12-7-96, 25-11-96 y 1-2-97 , cuando se aprecian de oficio determinadas cuestiones de orden público, por aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios, interpretada a luz de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1.993 , que establecen, a fin de proteger al ciudadano en su papel de consumidor en la adquisición de servicio y bienes, que se entenderán cláusulas abusivas aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. Dicha doctrina no sólo se predica de los supuestos en los que es de aplicación el derecho tutelar establecido a favor de los consumidores y usuarios (discutible si es apreciable en este caso), sino que tiene un alcance mayor. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 1.997, respecto a los principios de buena fe e interdicción del abuso del derecho". En este mismo sentido, se pronuncian la SAP 143/2006 de Santa Cruz de Tenerife de 26 de abril de 2006 y el AAP 93/2008 de Santa Cruz de Tenerife de 30 de junio de 2008 que admiten tal facultad por tratarse de una cuestión de orden público y suponer una infracción de una norma imperativa - prohibición de inserción de este tipo de cláusulas en los contratos con consumidores - *ex* art. 6.1 CC.

de la Directiva 93/2013”[84]. A su vez, señala que tal potestad es un deber impuesto al órgano jurisdiccional tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, al socaire del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea[85]. En contra del principio de aportación de parte que rige en la Jurisdicción Civil, el TS entiende que, en estos casos excepcionales, el Juez o Tribunal puede acordar diligencias de prueba imprescindibles para confirmar la abusividad de una cláusula[86]. Por último, el TS declara, con fundamento en la finalidad tuitiva del consumidor que otorga la Directiva 93/13, que el órgano jurisdiccional debe poner en conocimiento de las partes el carácter abusivo de la cláusula, pero siempre sin perjuicio de que el consumidor tenga oportunidad de manifestar su propia conformidad o disconformidad y pueda renunciar a su derecho a invocar tal nulidad[87], habida cuenta de que la protección del consumidor y, por ende, el respeto de su voluntad es el fundamento de la Directiva.

---

[84] Declara en este sentido en el apdo. 111: “La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela, así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que"[...] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva “implica atribuir a las disposiciones de la Directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales"“.

[85] Declara en este sentido en el apdo. 112: “Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, C-243/08, apartado 32, según la cual "el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva", para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que "el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"(SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013,Banif Plus Bank Zrt, apartado 23,14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).]”.

[86] Declara en este sentido en el apdo. 116: “Este deber no solo comprende el de apreciar la abusividad cuando esta aparezca demostrada de forma clara y contundente. Cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba. En este sentido, con referencia a un supuesto de atribución de competencia jurisdiccional territorial exclusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el Tribunal de Justicia declaró que"el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva"(SSTJUE citadas de 9 de noviembre de 2010,VB Pénzügyi Lízing, apartado 56, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 44; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 24 y 14 marzo 2013 Aziz vs. Catalunyacaixa, apartado 4.”

[87] Declara en este sentido en el apdo. 117: “Ahora bien, la finalidad de la Directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta -no la anulabilidad - la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en "detrimento del consumidor", de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla”.

3.3.8. Nulidad parcial del contrato

Declarada la nulidad de una cláusula suelo se plantea la duda de si se puede mantener la validez del resto del contrato, esto es, si resulta posible la nulidad parcial o, por el contrario, el contrato no puede subsistir. Para entender la presente cuestión es preciso recordar que la cláusula suelo no constituye un elemento esencial del contrato, sino que define el objeto principal del mismo - pues el pacto de intereses es accesorio, no esencial, y el objeto principal, como elemento esencial del contrato, está conformado por el *tantundem*, es decir, otro tanto de la misma especie y calidad a la que se entregó al prestatario (art. 1753 CC).

Nuestro Ordenamiento Jurídico no dispone de una norma general que prevea la nulidad parcial de los contratos recogida en el principio *utile per inutile non vitiatur*, es decir, aquella nulidad que opera no sobre la totalidad del contrato, sino sobre una cláusula o elemento del mismo que no sea esencial - puesto que si fuera un elemento esencial el negocio jurídico sería inexistente (art.1261 CC)[88]. Sin embargo, tanto la doctrina científica[89] como la jurisprudencia[90] han admitido ampliamente la nulidad parcial.

Por consiguiente, si la cláusula es declarada nula, no desaparecerá el objeto del contrato, y, por ende, tampoco el negocio jurídico (art. 1261 CC). Esta es la solución a la que se llega en aplicación del art. 9.2 LCGC[91], precepto que resulta de aplicación al tratarse de una condición general de la contratación y que prevé la validez parcial del contrato, salvo que se declare la nulidad de condiciones generales que afecten a uno de

---

[88] *vid.* ACITORES RESANO A, "El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad", *Noticias jurídicas*, 2010, http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4553-el-principio-de-conservacion-de-los-contratos-frente-a-las-figuras-de-la-nulidad-y-la-anulabilidad-/

[89] DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, Mª A., *Tratado de la nulidad de los contratos*, Parte 1ª, Zaragoza, 2003 pág. 15 que declara: "a poco complejo que sea el contenido de un contrato, puede ocurrir que sólo una parte del mismo, o una de sus cláusulas, sea contraria a norma imperativa o exceda los límites de la autonomía privada o recaiga exclusivamente sobre ella el vicio del consentimiento, etc. Ciertamente, el contrato constituye una unidad, a pesar de lo cual la ineficacia puede afectar sólo a una parte o cláusula del mismo, manteniéndose el resto en vigor en aplicación del principio de conservación de la voluntad negocial".

[90] SSTS 24 noviembre 1983. RJ 1983\6499, 21 febrero 1984. RJ 1984\770, entre otras, declarando la primera de ellas: "hoy está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio".

[91] "La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil".

los elementos esenciales del mismo conforme al art. 1261 CC, cosa que como ya hemos indicado no sucede en el caso de las cláusulas suelo. En consecuencia, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 10.1 LCGC[92] que prevé la nulidad parcial del contrato, si éste puede subsistir sin las cláusulas declaradas nulas. Esta es la solución a la que llegó el Alto Tribunal en la STS 241/2013 de 9 de mayo[93] de 2013, por lo que no desaparece el contrato al no tratarse de un elemento esencial del mismo, ni desaparece la cláusula que establece el tipo de interés aplicable, por no tratarse la cláusula suelo "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa".

Asimismo, el art. 10.2 LCGC[94] y art. 83.2 TRLGDCU[95] disponen que la nulidad debe integrarse conforme al art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, además de que el juez puede inmiscuirse en el contenido del contrato para ejercer funciones moderadoras y sólo en el supuesto de que la validez parcial del contrato supusiera una situación no equitativa en la posición de las partes que no se pueda subsanar, el Juez debe declarar la ineficacia del contrato. Ahora bien, la posibilidad de integrar el contrato mediante la modificación del contenido de una cláusula abusiva ha sido declarada por el TJUE como contraria al Derecho de la Unión. De este modo, las SSTJUE de 14 de junio de 2012 Banco Español de Crédito C - 618/10 y 21 de enero de 2015 Caso Unicaja Banco SA, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, entre otras, declaran que tal posibilidad que reconoce la legislación de consumidores española no es conforme

[92] "La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia".

[93] Declara en este sentido en el apdos. 229 y 230: "Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia".

[94] "La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo".

[95] "La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

con lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva 93/13, dado que tal precepto prevé sólo la licitud parcial del contrato, por lo que dar entrada a facultades moderadoras del juez sólo debilitaría la protección del consumidor que propugna la Directiva 93/13, pues el profesional se vería tentado a predisponer cláusulas abusivas, ya que el juez finalmente integraría el contenido del contrato pudiendo garantizar el interés de dichos profesionales[96]. La facultad integradora del juez tampoco podría estar amparada por el art. 8 Directiva 93/13, habida cuenta de que la Directiva es de mínimos, por lo que los Estados Miembro pueden transponerla mediante una legislación más estricta y protectora del consumidor. Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo concluye que la protección más adecuada que se le puede otorgar a tal consumidor es que el Juzgado simplemente declare el carácter abusivo de la cláusula.

Pues bien, en virtud de lo expuesto hemos de indicar que la declaración de nulidad de la cláusula suelo implica la nulidad parcial del contrato, por lo que la cláusula suelo desaparece y el resto de cláusulas del contrato de préstamo subsisten con un objeto integrado por el *tantundem*, junto al precio o intereses remuneratorios variables y referenciados a un determinado índice (normalmente, el EURIBOR) sin la aplicación de un suelo o límite mínimo a tal variabilidad del precio.

[96] Declara la primera de ellas: "Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, (…) la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

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

4.1. *Restituio in integrum* como efecto de la nulidad

A efectos patrimoniales, el Código Civil prevé que la nulidad de una obligación contractual da lugar a la *restitutio in integrum* (art. 1303 CC), por lo que las partes han de devolverse recíprocamente todas aquellas cosas que hayan percibido de la otra parte con sus frutos o intereses, dada la nulidad de la que adolece la obligación. Lo que se pretende es que las partes vuelvan al estado personal y patrimonial anterior a la celebración del contrato, destruyendo sus consecuencias y borrando sus huellas como si nunca hubieran existido[97] conforme a la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*[98]. Por tanto, es la consecuencia lógica que lleva aparejada la ilicitud del título de la atribución patrimonial, habida cuenta de que ésta se queda sin causa que la justifique[99].

Ahora bien, se ha de tomar en consideración la cuestión de si el ejercicio de la acción de nulidad da lugar a un efecto meramente declarativo de la obligación ilícita y, por consiguiente, es necesario también el ejercicio de una acción restitutoria *ex* art. 1303 CC o bien; basta entablar la acción de nulidad para obtener tal restitución, entendiendo que ésta es un efecto que opera *ipso iure* por ministerio de la ley. En síntesis, si para obtener la *restitutio in integrum* es necesario ejercitar una acción de nulidad o dos acciones - de nulidad y restitutoria -. Sin perjuicio de lo que resulte del desarrollo de dicha cuestión, se ha de señalar que no resulta extraño que en la *praxis* se ejercite la acción de nulidad, persiguiendo únicamente un efecto meramente declarativo[100]; aunque tales escenarios procesales suelen darse entre partes contratantes, cuando una de ellas, por vía de excepción, pretende eludir el cumplimiento de prestaciones o bien; cuando la acción

[97] STS 1144/1996 30 de diciembre de 1996.
[98] "Lo que es nulo no produce ningún efecto".
[99] SSTS 118/2012, de 13 de marzo, 241/2013, de 9 de mayo.
[100] v.gr.: STS 972/1993 de 25 octubre en la que el demandado en una acción reivindicatoria opone la nulidad del título de adquisición de propiedad del actor reivindicante; la STS 16 junio 1989 RJ 1989\4692 en la que el acreedor embargante opone la nulidad del negocio jurídico por el que un tercerista supuestamente adquirió la propiedad de un inmueble que pertenecía al deudor y en virtud del que pretende alzar el embargo sobre el mismo en concepto de propietario o bien, la STS 235/2012 de 16 abril en la que la esposa ejercita la acción de anulabilidad frente a la disposición patrimonial de unas participaciones gananciales que había realizado su esposo, prescindiendo del consentimiento uxorio de la demandante (art. 1322 CC).

de nulidad se opone contra quien no es parte contratante para impedir que aquel fundamente su pretensión en un negocio jurídico ilícito.

En primer lugar, se ha de señalar que esta cuestión, en absoluto pacífica va unida la problemática de la prescripción. Para ello, se ha de partir de que - pese a no estar previsto expresamente en la ley - la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia declaran que la acción de nulidad de pleno derecho es imprescriptible[101]. Así las cosas, se ha de exponer, sin ánimo de exhaustividad - dada la complejidad del asunto-, las distintas corrientes que se pueden distinguir:

I. La primera de ellas sostiene que el mero ejercicio de la acción de nulidad es suficiente para que el Juzgador condene a los efectos restitutorios de la misma, dado que los mismos operan *ipso iure* por ministerio de la ley, sin necesidad de formular dicho *petitum* en la demanda y sin que la sentencia adolezca de incongruencia *ultra petitum*; todo ello, al amparo del principio *iura novit curia*[102]. Con arreglo a dicha postura, se ha de entender que, si la acción de nulidad absoluta no prescribe, ésta se puede ejercitar en cualquier momento, así como que perdura el derecho a obtener los efectos restitutorios de la misma.

II. La segunda corriente defiende que se han de ejercitar dos acciones: una de nulidad y otra restitutoria. Esta postura llega a la misma solución que la anterior, ya que, partiendo de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, entiende que la acción restitutoria también debe serlo, pese a constituir una segunda acción[103]. Por tanto, la única diferencia entre esta corriente y la anterior es que, en ésta, la restitución

---

[101] El plazo de prescripción de cuatro años del art. 1301 CC se aplica a la acción de anulabilidad o nulidad relativa, pero no a la de nulidad absoluta o de pleno derecho que es imprescriptible tal y como ha declarado la doctrina jurisprudencial - SSTS 14 noviembre 1991, 470/1995 de 19 mayo, entre otras - conforme al principio clásico o axioma "lo nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo" (*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*, Digesto, libro L, título XVII, regla 29).

[102] STS 934/2005 de 22 noviembre, 22 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6942), 22 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6351), entre otras, declarando la primera de ellas: "habiendo declarado la sentencia de 18 de enero de 1904 que "corrobora este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el artículo 1303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad", obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1952), por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido".

[103] En este sentido, la SAP Barcelona 4 marzo 2002 (Sección 17ª): "(...) tampoco puede acogerse la tesis de que se aplique el plazo de quince años para la restitución de las prestaciones, pues si es imprescriptible la acción de nulidad, dicha imprescriptibilidad afecta también a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad a que se refiere el art. 1303" Dicha sentencia

se considera una acción independiente y no un efecto inherente y derivado de la acción de nulidad que opere *ipso iure*. Según esta postura, nunca es tarde para "poner las cosas en su sitio", pues aplicar la prescripción abriría la posibilidad de "dar vida" al contrato nulo.

III. La tercera corriente declara que se ejercitan dos acciones: una de nulidad y otra restitutoria. Ahora bien, en este caso sí se hace una distinción, toda vez que, se reconoce la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad, pero entendiendo que la acción del art. 1303 debe estar sometida al plazo de prescripción general de cinco años - quince antes de la reforma del CC operada en 2015 - previsto para las acciones personales (art. 1964.2 CC)[104]. Aplica tal plazo de prescripción a la acción restitutoria, con fundamento en lo dispuesto en el art. 1930.2 CC - todas las acciones se extinguen por la prescripción - y que la misma no se declara imprescriptible en el Código Civil.

A modo de curiosidad y sin mayor abundamiento, se ha de añadir que, para algunos autores, tales como PASQUAU LIAÑO, M.[105], DELGADO ECHEVERRÍA, J. o PARRA LUCÁN Mª A.[106]; resulta cuestionable que la acción de nulidad absoluta sea imprescriptible. De este modo, declara el primero de ellos: "*la imprescriptibilidad de la nulidad radical es un dogma sin fundamento, y que tanto desde el punto de vista de los textos legales (art. 1930.2 CC) como de los intereses en presencia (la seguridad jurídica*

---

[104] De este modo, lo ha declarado el Tribunal Supremo en STS 27 febrero 1964: "Si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos [nulos de pleno derecho], ya que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas, oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro Código Civil la cuestión aparece clara: en el parr. 2º del art. 1.930, se declara la prescriptibilidad de los 'derechos y acciones, de cualquier clase que sean'; en los arts. 1.295 y 1.306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su art. 1.965; de aquí se sigue que no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas (...) a la eficacia de la prescripción". También se pronuncia en este sentido la SAP Barcelona (Sección 12ª) 643/2006 de 21 noviembre: "la acción del reintegro de las prestaciones reciprocas del artículo 1303 del Código Civil, ante la declaración jurisdiccional de nulidad de la escritura pública referenciada, que tiene un plazo prescriptivo de 15 años según el artículo 1964 del Código Civil, o incluso superior si aplicamos la legislación civil catalana, no invocada por ninguna de las partes litigantes, que fundamentan sus alegaciones en el Código Civil".

[105] PAQUAU LIAÑO, M., "La acción de nulidad sí prescribe", *Revista electrónica Estudios sobre invalidez e ineficacia,* núm, 2006.

[106] DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN MªA, *Tratado de la nulidad de los contratos*, Zaragoza, 2003 pág. 124, declaran en este sentido: "ni la doctrina ni la jurisprudencia ha tratado de argumentar -más allá de las expresiones generales a las que hemos hecho referencia - por qué no ha de aplicarse *ningún* plazo de prescripción, a pesar de lo dispuesto en los arts. 1.930 ("se extinguen por la prescripción… las acciones, de cualquier clase que sean") y 1.961".

como fundamento de la prescripción), y de la misma naturaleza de la nulidad, debe más bien mantenerse que la acción de nulidad, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, prescribe a los quince años, a contar no desde el momento de su celebración, pero sí desde que el interesado en la ineficacia del contrato "pudiera" ejercitar la acción o "debiera" invocar la nulidad (art. 1.969 CC). También creo que la disociación entre la acción "declarativa" de la nulidad y la acción que quiere hacer valer "sus consecuencias" parte de una distinción forzada (aunque ciertamente consolidada) que más parece una necesidad para precisamente escapar "a veces" de la imprescriptibilidad que al mismo tiempo se proclama (...) a mi juicio, mejora las explicaciones, se incardina mejor en la teoría general de la prescripción, contribuye a la seguridad jurídica, evita con más eficacia los excesos a que de vez en cuando se llega en la práctica judicial de la mano del dogma de la imprescriptibilidad, y resuelve mejor el problema derivado del desajuste entre los plazos de la acción restitutoria y la usucapión". Asimismo, el autor matiza que lo que se extingue no es la invalidez del negocio jurídico, sino la acción civil para que se declare nulo el negocio "*porque la prescripción opera en el plano de una pretensión de un pronunciamiento judicial sobre la nulidad del contrato, y no en el de la existencia de la causa de nulidad. Ya no podrá discutirse si el contrato es válido o es nulo, y por tanto sus efectos serán indestructibles, por más que ontológicamente el contrato adoleciera de un vicio de nulidad*".

Pues bien, sin más disquisiciones sobre este particular, se ha de indicar que la acción de nulidad de pleno derecho prevista en la legislación de consumidores (art. 83.2 TRLGDCU) no prevé un efecto distinto al previsto en el art. 1303 CC. En consecuencia, el TS declara esta regla en la sentencia de mayo de 2013 respecto a la nulidad de las cláusulas suelo (Apdos. 283 y 284) y con apoyo en lo dispuesto en el IC 2000: "*la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)*"

Ahora bien, en el caso de las cláusulas suelo se ha creado una doctrina jurisprudencial, a la que se dará paso a continuación, que limita los efectos *ex tunc* de la nulidad a fecha 9 de mayo de 2013, en vez de retrotraerse al momento de la celebración del contrato. Tal doctrina toma como base el principio de seguridad jurídica, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

4.2. Presupuestos y consecuencias jurídicas de la doctrina de la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo

Como ya adelantábamos en el apartado anterior, la presente doctrina limita los efectos retroactivos o *ex tunc* de la nulidad de las cláusulas suelo al día 9 de mayo de 2013, en vez de a la fecha de celebración del contrato, tal y como previene el art. 1303 CC. Esto es así, dado que tal es la fecha de publicación de la STS 241/2013 que fue la que sentó tal doctrina, confirmada con posterioridad por la STS 139/2015 de 25 de marzo de 2015[107].

Tal doctrina jurisprudencial ha sido puesta en cuestión por Jueces y Tribunales[108], así como duramente criticada por la doctrina científica[109]. Esto ha supuesto que se hayan planteado cuestiones prejudiciales[110] ante el Tribunal de Luxemburgo en orden a confirmar o no la adecuación de esta doctrina al Derecho de la Unión Europea, resolución que se dictó con fecha 21 de diciembre de 2016.

Pues bien, la sentencia que sentó la presente doctrina - STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013 - reconoce únicamente los efectos *ex nunc* de la nulidad que declara de las cláusulas suelo y no *ex tunc*, de suerte que no se ven afectados los pagos ya realizados, ni las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa

[107] El TS declaró en este sentido: "se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada". Asimismo, el TS no pudo confirmar esta doctrina en la STS 8 de septiembre de 2014 porque la cuestión de los efectos de la nulidad fue rechazada en primera instancia y no fue recurrida en apelación por la parte perjudicada.

[108] *vid*. Votos particulares del Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno en SSTS 139/2015 de 25 de marzo y 222/2015 de 29 de abril.

[109] De este modo, *v.gr.*: LORENTE HOWELL, JL. en "La problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo" Revista Aranzadi núm. 911/2015, Comentario; declara: "De este modo, el artículo 1303 CC debe ser plenamente eficaz y acarrear una retroacción de efectos: el negocio nulo desaparece del mundo jurídico y las cosas deben volver a la situación anterior a la existencia de la cláusula nula. Cualquier interpretación en contra supondría despojarlo de su esencia: carece de sentido declarar la nulidad si no es para retornar a la situación originaria, pues la cláusula declarada nula no sólo no debió existir, sino que, en rigor, nunca existió".

[110] Por el Juzgado de lo Mercantil nº.1 de Granada (asunto C154/15) y por la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C307/15 y C308/15).

juzgada, es decir, la sentencia no tiene efectos retroactivos y se apoya en los siguientes presupuestos para no aplicar los efectos *ex tunc* de la nulidad:

I. Los principios generales del Derecho de: seguridad jurídica - basándose en el pronunciamiento de la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertieb, C-92/11[111], el cual fundamenta la posibilidad de limitar la aplicación de una norma en la buena fe de los círculos interesados y en el riesgo de trastornos graves - e interdicción del enriquecimiento injusto - con fundamento en el pronunciamiento de la STS 118/2012, de 13 marzo de 2012[112], el cual declara que el fundamento de la restitutio (art. 1303 CC) es evitar el enriquecimiento injusto.

II. La buena fe de los círculos interesados que se colige de los siguientes hechos:

- Las cláusulas suelo no son inusuales o extravagantes[113].
- Su inclusión responde a razones objetivas[114].
- Su inclusión ha sido tolerada varios años por el mercado[115].
- Su nulidad no es intrínseca - los suelos son per se lícitos-, sino que se debe a una falta de transparencia que se concreta en una insuficiencia de información.
- El cumplimiento de la OM 5 de mayo de 1994 por parte de las entidades bancarias.
- La finalidad de estas cláusulas, la cual entiende el Alto Tribunal - por también remisión directa al IBE - que era mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permitiera a las entidades resarcirse de los costes de

[111]"Puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves"

[112] La "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad".

[113] Remisión de la Sentencia al IBE de 7 de mayo de 2010: "casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable"

[114] Remisión de la Sentencia al IBE de 7 de mayo de 2010: "las causas de su utilización son el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-".

[115] Remisión de la Sentencia al IBE de IBE de 7 de mayo de 2010: "el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-".

producción y el mantenimiento de tales financiaciones, así como para que no se dieran cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios para decidir su comportamiento económico.

- Finalmente, la posibilidad de cambiar de acreedor hipotecario *ex* Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios[116].

III. El alto riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público económico que se produciría si la sentencia tuviera efectos retroactivos.

IV. La aplicación analógica de otras leyes que limitan la retroactividad de los efectos *ex tunc* de la nulidad como el art. 106 Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la conservación de efectos consumados como el art. 114.2 Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en aras del principio de seguridad jurídica, ha llegado a limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en SSTS 179/1994 de 16 de junio de 1994, 281/1995 de 23 de octubre de 1995, 185/1996, de 14 de diciembre de 1996).

Por su parte, como ya señalábamos *ut supra* la STS 139/2015 de 25 de marzo de 2015 confirma esta doctrina restrictiva de los efectos restitutorios y la perfila de modo que esta vez sí reconoce efectos *ex tunc* a la nulidad de las cláusulas suelo hasta 9 de

[116] En el supuesto de subrogación hipotecaria en el que la entidad bancaria suscribe un préstamo hipotecario con el promotor o constructor y más adelante, el consumidor; se coloca en la posición jurídica de este último, la mayoría de la jurisprudencia menor declara que la entidad bancaria no queda eximida de sus deberes de información para garantizar la transparencia de la cláusula, pese a que el RD 515/1989, de 21 de abril prevea que el vendedor - prestatario primitivo - debe facilitar una serie de datos relativos a la escritura de hipoteca al comprador de la vivienda. Esto es así, ya que tal y como indica MARTINEZ ESPÍN, P "La obligación de información sobre cláusulas suelo en hipotecas subrogadas" *Revista Aranzadi*, num.4, Cizur Menor, 2015; aunque la entidad bancaria no intervenga en la escritura que finalmente se firme, la subrogación lleva consigo un trámite previo a realizar en la oficina bancaria, en el que el cliente debe ser informado por los empleados del banco de las condiciones financieras de un préstamo hipotecario que en su día se concedió al promotor para edificar la urbanización, información comprensiva como mínimo del saldo pendiente de hipoteca, duración e intereses y especialmente si hay cláusula suelo o techo, y el cliente tras comprender, negociar tales condiciones y manifestar su conformidad; ha de facilitar los datos que le pidan para valorar su solvencia, de suerte que una vez se acepte la operación por el banco se le abrirá una cuenta donde cargarán las cuotas de amortización y se pasarán los datos a Notaría para otorgamiento de escritura. En este sentido *vid.* SAP Girona (Sección 1ª), 261/2014 de 2 octubre o SAP Jaén 190/2014 de 14 de mayo de 2014.

mayo de 2013, fecha de publicación de la precitada sentencia y a partir de la cual, se considera que desaparece la buena fe de los círculos interesados, por lo que, declarada la nulidad de la cláusula, se ha de aplicar el art. 1303 CC con efectos retroactivos hasta aquella fecha. Asimismo, considera que debe aplicarse tanto en la resolución de fondo del asunto de una acción colectiva, como individual porque también concurre el riesgo de trastornos graves macroeconómicos dada la eventual acumulación de procesos[117].

Esta misma doctrina se vuelve a aplicar en la STS 222/2015 de 29 abril de 2015 y el Alto Tribunal declara de forma categórica que tales son los parámetros - nulidad por falta de transparencia y desaparición de la buena fe subjetiva por parte de los predisponentes a partir de 9 de mayo de 2013 - que se han de tomar siempre en consideración para determinar los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo, tanto si se llega a un acuerdo transaccional entre las partes, como si el consumidor entabla una acción de nulidad; dado que las entidades bancarias ya nunca podrán pretender que el fallo sólo despliegue efectos a partir de la fecha de publicación de sentencia que ponga fin al litigio[118].

[117] "Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

[118] STS 222/2015 de 29 abril declara: "La concreción de los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la fijación de una fecha clara a la que deben referirse los efectos restitutorios de la nulidad permite, asimismo, que en los litigios en curso en los que se pretende la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, las partes puedan llegar a soluciones transaccionales con base en tales parámetros. Si no sucede así y el consumidor tiene que interponer una demanda para que se declare la abusividad y consiguiente nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, o si el litigio ya entablado tiene que continuar por no acceder la entidad financiera demandada a alcanzar una solución transaccional con base en tales criterios, esta no puede pretender que los efectos de la declaración de abusividad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo , solo se produzcan desde que se dicte la sentencia en dicho litigio. Como afirmábamos en la sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo (RJ 2015, 735), a partir de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), ya no puede afirmarse la buena fe, en sentido subjetivo, de las entidades financieras predisponentes, y por ello la obligación de devolver lo cobrado de más por la aplicación de esta cláusula suelo ha de producir sus efectos a partir del 9 de mayo de 2013.

4.3. Jurisprudencia menor a favor y en contra de limitar la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo

En el presente apartado, se expondrá la evolución de la jurisprudencia menor. A partir del pronunciamiento de la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, la jurisprudencia de los Juzgados y Audiencias Provinciales ha sido muy variada[119], pues la doctrina y argumentos que emanan de tal resolución han generado gran debate doctrinal a efectos de fuentes del Derecho, función de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico, aplicación errónea de la analogía, diferente naturaleza de la acción colectiva de cesación y de la individual de nulidad, así como la producción de trastornos graves. Ahora bien, pese a que sigan siendo varias las sentencias que no aplican la retroactividad limitada y propugnan la *restitutio in integrum*, la situación actual en la jurisprudencia se ha consolidado de una manera más uniforme y estable.

4.4. Jurisprudencia menor que decretó la irretroactividad absoluta de la nulidad

Podemos encontrar un primer grupo de sentencias que declaran la absoluta irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo al amparo de la doctrina creada en la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, habida cuenta de que tales Audiencias consideraron que dicha resolución judicial había marcado un precedente doctrinal cuyos argumentos habían de ser acogidos quizás con vistas a que tal doctrina jurisprudencial fuera a ser confirmada por el Alto Tribunal. Citaremos y expondremos cuatro de ellas a modo ilustrativo:

I. <u>SAP Zaragoza 1/2014, Sección 5ª, 8 de enero de 2014</u>[120]: declara la nulidad de la

[119] La primera Sentencia sobre cláusulas suelo se dictó por el Juzgado de lo Mercantil Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla 246/2010 de 30 septiembre que reconoció el carácter abusivo de la cláusula suelo por un desfase entre la cláusula suelo y techo, aplicando el control de contenido porque, pese a que reconoce que no hay un baremo jurídico para valorar dicho desfase, considera que es obvio que aquel provoca una falta de reciprocidad entre las partes y en perjuicio del consumidor. La gran mayoría de sentencias sobre cláusulas suelo que se dictaron con posterioridad hasta la STS 241/2013, acogieron este razonamiento (v.gr.: SAP Cáceres (Sección 1ª) 57/2013, 13 de febrero)

[120] "Acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el art. 1.6 del CE (LEG 1889, 27) le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribuna Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE (RCL 1978, 2836) llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada".

cláusula suelo por abusiva, sin proceder la *restitutio in integrum* por aplicación de la doctrina de la irretroactividad de la nulidad contenida en la STS 241/2013 de 9 de mayo, siendo apreciada tal sentencia como precedente de doctrina jurisprudencial, en aras del valor informador del ordenamiento jurídico que ostenta la jurisprudencia (art. 1.6 CC), las exigencias de la buena fe y la evitación de trastornos graves al orden público que también se pueden producir por la acumulación de procesos individuales.

II. SAP Vizcaya 524/2014, Sección 4ª, 25 de septiembre de 2014[121]: se pronuncia en igual sentido que la anterior, por lo que declara la retroactividad de la nulidad a la sentencia de primera instancia con fundamento en los mismos argumentos: riesgo de trastornos graves - los cuales estima que también concurren por la multitud procedimientos que se pueden incoar en los que se entablen acciones individuales de nulidad-, función informadora y complementaria del ordenamiento que ostenta la jurisprudencia y las exigencias de la seguridad jurídica. Asimismo, considera que la STS 241/2013 de 9 de mayo 2013 ha creado doctrina jurisprudencial, habida cuenta de que no siempre son necesarias dos o más sentencias en el mismo sentido, teniendo singular valor aquella por ser del Pleno.

III. SAP 180/2013 Córdoba de 31 de octubre de 2013[122] establece que no se puede acoger la doctrina del TS en la parte "que nos gusta", en cuanto a la abusividad por falta de transparencia, y, a su vez, negarla en la parte que "nos disgusta", es decir, la irretroactividad de la nulidad. Entiende que los tribunales de instancia no deben corregir la doctrina jurisprudencial-, aduciendo que el TS y el TC ya han

[121] "Estos trastornos no derivan, como hemos señalado, del tipo de acción, sino de la proyección que tiene la doctrina jurisprudencial sobre una multitud de contratos en los que se han empleado este tipo de cláusulas (…) atendiendo la función informadora y complementaria del ordenamiento jurídico que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 1.6 CC), que significa no que la jurisprudencia deba colmar lagunas normativas, sino que debe realizar una labor de sincronización entre el derecho positivo y la realidad social vigente a través de una adecuada exegesis de la norma, cuando la haya o, de la costumbre o principios generales del derecho en defecto de aquélla (STS 15 de junio de 1988 (RJ 1988, 4931)) y toda vez que para la existencia de doctrina jurisprudencial no siempre es necesario que se hayan dictado dos o más Sentencias en el mismo sentido (vid. la STS 18 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3178) , y tratándose de Sentencia única tienen singular valor las Sentencias de Pleno y, de otra parte, teniendo en cuenta el repetido principio de seguridad jurídica, no procede la devolución de las cantidades que se hubieran abonado como consecuencia de la aplicación del límite a la variabilidad del tipo de interés hasta la fecha de la Sentencia de primera instancia"

[122] "No cabe fragmentar la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo último, de manera que la utilizamos para que los que nos "gusta", la calificación de abusividad de la cláusula suelo, pero la ignoramos o incluso la contradecimos abiertamente para lo que nos "disgusta", la irretroactividad de sus efectos. No corresponde a los tribunales de instancia corregir la jurisprudencia que establece el Tribunal Supremo. El cual, según la tan citada Sentencia nº 241/13 consiste en que "no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada".

aplicado en alguna ocasión la irretroactividad y el TJUE ha permitido la limitación de esta por razones de seguridad jurídica y riesgo de trastornos graves. Por consiguiente, declara la irretroactividad de la nulidad.

4.5. Jurisprudencia menor anterior a 25 de marzo de 2015 y que limitó los efectos retroactivos de la nulidad a 9 de mayo de 2013

Como ya hemos indicado de forma reiterada, la STS 139/2015 de 25 de marzo de 2015 confirmó la doctrina de la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, pero la perfiló indicando que la nulidad debía desplegar efectos *ex tunc* hasta 9 de mayo de 2013, dado que entendía que a partir de tal fecha desaparecía la buena fe subjetiva, presupuesto en el que se fundamenta principalmente la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013. Ahora bien, antes de dicho pronunciamiento, algunas Audiencias Provinciales ya habían llegado a tal solución. A título de ejemplo podemos citar las dos siguientes sentencias:

I. SAP León 249/2014, Sección 1ª, 5 de diciembre de 2014[123]: declara la nulidad de la cláusula suelo, acoge los argumentos sobre la irretroactividad de la nulidad de la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013 para aplicarlos también a una acción individual, pero reconoce que a partir de tal sentencia la nulidad debe desplegar efectos restitutorios *ex tunc* hasta tal fecha a partir de la cual, ya existe conocimiento sobre la posible abusividad de la que pueden adolecer las cláusulas suelo por falta de transparencia. En consecuencia, colige la desaparición de la buena fe de las entidades bancarias a partir de mayo de 2013.

II. SAP Jaén 145/2014, Sección 1ª, 9 de abril de 2014[124]: en este caso, no se acoge a

[123] "Ahora bien, dado que esa restricción es extraordinaria solo puede operar respecto de la situación anterior a la fecha en la que se publicó la sentencia del TS reiteradamente citada (el mismo día en que se dictó: 9 de mayo de 2013). Sin embargo, desde que se publicó la sentencia no se justifica la irretroactividad de los efectos derivados de la nulidad de la cláusula porque ya son conocidos los criterios a considerar para mantenerla vigente y aplicarla, de modo que no puede ampararse la entidad bancaria en la irretroactividad de los efectos derivados de su nulidad cuando ya tiene conocimiento y la posibilidad de excluir la cláusula que no se negoció con la debida transparencia con un consumidor".

[124] "Hemos de adelantar que la entidad bancaria demandada Nova Caixa Galicia Banco, S.A., fue también parte demandada en el procedimiento promovido por AUSBANC Consumo (…) habremos de concluir que siendo claro que dicha sentencia (STS 241/2013) expresamente determina que su alcance -expansión subjetiva - habrá de extenderse a todos los contratos de préstamo hipotecario de interés variable concertados por los consumidores con la Entidad BBVA S.A. ahora demandada -además de los de las otras dos Entidades demandadas - que contengan la misma cláusula, como el que aquí analizado, y a ellos habrá de afectar no sólo la declaración de nulidad de la misma, sino igualmente los efectos anejos a dicha

la desaparición de la buena fe subjetiva, sino que considera que al darse identidad sustancial entre las cláusulas suelo objeto del recurso de apelación y de la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, y que la parte demandada fue también parte recurrida en la casación de aquella sentencia; la declaración de nulidad de las cláusulas suelo objeto de pronunciamiento y de sus efectos *ex tunc* hasta 9 de mayo de 2013, se produce de forma sobrevenida por efectos ultra partes *ex* art. 222.3 y 4 LEC de la cosa juzgada-aunque sólo reconoce el efecto material y positivo - de la sentencia del Alto Tribunal.

4.6. Jurisprudencia menor contraria a la doctrina de la irretroactividad

Desde la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013 han sido múltiples las sentencias que no han acogido la doctrina de la irretroactividad, pues los presupuestos en los que se fundamenta han generado disenso, dado que tales resoluciones consideran que la referida doctrina pone en cuestión las fuentes del Derecho español y la función de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico. Asimismo, esgrimen que no cabe utilizar como argumento para respaldar tal doctrina la aplicación innecesaria de la analogía *iuris* de otras normas, pues no existe ninguna laguna de Derecho respecto a esta cuestión; que la diferente naturaleza de la acción colectiva de cesación y de la individual de nulidad impide aplicar tal doctrina en un procedimiento en el que se ejercitan estas últimas, así como la inexistente producción de trastornos graves en el orden público económico y la falta de petición de restitución de cantidades en la STS 241/2013 de 9 de mayo. Ahora bien, pese a que haya tribunales que dicten sentencias en las que no se aplique la retroactividad limitada y propugnen la *restitutio in integrum*, la presente doctrina jurisprudencial se ha consolidado de una manera más uniforme y estable. A

declaración, cual es su carácter irretroactivo, no pudiendo dicha nulidad afectar por tanto a los pagos ya efectuados a la fecha de la publicación de la sentencia, habrá de apreciarse si no ya el efecto negativo de cosa juzgada, sí cuando menos el positivo o prejudicial por venir a constituirse en antecedente lógico del objeto que aquí ahora se resuelve, y a tenor de lo dispuesto en el art. 222.3 y 4, en relación con los arts. 11 y 221, todos de la LEC. Si este pronunciamiento está vinculado a la declaración de nulidad de la cláusula sobre el pacto de limitación de interés variable que ya se ha producido de manera sobrevenida por efecto de la STS y nuestro proceso aún no ha terminado mediante Sentencia firme, la conclusión no puede ser otra, al estar la cláusula litigiosa dentro del ámbito de la STS por su plena identidad con la reseñada en el apartado 3-b de su antecedente de hecho primero, que limitar la condena a la devolución de los intereses cobrados en virtud de la cláusula nula a partir de la fecha de la publicación de la STS, esto, es el día nueve de mayo de 2013".

continuación, se expondrán, a modo de ejemplo, cuatro sentencias que no consideran adecuado aplicarla:

I. SAP Álava 291/2013, Sección 1ª, 9 de julio de 2013[125]: considera que no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial de la STS 241/2013 de 9 de mayo, habida cuenta de la distinta naturaleza jurídica de la acción que se ejercita en uno y otro procedimiento - acción colectiva de cesación (sin acumular la de restitución) y acción individual de nulidad-, supone que no se daría en ningún caso una situación que propiciara un grave riesgo para el sistema financiero del país, por la cuantía de la cantidad reclamada, y considera que se ha dado un enriquecimiento injusto por parte de la entidad bancaria.

II. En el mismo sentido encontramos los pronunciamientos de SSAP Alicante 335/2013, Sección 8ª, de 23 de julio de 2013; Málaga 185/2014 , Sección 6ª, de 12 de marzo de 2014; Jaén 208/2014, Sección 1ª, 21 de mayo 2014, SAP Burgos 111/2015, Sección 3ª, de 17 de abril de 2015.

III. SAP Asturias 13/2015, Sección 1ª, de 27 de enero 2015[126] : de modo similar a las anteriores, se apoya en que no concurren los mismos presupuestos jurídicos y coyunturales en los que se apoya la doctrina de la irretroactividad de la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, dada la distinta naturaleza entre la acción colectiva de cesación y la individual de nulidad.

IV. SAP Cáceres 107/2015 de 24 abril[127]: en este caso sí reconoce la doctrina de

[125] "La acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12 , 16 y 19 LCGC (RCL 1998, 960) . En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia *ex tunc*. (…) No hay razón para no hacerlo, porque los criterios que señaló la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 no concurren, en tanto que no se aprecia cómo puedan este caso concurrir el "riesgo de trastornos graves" a que alude, igual que hizo la STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93) , RWE Vertrieb. Ya se ha dicho que no parece que la economía nacional o del banco recurrente puedan padecerlos de modo sensible, y menos aún grave, por restituir al cliente unos 17.000 € (…) en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario".

[126] La meritada STS ya que ésta no acuerda la irretroactividad en todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción al contemplar una acción colectiva de cesación de las cláusulas sin acumulación de petición de restitución de prestaciones y valorando razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos si al declararse la retroactividad tuviesen las entidades que revisar miles de contratos suscritos, muchos de ellos precluidos, por lo que concluimos que la STS de 9 de mayo de 2013 sienta una excepción a la regla general de restitución de prestaciones del art. 1303 CC atendiendo a unas razones procesales y coyunturales que no concurren en el ejercicio de la acción individual en el presente proceso.

[127] Sin embargo, este criterio no puede aplicarse al supuesto que, por mor del Recurso de Apelación interpuesto, ahora se somete a la consideración de esta Sala, desde el momento en que, acordar, en la presente Resolución, retrotraer la restitución de los intereses que, de más, hubiera abonado el prestatario

retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo, pero no la aplica al presente supuesto porque hacerlo supondría contravenir el principio de *prohibición de la reformatio in peius*. No obstante, si bien tal solución parece favorecer al consumidor, en este concreto caso, sucede todo lo contrario porque la sentencia de primera instancia reconoció los efectos restitutorios de la nulidad desde el momento de interposición de la demanda con fecha 15 de noviembre de 2013, en vez de 9 mayo como ya lo habían hecho algunas Audiencias - v.gr.: SAP León 249/2014, Sección 1ª, 5 de diciembre de 2014[128] - antes de que fuese confirmada la doctrina en la STS 139/2015 de 25 de marzo de 2015.

V. Sentencia del Jdo. Mercantil núm. 1 Pamplona 120/2016 de 17 de mayo[129]: La presente sentencia acuerda los efectos *ex tunc* de la nulidad y la no aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS 139/2015 de 25 de marzo de 2015. Para ello, comienza declarando que no resulta aplicable la misma porque omite las fuentes del derecho y extralimita la función de complemento del Ordenamiento Jurídico que reconoce el art. 1.6 a la jurisprudencia, todo ello con fundamento en el art. 51 CE que obliga a los poderes públicos a proteger al consumidor. Ahora bien, el principal argumento que sostiene su tesis resulta de la invocación de los pronunciamientos del TJUE, dado que éste ha afirmado que no cabe la integración del contrato cuando se declara la nulidad de una cláusula abusiva y ello es lo que se haría si se limitaran los efectos *ex tunc* de la nulidad. En consecuencia, no cabe

desde la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Mayo de 2.013 , conculcaría el Principio de la "reformatio in peius" ha acordado el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida ha sido la de fijar el efecto retroactivo de la Sentencia a fecha de la interposición de la Demanda (15 de Noviembre de 2.013), que es fecha posterior a la de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 ; por lo que, en definitiva, deberá mantenerse, asimismo, este pronunciamiento.

[128] *vid.* dicha sentencia en pág. 53 del presente trabajo.

[129] La sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito contra Joaquín Calderón dice que "del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible." (…), sin estar facultados para modificar el contenido de las cláusulas, modificación que se produciría en caso de limitar los efectos de la retroactividad del artículo 1303 del Código Civil. La misma sentencia a que se está haciendo referencia explica que "es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad", situación que no se produce en el caso y que nos ocupa.

dicha limitación, dado que la integración del contrato sólo puede darse cuando la nulidad de la cláusula impide la subsistencia del resto del contrato, lo que permite que se aplique una norma jurídica.

4.7. La doctrina de la retroactividad limitada de la nulidad a la luz del Derecho Comunitario

Como ya se ha puesto de manifiesto, la doctrina jurisprudencial sobre la retroactividad limitada, pese a que la gran mayoría de Juzgados y Audiencias la han aplicado casi de un modo "automático", no ha sido del todo bien acogida y ha recibido críticas por los distintos argumentos que han sido expuestos en el apartado anterior. No obstante, tales discrepancias provocaron que en el año 2015 el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada (asunto C154/15) y la Audiencia Provincial de Alicante (asunto C307/15 y C 308/15) planteasen sendas peticiones de cuestiones prejudiciales ante el TJUE en orden a consultar la conformidad de tal doctrina a Derecho Comunitario. En concreto, las cuestiones prejudiciales tenían por objeto:

I. I. - Determinar si la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo es compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13.
II. II. - Determinar si el Tribunal Supremo ha aplicado correctamente los criterios de buena fe y riesgo de trastornos graves seguidos en la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb.
III. III. - Determinar si la articulación entre las soluciones adoptadas en el marco de acciones colectivas y las adoptadas en el marco de acciones individuales es conforme con el Derecho de la Unión, dado que extender a las acciones individuales la misma solución que la prevista en el marco de una acción colectiva – STS 241/2013 de 9 de mayo 2013-, podía restringir los derechos de los prestatarios a que fueran consideradas individualmente sus circunstancias específicas.

Se ha de indicar, a efectos meramente didácticos, que el procedimiento de cuestión prejudicial se encuentra previsto en los arts. 103 y ss. del Reglamento de Procedimiento

del Tribunal y está compuesto por una fase escrita, una fase oral y otra fase decisoria[130]. Pues bien, atendiendo a esta última fase, se debe exponer la posición del Abogado General en su Informe de Conclusiones Generales y finalmente, la Sentencia que, con fecha 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Luxemburgo dictó, poniendo fin a tan debatida cuestión.

4.8. Informe de Conclusiones del Abogado General

Las conclusiones del Abogado General fueron presentadas con fecha 13 de julio de 2016 y adoptaron una postura favorable a la doctrina jurisprudencial española.

Respecto a la primera cuestión - compatibilidad entre la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13[131] - concluyó que el TS no ha superado el nivel de protección de la Directiva al aplicar, además del control de transparencia formal, un control de transparencia material a cláusulas que definen el objeto principal en orden a determinar su carácter abusivo. Ahora bien, a juicio del Abogado General, tal control de transparencia no tiene carácter innovador, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE - en concreto a las SSTJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Kálerné Rábai, de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, 9 de julio de 2015, Bucura - que declara que tanto de lo dispuesto del art. 4.2 como el art. 5 de la Directiva, se infiere que todas las cláusulas de un contrato con consumidores (incluidas las del art. 4.2) deben presentar una transparencia clara y comprensible, gramatical y materialmente - en cuanto a los efectos jurídicos y económicos que van a desplegar y para cuyo fin es esencial la suficiencia de información-.

---

[130] La fase escrita se compone de los siguientes actos: resolución de remisión de la cuestión por el órgano jurisdiccional nacional, traducción a todas las lenguas oficiales de la Unión Europea, publicación de las cuestiones prejudiciales en el Diario Oficial de la Unión Europea, notificación a las partes, a los Estados miembros, a las instituciones comunitarias, a los Estados del EEE y al Órgano de Vigilancia de la AELC; observaciones escritas de las partes, de los Estados y de las instituciones, elaboración del informe preliminar por el Juez Ponente, reunión general de los Jueces y Abogados Generales, atribución del asunto a una de las formaciones del Tribunal y diligencias de prueba. La fase oral consiste en la vista y finalmente la fase decisoria está integrada por: las Conclusiones del Abogado General, la deliberación de los Jueces y la Sentencia.

[131] "Articulo 6.1: "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".

Hecha tal precisión, pone de manifiesto que la jurisprudencia del TJUE ha considerado que el art. 6.1 Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los jueces y tribunales, a la vista de una cláusula abusiva, pueden apreciarla de oficio y deben limitarse a dejarla sin aplicación, salvo que el consumidor manifieste su voluntad en contrario. Por tanto, si se ha de reconocer o no la *restitutio in integrum* en caso de que el juez nacional aprecie una cláusula suelo abusiva y que un órgano jurisdiccional superior de un Estado Miembro decida limitar los efectos de sus sentencias, no corresponde a la competencia del TJUE. Esto es así debido al principio de autonomía procesal, sin perjuicio de los principios de equivalencia y efectividad. Por un lado, considera que el principio de equivalencia - que propugna que la norma nacional se aplique indistintamente a supuestos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a aquellos que se fundamentan en el derecho nacional cuando tengan un objeto y causa semejantes[132] - se ha cumplido, dado que el Tribunal Supremo ya ha recurrido a la posibilidad de limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias en controversias puramente internas. Por otro lado, también estima que se ha cumplido el principio de efectividad[133], habida cuenta de que el objetivo de la Directiva 93/13, en sus arts. 6 y 7, es un efecto disuasorio sobre los empresarios y profesionales para no aplicar cláusulas abusivas y tal fin quedó plenamente garantizado a partir de la STS 241/2013 de 9 de mayo, "ya que todo profesional que, con posterioridad a 9 de mayo de 2013, introdujera tales cláusulas en sus contrato sería condenado a eliminarlas y a devolver las cantidades abonadas en virtud de las mismas". Respecto a la situación anterior a 9 de mayo de 2013, aduce que, si el objetivo de la Directiva es restablecer el equilibrio de los derechos y obligaciones entre el consumidor y el profesional, tal equilibrio no equivale necesariamente a favorecer al consumidor bajo cualquier circunstancia. El Abogado General acoge los presupuestos del TS, especialmente las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario español, y dadas las muy excepcionales circunstancias que concurren, reconoce que la limitación de efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelo deber ser admisible conforme al principio de efectividad.

Con relación a la cuestión de si el TS había aplicado correctamente los principios de buena fe y riesgo de trastornos graves como fundamento para limitar los efectos de su

[132] *vid.* STJUE de 27 de febrero de 2014, (C-470/12).

[133] Cuyo significado es que "La regulación procesal no puede estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la practica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (STJCE 16 de mayo de 2000, C-78/98)".

STS 241/2013 de 9 de mayo, considera que no debe entrar a analizar con profundidad tales presupuestos, ya que tal potestad corresponde al Estado Miembro dentro de su esfera de la autonomía procesal y con respeto a los principios de equivalencia y efectividad, principios que afirma haber sido respetados.

Finalmente, respecto a la cuestión de si se puede aplicar la solución de limitar los efectos *ex tunc* de la nulidad en el marco de una acción individual, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia del TS en el marco de una acción colectiva; el Abogado General declara que no hay ningún obstáculo para que un órgano jurisdiccional, ante el que se ejercita una acción para que se declare que una cláusula es abusiva, pueda realizar su propio análisis de las circunstancias y apreciar si esas circunstancias son idénticas, llevándole a aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4.9. STJUE de 21 de diciembre de 2016, caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Otros contra Cajasur Banco, S.A.U. y Otros

El TJUE publicó la presente sentencia a la que hemos hecho referencia *ut supra* con fecha 21 de diciembre de 2016 y ha llegado a una solución que ha "puesto en jaque" la doctrina jurisprudencial española sobre la retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo. Se trata, a mi juicio, de una sentencia relativamente clara y sin especulaciones, basada principalmente en su propia doctrina interpretativa de los arts. 6 y 7 Directiva 93/13.

Una vez expuesta la legislación comunitaria de aplicación - arts. 3, 4, 5, 6 y 7 Directiva 93/13-, la legislación nacional - arts. 1303 CC, 82.1 y 83 TRLGDCU, y arts. 5, 7 y 8 LCGC-, y los pronunciamientos de la SSTS 241/2013 de 9 de mayo y 139/2015 de 25 de marzo, así como las distintas cuestiones prejudiciales que han sido planteadas; el TJUE parte de la premisa de que los efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula suelo están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y no se trata de un supuesto de elevación de la protección del consumidor que escape del ámbito objetivo de aquello. Esto así, ya que la Directiva garantiza tanto la transparencia formal como material, habida cuenta de que el art. 4.2 prevé esta última; y que el Tribunal de Justicia[134] ha declarado que reviste de una importancia fundamental, para el consumidor,

[134] STJUE 21 de marzo de 2013 RWE Vertieb , C-92/11, apartado 44.

disponer de información suficiente sobre las condiciones contractuales y sus consecuencias antes de suscribir el contrato. Por tanto, los efectos de la nulidad de las cláusulas están comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/13 y en particular, de su art. 6.1.

A continuación, declara que el art. 6.1 Directiva 93/13 - no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas - es una disposición de orden público que tiene como fin restablecer el equilibrio formal por el material o real de los derechos y obligaciones entre empresario y consumidor a fin de lograr la igualdad entre ambos que puede ponerse en peligro en la contratación con condiciones generales. Para dicho objetivo, el juez debe apreciar de oficio la cláusula abusiva, limitarse a dejarla sin aplicación y deducir todas las consecuencias - sin posibilidad de integración o modificación del contenido de dicha cláusula-. Concluye que tal declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula, ha de tener como consecuencia lógica "el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula" y, por ende, deben producirse los efectos restitutorios de todas las cantidades indebidamente pagadas. Para reforzar tal argumento, declara que, si no se reconociera el efecto restitutorio, se pondría en cuestión el efecto disuasorio que art. 6.1 Directiva 93/13, en relación con el art. 7.1[135], pretenden atribuir a la declaración de abusividad. Ahora bien, mantiene la legitimidad del pronunciamiento de la STS 241/2013 9 de mayo de 2013 respecto a su no afectación a las resoluciones judiciales anteriores definitivamente decididas con fuerza de cosa juzgada a fecha 9 de mayo de 2013, pues el Derecho de la Unión no impide a los tribunales aplicar las normas procesales nacionales que otorgan cosa de fuerza juzgada a una resolución, pese a que ello posibilitara subsanara infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13.

Asimismo, toma en consideración que sólo el TJUE tiene potestad para determinar la limitación temporal de la interpretación que él mismo haya hecho de una norma comunitaria y que, por consiguiente, las normas jurídicas nacionales no pueden afectar el contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula abusiva (art. 6.1). Por tal motivo, que la sentencia concluye que el pronunciamiento del Alto Tribunal sobre la limitación de los efectos *ex tunc* derivados de la declaración de abusividad de las

[135] Art. 7.1: "Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores".

cláusulas suelo a fecha de 9 de mayo de 2013, otorga una protección incompleta e insuficiente, dado que se opone al fin del art. 6.1 y no es un medio eficaz para que cese el uso de las cláusulas suelo (art. 7.1 Directiva 93/13).

4.10. Conclusión personal sobre las posibles consecuencias de la STJUE de 21 de diciembre en la jurisprudencia española

Habida cuenta de que la STJUE de 21 de diciembre ha "tumbado" la doctrina de la retroactividad limitada del Alto Tribunal; se suscita la cuestión de cuál es el pronóstico de los consumidores que hubiesen obtenido la restitución limitada de las cantidades indebidamente cobradas en procesos civiles posteriores a 9 de mayo de 2013, habiendo recaído sentencia firme; así como de aquellos consumidores que hubiesen suscrito un préstamo hipotecario con anterioridad a 9 de mayo y no hubiesen incoado proceso alguno o habiéndolo hecho no hubiese recaído sentencia firme - es decir, todos aquellos que no se vieran afectados por los efectos de cosa juzgada de pronunciamiento judiciales que reconocieran los efectos *ex tunc* limitados de la nulidad de la cláusula suelo-. Dejaremos de lado, aquellos supuestos que fueron juzgados y resueltos con anterioridad a la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, ya que como hemos indicado el Tribunal de Luxemburgo reconoce la legitimidad de la cosa juzgada de tales resoluciones.

Para ello, se ha de partir de los dispuesto en el art. 4.1 bis LOPJ[136], que prescribe la aplicación del Derecho de la UE, por parte de los Jueces y Tribunales nacionales, conforme a la jurisprudencia del TJUE. Por consiguiente, hemos de colegir, en primer lugar, que aquellos consumidores que no se hubiesen visto afectados por la cosa juzgada; quizás podrían verse, en el seno del proceso que hubiesen incoado o bien, en el eventual proceso que incoaran[137]; beneficiados de un pronunciamiento judicial que aplicara la STJUE y reconociera la *restitutio in integrum* (art. 1303 CC). Asimismo, hemos añadir a este extremo, que el Alto Tribunal suspendió la tramitación de un recurso de casación, mediante ATS de 12 de abril de 2016, contra la SAP Jaén (Sección 1ª) 305/2014 de 10 julio que reconocía los efectos *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo, hasta que el

[136] Art. 4.1 LOPJ: "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".
[137] En apelación, quizás a través de la alegación de documentos y por ende de doctrina comunitaria que no se hubieren podido aducir en la demanda (art. 270 LEC) y en sede de casación, resultaría realmente difícil aducir la doctrina comunitaria, puesto que al tratarse de un recurso extraordinario, los motivos son taxativos.

Tribunal de Luxemburgo resolviera la cuestión prejudicial, dada la cercanía entre la fecha de la vista y de la sentencia del procedimiento de cuestión prejudicial ante dicho tribunal. A la vista de dicha situación, se podrá comprobar cómo es el propio TS el que corrige su doctrina mediante la aplicación de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

Por otro lado, hemos de añadir un breve inciso sobre el real decreto ley que el Gobierno ha comunicado se promulgará en orden a habilitar una vía extrajudicial para que los consumidores afectados por cláusulas suelo abusivas puedan reclamar las cantidades indebidamente cobradas y alcanzar un acuerdo con las entidades en el plazo máximo de tres meses para su devolución.

Finalmente, respecto de los prestatarios que se hayan visto afectados por pronunciamientos judiciales firmes con efectos de cosa juzgada que sólo reconozcan la retroactividad limitada, cabría plantear la posibilidad de interponer recurso extraordinario de revisión (arts. 509 y ss. LEC). Ahora bien, la STS 81/2016 de 18 de febrero de 2016, en un supuesto en que se interpuso demanda de revisión contra la STS 719/2012, de 5 de diciembre de 2012[138] - la cual había sido dictada sin haberse suspendido el procedimiento y estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial ante el TJUE que acabó resultando favorable para el recurrente en revisión - no acogió como presupuesto de la revisión que la doctrina comunitaria emanada del TJUE fuese contraria al razonamiento jurídico de la sentencia firme. El demandante apoyó su petición de revisión en la causa prevista en el art. 510.1º LEC aduciendo que consistía en el recobro u obtención, después de pronunciada la sentencia, de documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

El documento en que la parte apoyó su pretensión era la STJUE de 18 de julio de 2013. La demanda fue desestimada por los siguientes motivos:

I. Una resolución judicial no puede considerarse un documento a tales efectos procesales y lo que se ha de tomar en consideración como causa es el documento como tal y no el contenido o datos del mismo.
II. Incluso considerando la sentencia como documento válido, debemos tener en cuenta que ésta no existía con anterioridad a la sentencia del TS, no lo retuvo la otra parte, ni se perdió por causa de fuerza mayor; por lo que ni si quiera puede

[138] En concreto, el objeto de la demanda de revisión trataba sobre el reconocimiento de un derecho de patente sobre la fabricación de un producto.

subsumirse en el precepto (art. 510.1º LEC).

Asimismo, invoca la doctrina comunitaria para descartar la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. En primer lugar, declara que mientras dicho Tribunal sí ha admitido la revisión de actos administrativos firmes[139] contrarios a una sentencia del TJUE, siempre que la legislación nacional lo prevea; no la ha admitido respecto de resoluciones judiciales firmes[140], si dicha opción no está prevista por la normativa procesal interna, al amparo del principio de seguridad jurídica de un sistema que impone el respeto a la cosa juzgada. Recuerda que el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzga a una resolución, aunque ello permita subsanar la vulneración del Derecho comunitario. Concluye que puesto que el Derecho Procesal español no prevé tal norma que faculte a la revisión de sentencias firmes en dicho supuesto, no admitir el recurso extraordinario de revisión es conforme a la doctrina comunitaria [141].

Ahora bien, pese a dicha doctrina comunitaria; no resultaría extraño que, tras el dictado de la STJUE de 21 de diciembre, se planteasen cuestiones prejudiciales ante el TJUE en orden a su modificación y por el carácter de disposición imperativa y de interés público que ostenta el art. 6.1 Directiva 93/13[142]. A su vez, tal modificación podría verse auspiciada por la declaración que el Tribunal de Luxemburgo realizó en la STJUE de 20 de septiembre de 2011[143] en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 Carta

---

[139] Sentencia de 13 de enero de 2004 (TJCE 2004, 9) (C-453/00), caso Kühne & Heitz.

[140] SSTJUE de 16 de marzo , asunto C-234/04 caso Kapferer; sentencia de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 , caso Olimpiclub; de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292), Köbler, C-224/01.

[141] "Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión (véase la sentencia Kapferer, antes citada, apartado 21). De lo expuesto, cabe concluir que la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español. En nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE".

[142] SSTJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 y de 21 de diciembre de 2016, caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Otros contra Cajasur Banco, S.A.U. y Otros.

[143] "Procede recordar que la Comunidad es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional que constituye el Tratado CE (LCEur 1986, 8), y que este último ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones (véase la sentencia Comisión/BEI [TJCE 2003, 212] , citada

de Derechos Fundamentales de la UE), en la que entendió que éste no quedaba constreñido a la protección de los derechos fundamentales, sino que albergaba también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión.

En cualquier caso, si tal doctrina comunitaria fuera mantenida y, por ende, no prosperaran las eventuales cuestiones prejudiciales, se podría plantear una reclamación responsabilidad patrimonial de España con fundamento en la jurisprudencia comunitaria que habilita la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado cuando se ha producido una violación del Derecho de la Unión.

Para ello, desde la STJCE de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pêcheur, c-46/93), la jurisprudencia comunitaria ha reconocido un derecho de indemnización a particulares por actos de la Administración pública, debiendo concurrir tres requisitos:

I. Infracción de una norma comunitaria que confiera derechos a los particulares.
II. Que tal infracción esté suficientemente caracterizada.
III. Relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por la víctima.

Pues bien, en primer lugar, debemos sostener que las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro son consideradas, a estos efectos, actos de la Administración pública, tal y como declaró la STJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01 [144], dado que es indiferente el órgano público del que provenga la acción u omisión infractora.

Estimo que tal y como ha confirmado la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el TS ha infringido los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13, infracción que se ha producido por un desconocimiento de la jurisprudencia del TJUE en la materia. Por consiguiente,

---

en el apartado 42 supra , apartado 75 y la jurisprudencia citada). Esto es también conforme con el objetivo perseguido por el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza"

[144] "En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que ya ha declarado que el sistema del Tratado CE impone a los Estados miembros la indemnización de los daños causados a los particulares debido a violaciones del Derecho comunitario que les son imputables, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro causante del perjuicio. En efecto, la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos de los particulares que se derivan del Derecho comunitario quedaría debilitada si los particulares no pudieran, en determinadas condiciones, obtener una indemnización de los daños causados por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia. En tal caso, los particulares deben tener la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado con el fin de obtener una protección jurídica de sus derechos".

concurrirían el primero y, desde luego también, el segundo requisito, habida cuenta de que la jurisprudencia comunitaria ha declarado a este respecto, que tal infracción suficientemente caracterizada se da cuando el poder judicial del Estado haya inobservado de manera manifiesta el Derecho comunitario aplicable y se ha producido un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del TJUE en la materia[145], infracción que concurre, a mi juicio, con la invocación de la doctrina jurisprudencial de las SSTS 241/2013 de 9 mayo de 2013 y 139/2015 de 25 de marzo, tal y como ha dejado patente la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Finalmente, los daños que se hubiesen ocasionado por aplicación de dicha doctrina sería la falta de reconocimiento del derecho a la restitución de las cantidades que se hubiesen dejado de percibir por aplicación de la doctrina jurisprudencial española de la retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo.

En cuanto a la vía de reclamación de dicha responsabilidad, el TJUE ha declarado que es el juez nacional el que debe decidir sobre la concurrencia de estos requisitos. También incumbe al Estado Miembro, con arreglo a su normativa nacional, en materia de responsabilidad, - tanto las referidas al cálculo de indemnización, como las referidas a su evaluación[146] - reparar las consecuencias del perjuicio causado.

Ante tales obstáculos procesales que plantea el efecto de cosa juzgada, habrá de estarse a la espera de comprobar cómo la jurisprudencia quizás pueda llegar a resolver tales situaciones, si es que resulta posible. En caso contrario, a la vista de la reacción del Tribunal de Luxemburgo, no sería extraño que se plantearan nuevas cuestiones prejudiciales ante este.

[145] *vid.* STJCE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C224/01; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C446/04 y de 25 de noviembre de 2010 Fuß, C-429/09, declarando la primera de ellas: "En todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia".
[146] *vid*. STJCE de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pêcheur, c-46/93).

5. Cuestiones procesales

En este último apartado, se analizarán una serie de cuestiones de naturaleza procesal, tales como la litispendencia, la prejudicialidad, la cosa juzgada y la intervención procesal. Para entrar en el análisis de la presente cuestión, resulta preciso señalar que los procesos que tengan por objeto invalidar cláusulas suelo, pueden tutelar tanto intereses individuales como colectivos. En consecuencia, ante la impugnación de una cláusula suelo nula, podemos distinguir tres tipos de procedimientos:

I. Individual: es el propio consumidor quien actúa en juicio en nombre propio y en virtud de los derechos e intereses subjetivos de los que es titular como prestatario. La parte actora ostenta legitimación ordinaria (art. 11.1 LEC).

II. Colectivo para la tutela de intereses propiamente colectivos: tiene lugar cuando las cláusulas suelo y sus efectos afectan a un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean determinables. Tal legitimación la ostentan las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de estos intereses y los grupos de consumidores afectados - los cuales carecen de personalidad jurídica-. La parte actora ostenta legitimación extraordinaria (art. 11.2 LEC) y ejercita las denominadas por la doctrina "acciones de clase" o como las denomina MARÍN LÓPEZ, "acciones colectivas indemnizatorias", es decir aquellas mediante las cuales una asociación de consumidores y usuarios, un grupo de afectados o una entidad legalmente constituida para la defensa de los consumidores y usuarios solicita judicialmente una indemnización o resarcimiento para un colectivo de personas afectadas por un mismo hecho dañoso[147]. Si bien es cierto que las acciones de clase tienen por finalidad la protección de consumidores y que estos son los únicos que se pueden beneficiar del ejercicio de las mismas, es preciso apuntar que no debemos sólo identificarlas con las acciones de cesación, retractación y declaración del art. 12 TRLGDCU, sino que el concepto en sí mismo es más amplio, por lo que están dirigidas a todo resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por un hecho dañoso a

[147] MARÍN LOPEZ, JJ., "Las acciones de clase en el derecho español", *Revista Indret* nº3, Barcelona, 2001, pág. 3.

consumidores[148].

III. Colectivo para la tutela de intereses difusos: es similar a la anterior, dado que concurren una pluralidad de perjudicados, pero no están determinados o son de difícil determinación. Tal legitimación la ostentan las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.

Pues bien, en los procesos colectivos debe practicarse por el Letrado de la Administración de Justicia un llamamiento para que los perjudicados puedan intervenir en el proceso, "publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses". Mientras que, en el caso de tutela de derechos e intereses colectivos, el demandante ha de haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados y el consumidor puede comparecer en juicio por vía de intervención procesal en cualquier momento para hacer valer su derecho o interés individual; en el caso de tutela de derechos o intereses difusos, únicamente tiene lugar el precitado llamamiento practicado por el Letrado de la Administración de Justicia que suspende el procedimiento y una vez transcurrido el plazo para intervenir - nunca superior a dos meses-, el proceso se reanuda con la intervención de todos los consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior (art. 15.3 LEC) y sin perjuicio de que, con posterioridad, los consumidores afectados que no hayan intervenido en el proceso, puedan interesar la extensión de efectos de cosa juzgada de la sentencia que se dicte (art. 221 y 519 LEC). Ahora bien, dichos llamamientos - el común que realiza el Letrado de la Administración de Justicia como el que también realiza el demandante en la tutela de intereses colectivos - se excluyen en el caso de que se ejercite la acción colectiva de cesación (art. 15.4 LEC), dejando a salvo la posibilidad de que el consumidor pueda intervenir en cualquier caso *ex* art. 13 LEC.

En segundo lugar, también es preciso tener en cuenta que el art. 221 LEC prevé la extensión de efectos *ultra partes* de cosa juzgada de la condena dineraria a aquellos sujetos no litigantes. Tal extensión de efectos parece estar prevista para todos los consumidores y usuarios no litigantes que resulten afectados por el hecho dañoso, tanto

[148] V.gr.: STS 561/2000 de 6 junio en la que se ejercita una acción de responsabilidad extracontractual por la Associacio Catalana de L' Hemofilia contra una serie de farmacéuticas por los daños provocados por un producto defectuoso.

si están determinados como si no - indicándose en este último caso las características que se deben reunir para exigir el pago-. En caso de que se hubiere declarado ilícita una conducta conforme a la legislación de consumidores, el tribunal debe decidir si la declaración debe surtir efectos no limitados a quienes hayan sido parte (art. 221.2º LEC).

Ahora bien, ante tales opciones procesales un consumidor afectado por una cláusula suelo se encuentra en la tesitura de decidir cuál de ellas es la más favorable para sus intereses. Pues bien, en primer lugar, si se incoara un procedimiento para la tutela de intereses colectivos contra la entidad bancaria con la que ha suscrito el contrato de préstamo hipotecario; se le suscitaría la cuestión de cuáles serían las consecuencias en caso de intervenir en tal procedimiento o no hacerlo. Ante dicho planteamiento, se presentan las siguientes soluciones:

I. Si el consumidor decide intervenir en el proceso: se producirá una intervención adhesiva litisconsorcial - acreditando ser titular de una de las relaciones jurídico-sustanciales objeto del proceso-, podrá ejercitar una pretensión individual, será considerado parte en el proceso a todos los efectos y la sentencia que recaiga producirá efectos de cosa juzgada sobre éste (art. 13.3, 221.1. 3º LEC).

II. Si el consumidor decide no intervenir en el proceso o interviene sin ejercitar acción individual. En este caso, encontramos distintas opiniones doctrinales:

- De este modo, por un lado, autores tales como MARÍN LÓPEZ - citado anteriormente - sostienen que no hay litispendencia entre la acción de clase y la individual; dado lo dispuesto en el art. 11.1 LEC que legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios, aunque todo ello "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados". Por consiguiente, la acción de clase no cierra el paso al ejercicio de la acción individual en un segundo proceso[149]. Asimismo, afirma dicho autor que el consumidor nunca podría resultar afectado por la cosa juzgada de la sentencia que se dictara en tal procedimiento, pese a que el art. 222.3 LEC señale que la cosa juzgada afectará "a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto

[149] *vid.* MARÍN LOPEZ, JJ., *Las acciones de clase en el derecho español*, *Revista Indret* nº3, Barcelona, 2001, pág. 6.

en el artículo 11 de esta Ley". Esto es así porque mantiene que no hay litispendencia entre la acción de clase y la individual y, por consiguiente, que tampoco se pueden extender los efectos de cosa juzgada a aquellos sujetos que no intervengan en el proceso colectivo, dada la íntima conexión entre ambas instituciones y que, si el espíritu de la ley fuese tal, el legislador se habría pronunciado de modo más terminante. Finalmente, invoca la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

- Por otro lado, encontramos opiniones como la de MIERES MIERES[150] que partiendo de la STC 311/2000 de 18 de diciembre[151] defiende que, en caso de incoarse un segundo proceso, se podrían oponer las excepciones de litispendencia y cosa juzgada con fundamento en: la posibilidad de que el legislador haya permitido la intervención procesal de los consumidores perjudicados en un proceso colectivo de suerte que gozan de autonomía en la defensa de las pretensiones que formulen; la protección del consumidor a obtener una respuesta judicial a su pretensión sostenida y afirmada por un representante adecuado; y el principio de economía procesal, a favor de un único proceso.

El TS se pronuncia a este respecto en la STS 375/2010 de 17 de junio de 2010[152] adoptando un criterio intermedio por el que entiende que en caso de un proceso para la tutela de intereses colectivos - no difusos - en el que los perjudicados estuvieran determinados y se les hubiera realizado el consiguiente llamamiento para hacer valer su derecho o interés individual, la sentencia sí debería producir efectos de cosa juzgada sobre los mismos. Por el contrario, el Alto Tribunal entiende que los perjudicados indeterminados no se verían afectados, sin perjuicio de que - en caso de no ejercitar sus acciones individuales - sí podrían solicitar la extensión de efectos de cosa juzgada conforme a los arts. 221 y 519 LEC.

---

[150] MIERES MIERES, L.J., *Acerca de la constitucionalidad de la nueva regulación de las acciones colectivas promovidas por asociaciones de consumidores y usuarios*, Barcelona, 2000.

[151] "El Tribunal Constitucional, en constante jurisprudencia, ha venido afirmando el necesario carácter de configuración legal de la tutela judicial. El legislador, a la hora de formular los cauces y reglas procesales goza de un amplio ámbito de libertad tan sólo limitada por el necesario respeto al contenido esencial del derecho y al principio de proporcionalidad".

[152] "Podría sostenerse que, según el artículo 15 LEC, tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual (art. 15.1), la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados (artículo 15.3 LEC), que, aunque no se personen, podrán hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta ley".

Pues bien, *a priori* y como regla general, se ha de entender que en el caso de las cláusulas suelo; ni la litispendencia, ni la cosa juzgada impedirían en ningún caso incoar un procedimiento en el que se ejerciten acciones individuales. Esto es así porque tanto la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, como la STS 401/2010 de 1 de julio de 2010[153] han declarado que no cabe la extensión de efectos de cosa juzgada cuando el carácter abusivo de la cláusula se fundamente en la insuficiencia de información suministrada. Ahora bien, podemos encontrar pronunciamientos jurisprudenciales que declaran la extensión de efectos a sujetos no litigantes que hayan suscrito un contrato de préstamo bancario que incluya una cláusula suelo idéntica a la prevista en los contratos de los que son titulares las entidades bancarias. Esto es lo que tuvo lugar en la Sentencia 471/2010 del Jdo. Mercantil nº11 de Madrid[154] o en la precitada SAP Jaén 145/2014, Sección 1ª, 9 de abril de 2014[155] que extendió los efectos a otros consumidores que no habían sido parte en procedimiento de la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013.

Una última cuestión problemática de naturaleza procesal que han planteado los procesos colectivos es la excepción de prejudicialidad civil que las entidades bancarias han opuesto a los consumidores al amparo del art. 43 LEC en los procesos individuales cuando ya está pendiendo un proceso colectivo. Se ha de indicar que la regla general en nuestro proceso civil es que la prejudicialidad civil - no debiéndola confundir con la litispendencia que significa que en ambos procedimientos hay identidad de objetos procesales, - produce un efecto no suspensivo y no devolutivo. Ahora bien, en el presente caso cabría suspender el procedimiento individual, habida cuenta de que: concurriría otro proceso civil anterior que constituiría la cuestión prejudicial del proceso individual, no sería posible la acumulación de ambos procedimientos y la suspensión sería solicitada por la entidad prestamista. Concurriendo tales presupuestos y oído el consumidor - parte

[153] "Ahora bien, el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, impide extender los efectos de la sentencia como pretende el motivo a "cláusulas similares", y obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que completen la información de tal forma que eliminen los aspectos declarados abusivos".

[154] "Es por ello que, de conformidad con el 221.1.1 LEC se ha de precisar que se verán beneficiados por los pronunciamientos de condena de la presente resolución (y en consecuencia, podrán exigir la supresión de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la misma) todos aquellos consumidores que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con las entidades bancarias demandadas y en cuyas condiciones generales de la contratación se haya incluido una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés idéntica a las transcritas en la presente resolución y no transparente. En este punto se ha de precisar que por cláusulas idénticas ha de entenderse aquellas que, a pesar no de emplear el mismo texto ni las mismas palabras, sean sustancialmente iguales en cuanto a su contenido por producir el mismo efecto en cuanto a la limitación de la variabilidad de los tipos de interés."

[155] *vid*. dicha sentencia en la pág. 53 del presente trabajo.

actora-, el Juzgador podría suspender el proceso individual hasta que finalizara el colectivo. Se ha de hacer especial alusión a este respecto a la anteriormente mencionada Sentencia 471/2010 del Jdo. Mercantil nº11 de Madrid en la que fueron partes procesales demandadas más de un centenar de entidades bancarias que aplicaron cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, ejercitando, acumuladas, por un lado, las acciones de nulidad y de cesación de la cláusula suelo y por otro, la acción de condena de las entidades financieras demandadas a abonar a los consumidores perjudicados las cantidades pagadas en exceso. La pendencia de este proceso fue invocada por las entidades financieras demandadas como fundamento en la excepción de prejudicialidad civil. Ante dicha situación, finalmente el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona planteó el 11 de agosto de 2014 una cuestión prejudicial que versaba sobre la conformidad de la suspensión del procedimiento conforme al art. 7 Directiva 93/13[156]. Tal cuestión fue resuelta por el Tribunal de Luxemburgo en STJUE de 14 de abril de 2016, C-381/14 y C-385/14; declarando que tal norma procesal es contraria a Derecho Comunitario. Tal fallo se basó en que sin perjuicio del principio de autonomía procesal en virtud del cual cada Estado Miembro tiene la potestad de legislar su propio Derecho Procesal; la suspensión automática del procedimiento individual vulnera el principio de efectividad[157], dado que considera que no constituye un medio adecuado, ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas (art. 7 Directiva 93/13). Considera que, si el consumidor ha de adherirse a la acción colectiva, sus derechos estarán supeditados a factores tales como el órgano jurisdiccional competente del proceso colectivo y los motivos que se aduzcan. Asimismo, entiende que se da una privación de los derechos al consumidor que se le reconocen en el ejercicio de una acción individual, así como la toma en consideración de todas las circunstancias que concurran en su caso. Por último, refuta que no se puede argüir en aras del principio de efectividad la evitación del riesgo del dictado de sentencias contradictorias, habida cuenta de la distinta naturaleza del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y una individual.

A mi juicio, la legislación procesal nacional adolece de una serie de vacíos legislativos respecto a la regulación de los procesos colectivos de tutela de consumidores

[156] Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

[157] Cuyo significado es que "La regulación procesal no puede estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la practica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (STJCE 16 de mayo de 2000, C-78/98)".

que plantean una serie de problemáticas, por lo que, en esencia, no se logra la efectiva protección de los intereses de los consumidores.

Finalmente, en sede de ejecución, se ha de hacer un breve inciso respecto a lo dispuesto en el art. 552.1 II LEC que permite al juez apreciar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contenidas en títulos ejecutivos. Pues bien, en el supuesto de que el Juzgador apreciara una cláusula suelo abusiva, se nos plantea la duda de cuál sería la solución que aquel debería aplicar: el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo o bien, la inaplicación de tal cláusula y recálculo de la cantidad por la que se debe despachar la ejecución (art. 561.1. 3º LEC). En sentido, la jurisprudencia menor ha sido dispar:

I. Respecto al sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, ciertos Juzgados y Audiencias Provinciales han estimado que tal es la solución aplicable dado que la cláusula suelo es el fundamento de la ejecución hipotecaria. En este sentido encontramos, verbigracia, los autos de la Audiencia Provincial de Córdoba[158] o de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona[159].
II. Respecto a la inaplicación, recálculo de las cantidades y continuación de la ejecución hipotecaria: es la solución mayoritaria que aplican los Juzgados y Audiencias Provinciales[160] porque la cláusula suelo no son el fundamento de la ejecución y únicamente determinan la cantidad exigible.

Ahora bien, debemos de tener en consideración que la ejecución hipotecaria es un procedimiento ejecutivo especial que se rige por una serie de normas específicas. Hemos de atender al matiz que estriba entre la diferencia de lo dispuesto en el art. 694.1. 4º LEC que reconoce como motivo de oposición a la ejecución la concurrencia de una cláusula abusiva, siempre que sea el fundamento de la misma o determine la cantidad exigible, a diferencia de lo dispuesto en el art. 557.1. 7º LEC que faculta la oposición del ejecutado a títulos que contengan cláusulas abusivas, en cualquier caso. Sin embargo, la LEC no ofrece un concepto jurídico determinado de "fundamento de la ejecución" y esto obliga al Juzgador a que analice *ad casum* cada una de las cláusulas impugnadas para determinar

[158] Autos núm. 234/2016 de 24 mayo; núm. 188/2016 de 3 mayo; núm. 221/2016 de 17 mayo.
[159] Autos núm.152/2016 de 20 abril; núm. 82/2016 de 3 marzo; núm. 81/2016 de 2 marzo.
[160] AAP de Barcelona (Sección 19ª) 146/2016 de 19 mayo , AAP de Granada (Sección 3ª) 71/2016 de 3 mayo, AP de Huelva (Sección 2ª) Auto núm. 172/2016 de 25 mayo, entre otros.

si integra o no alguno de los dos supuestos previstos en el art. 695.1. 4.ª LEC[161]. En mi opinión, considerar la cláusula suelo como fundamento de la ejecución es como regla general inadecuado[162]; entre otras razones, porque la mayor parte del *quantum* por el que del que se solicita la ejecución es el principal pendiente de restitución y a su vez, respecto de la parte de los intereses remuneratorios reclamados, sólo una reducida parte de aquellos es exigible en aplicación de la cláusula suelo - siguiendo la doctrina jurisprudencial española, sólo los anteriores a 2013-; la nulidad de una cláusula suelo permite la subsistencia del préstamo (Apdos. 275 y 276 STS 241/2013 9 de mayo de 2013); y el espíritu de nuestra ley procesal civil respecto a la ejecución hipotecaria[163] es la tutela de los derechos del ejecutado y la agilización de los trámites del mismo.

[161] *vid*. En este sentido se pronuncian PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, M.E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., "Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 35, 2013.

[162] *vid*. En este sentido se pronuncia CORDÓN MORENO, F, "La cláusula suelo abusiva no es fundamento de la ejecución hipotecaria", *Revista CESCO de Derecho al Consumo*, 2016.

[163] La Exposición de Motivos de la LEC expresa: "*el Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución*".

6. Recapitulación

Las cláusulas suelo han resultado un fenómeno en nuestro Ordenamiento Jurídico. A lo largo del presente trabajo, se ha podido comprobar la supremacía del Derecho comunitario en la legislación de consumidores.

Por un lado, la jurisprudencia ha respondido al vacío legislativo referente a la falta de transposición del art. 4.2 Directiva 93/13- el cual proscribe la aplicación del control de contenido a las cláusulas no negociadas individualmente, salvo en supuestos en que éstas no sean claras y comprensible-. La doctrina jurisprudencial ha considerado que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato y habida cuenta de que el "control de contenido" no es aplicable en tal caso y el TRLGDCU no previene nada al respecto, ha creado el "control de transparencia material" como filtro para poder aplicar el de contenido y determinar el carácter abusivo de las cláusulas. Dicho carácter abusivo no se basa en la oscuridad de la redacción de la cláusula, sino en que el cliente bancario carece de información suficiente para prestar su consentimiento en el momento de celebración del contrato. Ahora bien, tal "control de transparencia" es, a mi juicio, relativamente difícil de aplicar en la práctica - pese a que el TS se haya esmerado en facilitar una serie de circunstancias para poder apreciar tal falta de transparencia -, dado que en numerosos supuestos costará acreditar el modo en que se suministró la información y el cumplimento de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la anterior OM de 5 de mayo de 1994 establecen suficientes garantías para que el prestatario entienda el funcionamiento y la operatividad de la cláusula suelo. Por su parte, se ha podido comprobar cómo las Audiencias Provinciales han tendido a declarar la nulidad por abusividad casi de un modo "automático", sin un examen previo de transparencia, ni un análisis exhaustivo de cada caso concreto.

Por otro lado, en marzo de 2015 el TS en la STS 138/2015 de 25 de marzo de 2015 limitó los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelo (art. 1303 CC), sin estar previsto en nuestro Ordenamiento Jurídico, basándose en criterios no del todo sostenibles, los cuales podrían parecer que principalmente descansaban en razones de índole económica que perseguían como último fin proteger al sector bancario. Ahora bien, el TJUE "desarticuló" tales argumentos, aplicando su propia doctrina comunitaria en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-1-154/15, C-307/15 y C-308/15), la cual ha puesto de manifiesto serios problemas legislativos y jurisprudenciales que el Derecho

civil español ha de afrontar. Por de pronto, debemos estar a la espera de comprobar cómo el Alto Tribunal resolverá el recurso de casación que suspendió la tramitación de un recurso de casación contra una sentencia de apelación que reconocía los efectos *ex tunc* de la nulidad de una cláusula suelo hasta que se resolviera la cuestión prejudicial. Asimismo, observaremos el modo en que dicha vía extrajudicial entre los bancos y los consumidores que el Gobierno español comunicó que se habilitaría mediante real decreto ley, soluciona los problemas entre consumidores y bancos.

Dicha posible medida política tiene por objeto la evitación de los evidentes gastos procesales que se producirían en caso de no habilitar una suerte de vía extra judicial como esta y en dar cumplimiento a la protección completa, suficiente y eficaz al consumidor. Sin duda, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha supuesto un "aldabonazo" a los poderes públicos españoles en materia de protección de los derechos de los consumidores, tutelados por el Derecho de la UE, que estimo servirá, a partir de ahora, a fin de sentar doctrina jurisprudencial que cumpla con el principio comunitario de efectividad y deje de tomar en consideración causas de índole "económica" como fundamento para restringir tales derechos. Asimismo, considero de *lege ferenda* una reforma de la legislación nacional- quizás modificando el TRLGDCU- que establezca una serie de presupuestos cuyo cumplimiento garantice en cualquier caso la denominada "transparencia material" con el objeto de eludir el carácter abusivo de toda cláusula que defina el objeto principal

7. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y PAZ-ARES, C, *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*. Civitas, Madrid, 1991, págs. 126 y 127.

CÁMARA LAPUENTE, S. "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pág.102 y 106.

CARRASCO PERERA, A. (dir.) *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos en general*, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 99 y 100.

CARRASCO PERERA, A., GONZÁLEZ CARRASCO, C., "La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional" en *Revista Diario la Ley*, Sección Doctrina núm. 8159, 2013, pág. 17.

CORDÓN MORENO, F, "La cláusula suelo abusiva no es fundamento de la ejecución hipotecaria", *Revista CESCO de Derecho al Consumo*, 2016.

DE LA CUESTA RUTE, JM, y VALPUESTA GASTAMINZA, "Derecho de la contratación privada en el mercado", en DE LA CUESTA RUTE (dir.) *Derecho Mercantil II*, Huygens, Barcelona, 2012, pág. 45.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, Mª A., *Tratado de la nulidad de los contratos*, Parte 1ª, Zaragoza, 2003, pág. 15 y 124.

GETE-ALONSO, M.C. "Comentario al art. 7" en ARROYO MARTÍNEZ, I (Dir.); MIQUEL RODRIGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* Tecnos, Madrid, 1999 págs. 71 y ss.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. "Artículo 7. No incorporación" en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999 Cizur, pág. 250 narra lo ocurrido.

LORENTE HOWELL, JL. en "La problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 911, 2015, Cizur Menor.

MARCOS GONZÁLEZ, M. *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas,* Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág 211.

MARÍN LOPEZ, JJ., "Las acciones de clase en el derecho español", en *Revista Indret* núm. 3, Barcelona, 2001, págs. 3 y 6.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. "El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos 1" en *Revista CESCO* nº 6, 2013, pág 88

MARTINEZ ESPÍN, P. en "La obligación de información sobre cláusulas suelo en hipotecas subrogadas" *Revista Aranzadi*, num.4, 2015, Cizur Menor.

MIERES MIERES, L.J., "Acerca de la constitucionalidad de la nueva regulación de las acciones colectivas promovidas por asociaciones de consumidores y usuarios", Barcelona, 2000.

MIQUEL GONZÁLEZ, JM.ª. *Reflexiones sobre las condiciones generales en Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez,* vol. IV. Civitas, Madrid, 1996, pág. págs. 4941 y ss.

PAQUAU LIAÑO, M., "La acción de nulidad sí prescribe", Revista electrónica: *Estudios sobre invalidez e ineficacia, nº1,* 2006.

PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, M.E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., "Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, num. 35, 2013.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi Cizur Menor, 2004, pág. 134.

PERTIÑEZ-VILCHEZ, F "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario" en *Revista InDret*, núm. 3, 2013, págs. 5 y ss.

RALUCA STROIE, I. *"*Algunos tribunales consideran con razón que las Cláusulas suelo son transparentes como el agua", *Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO,*

Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof.Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, febrero de 2016.

SABATER BAYLE, E. "Cláusula suelo válida", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.8, 2016.

Enlaces web:

ACITORES RESANO A, "El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad", *Noticias jurídicas*, 2010, http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4553-el-principio-de-conservacion-de-los-contratos-frente-a-las-figuras-de-la-nulidad-y-la-anulabilidad-/

Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010 dirigido al Senado nº 457

http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF.

Informe económico-jurídico sobre la Repercusión a las economías familiares de la denominada "cláusula suelo" y la necesidad de su regulación expresa como cláusula abusiva:
https://www.adicae.net/archivos/publicaciones/Informe_ADICAE_Clausulas_Suelo_Congreso_Senado.pdf.

8. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

8.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

- STS 27 febrero 1964 (RJ 1964\1152).
- STS 22 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6942).
- STS 24 de noviembre 1983 (RJ 1983/6499).
- STS 21 de febrero de 1984 (RJ 1984\770).
- STS 22 de septiembre 1989 (RJ 1989/6351).
- STS de 16 de junio de 1989 (RJ 1989/4692).
- STS 22 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6351).
- STS de 14 noviembre de 1991 (RJ 1991/8241).
- STS de 25 de octubre de 1993 (RJ 972/1993).
- STS 972/1993 de 25 de octubre de 1993 (RJ 1993\7654).
- STS 19 de mayo 1995 (RJ 1995\4082).
- STS 1144/1996 30 de diciembre de 1996 (RJ 1997\2182).
- STS 561/2000 de 6 de junio de 2000 (RJ 2000\5096).
- STS 495/2001 de 22 mayo de 2001 (RJ 2001\6466).
- STS 236/2004 de 7 abril de 2004 (RJ 2005\3845).
- STS 934/2005 de 22 noviembre de 2005 (RJ 2005\10198).
- STS 1074/2007 de 10 octubre de 2007 (RJ 2007\6812).
- STS 834/2009 de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010\703).
- STS 88/2010 de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\2337).
- STS 663/2010 de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8021).
- STS 375/2010 de 17 de junio de 2010 (RJ 2010\5407).
- STS 401/2010 de 1 de julio de 2010 (RJ 2010\6554).
- STS 861/2010 de 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011\148).
- STS 75/2011 de 2 de marzo de 2011 (RJ 2011\1833).
- STS 44/2012 de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012\4984).
- STS 118/2012 de 13 de marzo de 2012 (RJ 2012\4527).
- STS 235/2012 de 16 de abril de 2012 (RJ 2012\5904).
- STS 406/2012, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\8857).
- STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088).

- STS 464/2014 de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014\4660).
- STS 138/2015 de 24 de marzo de 2015 (RJ 2015\845).
- STS 139/2015 de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015\735).
- STS 222/2015 de 29 de abril de 2015 (RJ 2015\2042).
- STS 367/2016 de 3 de junio de 2016 (RJ 2016\2306).
- STS 81/2016 de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016\567).
- ATS 6 julio de 2010 (JUR 2010\264207).
- ATS 3 de junio de 2013 (RJ 2013\3617).
- ATS de 12 abril 2016 (JUR 2016\76458).

8.2. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales

- SAP 893/2001 Barcelona 4 de marzo de 2002 (Sección 17º) (JUR 2002\137361).
- SAP 449/2015 Asturias (Sección 7ª), de 1 diciembre de 2015 (JUR 2016\9430).
- SAP 134/2006 Santa Cruz de Tenerife de 26 de abril de 2006 (AC 2006\860).
- SAP 513/2007 de Las Palmas de 23 de noviembre de 2007 (JUR 2008\65377).
- AAP 35/2014 Sevilla (Sección 5ª) de 15 de diciembre de 2014 (JUR 2015\80733).
- AAP 494/2013 Zaragoza (Sección 5ª) de 19 de noviembre de 2013 (AC 2014\760).
- SAP 190/2014 Jaén de 14 de mayo de 2014 (AC 2014\2045).
- SAP 57/2013 Cáceres (Sección 1ª), 13 de febrero de 2013 (AC 2013/700).
- SAP 291/2013 Álava, Sección 1ª, 9 de julio de 2013 (AC 2013\1538).
- SAP 180/2013 Córdoba de 31 de octubre de 2013 (AC 2014\34).
- SAP 1/2014 Zaragoza, Sección 5ª, 8 de enero de 2014 (AC 2014\10).
- SAP 145/2014 Jaén, Sección 1ª, 9 de abril de 2014 (AC 2014\1102).
- SAP 524/2014 Vizcaya, Sección 4ª, 25 de septiembre de 2014 (AC 2014\2041).
- SAP 261/2014 Girona (Sección 1ª) de 2 de octubre de 2014 (AC 2014\2045).
- SAP 249/2014 León, Sección 1ª, 5 de diciembre de 2014 (AC 2014\2287).
- SAP 13/2015_Asturias, Sección 1ª, de 27 de enero 2015 (AC 2015\314).
- SAP 107/2015 Cáceres de 24 abril de 2015 (JUR 2015\130572).
- SAP 138/2015 Granada (Sección 3ª) de 12 de junio de 2015 (JUR 2015\163029).
- AAP 234/2016 Córdoba de 24 de mayo de 2016 (AC 2016\1129).

- AAP 152/2016 Barcelona (Sección 16ª) de 20 de abril de 2016 (JUR 2016\131779).
- AAP 146/2016 Barcelona (Sección 19ª) de 19 mayo de 2016 (AC 2016\1173).
- AAP 172/2016 Huelva (Sección 2ª) de 25 de mayo de 2016 (JUR 2016\166415).
- AAP 71/2016 Granada (Sección 3ª) de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016\178402).

8.3. Jurisprudencia de Juzgados de lo Mercantil

- SJM 246/2010 de Sevilla de 30 septiembre de 2010 (2010\1550).
- SJM 471/2010 de Madrid nº 11 de 7 abril de 2016 (AC 2016\324).
- SJM 120/2016 Pamplona nº 1 de Pamplona de 17 de mayo de 2016 (JUR 2016\122770).

8.4. Doctrina constitucional

- STC 311/2000 de 18 diciembre (RTC 2000\311).

8.5. Jurisprudencia del TJUE

- STJCE de 14 de marzo de 1991, C-361/89 (TJCE 1991\155).
- STJCE de 5 de marzo de 1996, C-46/1993 (TJCE 1996\37).
- STJCE de 3 julio de 1997, C-269/95 **(**TJCE 1997\142).
- STJCE de 17 de marzo de 1998, C- 45/96 (TJCE 1998\52).
- STJCE 16 de mayo de 2000, C-78/98 (TJCE 2000\95).
- STJCE de 27 de junio de 2000, 240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, (TJCE 2000\144).
- STJCE de 30 de septiembre de 2003, C-224/01 (TJCE 2003\292).
- STJCE de 4 de junio de 2009, C-243/08 (TJCE 2009\309).
- STJCE de 6 de octubre de 2009, C- 40/09 (TJCE 2009\309).
- STJUE de 3 de junio de 2010, C-484/08 (TJCE 2010\162).
- STJUE de 20 de septiembre de 2011, T-394/08, T-408/08, T-453/08 y T-454/08 (TJCE 2011\279).
- STJUE de 14 de junio de 2012, C- 618/10 (TJCE 2012\143).

- STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, (TJCE 2013\93).
- STJUE de 27 de febrero de 2014, C- 470/12, (TJCE 2014\78).
- STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13 (TJCE 2014\105).
- STJUE de 21 de enero de 2015, C-487/13. (TJCE 2015\4).
- STJUE de 26 de febrero de 2015, C-143/13, (TJCE 2015\93).
- STJUE de 3 de septiembre de 2015, C- 110/14 (TJCE 2015\330).
- STJUE de 14 de abril de 2016, C-381/14 y C-385/14 (TJCE 2016\138).
- SJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (TJCE 2016\309).