



Universidad  
de La Laguna

Facultad de Derecho



Grado en: Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2013/2014  
Convocatoria: Julio

## El carácter abusivo de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecarios

The unfairness of ground clauses in mortgage loans contracts

Realizado por el alumno Doña Aitana Badillo Gómez

Tutorizado por el Profesor Don Carlos Trujillo Cabrera

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

## ABSTRACT

If there is one constant in Spanish banking practice, it is the insertion of ground clauses in many mortgage loans. These clauses impose a limit on the extent to which consumers can benefit from lower borrowing costs, should the reference index used to set mortgage rates falls. In the actual context of severe economic and financial crisis, there has been a jurisprudential discussion about the unfairness of ground clauses and the possibility of their consideration as an essential element of the contract. The judgment of the Supreme Court on May 9th 2013, tried to end the debate by stating that ground clauses can be set as general contracting conditions affecting the main object of the contract, and may also be declared unfair when they do not comply with the needed transparency requirements to let consumers know the importance of these clauses. Besides, it declared the non-retroactivity of the judgment, making it impossible to recover the amounts improperly paid to bank entities, although many resolutions afterwards have decided to put that thesis aside.

## RESUMEN

En la práctica bancaria española es habitual la inclusión de cláusulas suelo en numerosos contratos de préstamo hipotecario. Dichas cláusulas imponen un límite mínimo a los beneficios que pudiesen obtener los consumidores como consecuencia de la bajada del índice de referencia. En este contexto de crisis económica y financiera grave, se ha producido una discusión jurisprudencial sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo y la posibilidad de que versen sobre un elemento esencial del contrato. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ha intentado finalizar dicho debate estableciendo que las cláusulas suelo pueden ser condiciones generales de la contratación que afecten al objeto principal del contrato y también que pueden ser declaradas nulas cuando no cumplan los requisitos de transparencia necesarios para que el consumidor conozca su importancia. Asimismo, limita los efectos retroactivos de la sentencia imposibilitando la devolución de las cantidades pagadas e indebidamente percibidas por las entidades bancarias, aunque posteriormente algunas resoluciones judiciales se han apartado de esta teoría.

## Índice

<b>I.- Introducción.</b> .....	<b>4</b>
<b>II.- Utilización de la cláusula suelo en los contratos hipotecarios a interés variable.</b> .....	<b>5</b>
<b>III.- Cláusula suelo como condición general de la contratación.</b> .....	<b>8</b>
<b>IV.- Mecanismos de control sobre cláusulas abusivas.</b> .....	<b>11</b>
<b>1. El control de inclusión.</b> .....	<b>12</b>
<b>2. El control de interpretación.</b> .....	<b>15</b>
<b>3. El control de contenido</b> .....	<b>16</b>
<b>4. Listado de cláusulas abusivas.</b> .....	<b>17</b>
<b>V.- Posiciones jurisprudenciales contradictorias.</b> .....	<b>20</b>
<b>1. Sentencias que consideran válidas a las cláusulas suelo.</b> .....	<b>21</b>
<b>2. Sentencias que declaran la nulidad de cláusulas suelo.</b> .....	<b>23</b>
<b>VI.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: planteamiento y análisis.</b> .....	<b>27</b>
<b>1. Planteamiento.</b> .....	<b>27</b>
<b>2. Análisis crítico.</b> .....	<b>33</b>
<b>VII.- Conclusiones.</b> .....	<b>42</b>
<b>VIII.- Bibliografía</b> .....	<b>45</b>

## I.- Introducción.

En los últimos años, la doctrina y la jurisprudencia española han venido mostrando su interés respecto de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, toda vez que, desde el comienzo de la actual crisis económica, se ha planteado la necesidad de abordar el problema que supone la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias que tienen los particulares y los pequeños empresarios.

El análisis de la legalidad de esta figura por los tribunales se ha ido presentando de forma puntual según han ido surgiendo las quejas de los ciudadanos, ahogados por la recesión económica que les ha supuesto un sobreendeudamiento, como consecuencia de la disminución de ingresos por el desempleo y otras circunstancias derivadas de la coyuntura económica que reducen la capacidad de pago de las cuotas (pérdida de ayudas y subsidios o congelación de las pensiones, entre otros).

No obstante lo anterior, este tipo de cláusulas ha sido utilizado por las entidades bancarias durante décadas<sup>1</sup> y no ha sido hasta hace poco que el Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto con importantes consecuencias en este ámbito.

La principal inversión de un particular es la compra de su vivienda, siendo habitual que haya concertado una hipoteca como medio de financiación para la adquisición de la misma. En los préstamos hipotecarios de interés variable que se solicitan para tales operaciones se suelen incluir cláusulas suelo mediante las que se determina un tipo mínimo de interés que, en todo caso, habrá de ser satisfecho por el cliente sin que pueda ver reducida su deuda por debajo del suelo pactado.

Su posible carácter abusivo y su legalidad han sido cuestionados, bien por no tener como contrapartida una cláusula techo, es decir, un tipo máximo de interés que

---

<sup>1</sup> La realidad socio-económica ha demostrado que la mayoría de la contratación de las entidades bancarias se ha realizado en masa a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas por ellas e imponiéndolas a sus clientes cuando celebran contratos, sin darles la posibilidad de modificarlas o ni siquiera de discutir las.

protegiere al cliente del riesgo de la subida de los tipos, bien por la existencia de una gran desproporción entre ambas cláusulas.

El objeto principal de este trabajo es el análisis del ámbito de aplicación y del régimen de las cláusulas suelo, su consideración como condición general de la contratación y su carácter abusivo o lícito. Asimismo, se estudiará la importancia de la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013\3088) por cuanto supone una alteración en el tratamiento judicial de esta figura, al declarar la nulidad de las cláusulas suelo objeto del litigio por su carácter abusivo como consecuencia de su falta de transparencia.

## **II.- Utilización de la cláusula suelo en los contratos hipotecarios a interés variable.**

El contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas. El préstamo hipotecario, el crédito garantizado por el derecho real de hipoteca, es un producto bancario que permite al prestatario (cliente) recibir una determinada cantidad de dinero del prestamista (una entidad de crédito), a cambio de reintegrar dicha cantidad, junto con los intereses correspondientes, mediante pagos periódicos o cuotas<sup>2</sup>. Estos préstamos son hipotecarios porque la garantía con la que el prestamista se asegura el recobro de la cantidad prestada es una hipoteca sobre un inmueble, generalmente la vivienda habitual de la que es propietario el cliente y que ha sido adquirida con el capital del préstamo.

En este producto, las entidades bancarias cobran como precio los intereses derivados del préstamo que se calculan aplicando un tipo sobre el capital pendiente de

---

<sup>2</sup> Es el caso de los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual, que como se ha dicho constituyen el supuesto más habitual en España, L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, «El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda: una cuestión de riesgos», *La Ley*, Actualidad Civil número 13, 2011, pág. 3 de la versión online [[www.laley.es](http://www.laley.es) (LA LEY 12126/2011)], establece que «*mediante el contrato de préstamo con garantía hipotecaria el prestatario recibe una determinada cantidad de dinero (el denominado capital del préstamo) del prestamista (generalmente una entidad de crédito), para la compra de un bien inmueble, con la obligación de devolver dicha cantidad, junto con los intereses correspondientes, mediante pagos periódicos (las llamadas cuotas). Se le denomina hipotecario porque en este tipo de préstamo la entidad de crédito cuenta con una garantía real para el cobro de la cantidad prestada: una hipoteca sobre el citado inmueble constituida en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad*».

devolución en cada momento. Este porcentaje puede ser fijo o variable, dependiendo de si se modifica o no a lo largo de la vida del préstamo.

El tipo de interés variable va cambiando según la evolución del índice que se tome de referencia y se calcula normalmente sumando dicho índice y un porcentaje constante<sup>3</sup>. El Euribor, índice de referencia por excelencia, es publicado diariamente e indica el tipo de interés promedio al que las entidades financieras se prestan dinero en el mercado interbancario del euro. De esta forma, es imposible saber la cuantía exacta en concepto de intereses que ha de pagar el prestatario, debido a que el Euribor fluctúa tanto a la baja como al alza variando con él la cantidad de intereses a pagar<sup>4</sup>.

Los contratos de préstamo garantizado con hipoteca, cuando se destinan al pago de la vivienda habitual del deudor, son de consumo<sup>5</sup>. Una de las partes, la entidad bancaria, tiene un papel más importante en la redacción de estos contratos, particularmente en lo que concierne a las cláusulas; de hecho, el particular se ve obligado a aceptar las estipulaciones contractuales establecidas por el banco, ya que de otro modo no obtendrá el dinero.

En este tipo de contratos es una práctica generalizada la inclusión de cláusulas techo y cláusulas suelo que establecen un tipo máximo y uno mínimo entre los cuales quedará fijado el de aplicación, con independencia de subidas o bajadas que pueda sufrir el de referencia<sup>6</sup>. De esta manera, cuando la acotación sea a la baja, la cláusula fijará un tipo de interés que actuará como suelo, con lo que se garantizan unos ingresos

---

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, puede decirse que el tipo de interés de un préstamo es del Euribor más un punto porcentual. Eso significa que a lo largo de toda la vida del préstamo se va a pagar lo que marque el Euribor en el momento de la revisión de la cuota (elemento variable) más un punto porcentual (elemento fijo). Para más información al respecto, puede consultarse la dirección web del Banco de España: <http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas/cuanto/variable.htm> (visto por última vez el 14 de julio de 2014).

<sup>4</sup> Si el Euribor desciende, se debe repercutir la bajada en el deudor, lo que supone un abaratamiento del préstamo; en cambio, si sube también lo hace el tipo de interés del préstamo hipotecario por lo que el cliente verá encarecida su cuota hipotecaria.

<sup>5</sup> M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, Madrid, 2014, pág. 3440.

<sup>6</sup> Un ejemplo de cláusula suelo y cláusula techo podría ser el siguiente: el tipo de interés que no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superior al 12% igualmente nominal anual.

mínimos para la entidad que concede el crédito, sea cual sea la coyuntura de tipos en los mercados. Si es al alza, se crea un límite máximo por el que el deudor responde, de forma que se protege al cliente ante subidas del Euribor.

Tras el comienzo de la crisis económica<sup>7</sup>, se han producido grandes fluctuaciones a la baja del Euribor, llegando incluso a mínimos históricos<sup>8</sup>, por lo que se ha producido un descenso considerable del tipo de interés. Ante esta realidad, la imposición de las cláusulas suelo ha perjudicado a los clientes de las entidades bancarias al no poder beneficiarse íntegramente de dichas bajadas, dada la existencia de ese límite mínimo que deben cumplir. Por ello, varias asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios han interpuesto demandas contra algunas entidades financieras ejercitando la acción colectiva de cesación para obtener una sentencia que condene a esas entidades a acabar con la utilización de las cláusulas suelo por abusivas, y que igualmente prohíba su uso futuro en los contratos de préstamo hipotecario.

Sin embargo, para conseguir la protección del usuario de este servicio bancario se precisa que esta cláusula sea calificada como una condición general de la contratación, pues en los casos en que exista negociación individual de una estipulación contractual, aquella estará excluida del control de legalidad y abusividad establecido en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Para ver la evolución del Euribor durante los años de la crisis: [http://economia.elpais.com/economia/2012/07/29/actualidad/1343582600\\_256056.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/07/29/actualidad/1343582600_256056.html) (visto por última vez el 14 de julio de 2014).

<sup>8</sup> C. PÉREZ CONESA, «Nulidad de la “cláusula suelo” en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2011, Pamplona, 2011, pág. 1 de la versión digital [[www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es) (BIB 2011\592)].

<sup>9</sup> Las cláusulas negociadas individualmente no están dentro del ámbito objetivo de la LCGC ni tampoco le son de aplicación los arts. 82 y siguientes del TRLGDCU, sin que ello implique que los consumidores y usuarios estén desprotegidos ante este tipo de clausulado. Para su protección serán de aplicación las normas sobre la teoría general de los contratos incluidas en el Código Civil.

### III.- Cláusula suelo como condición general de la contratación.

La contratación estandarizada se configura como uno de los principales instrumentos de la organización de las empresas, al contar con grandes ventajas como la rapidez y uniformidad en su conclusión, la posibilidad de control o la previsibilidad de su éxito. Así, el predisponente, generalmente el empresario, se sirve de condiciones generales para regular las relaciones de intercambio de bienes y servicios que entabla con sus clientes.

En esta línea, el art.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LGCC), establece en su párrafo primero que 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<sup>10</sup>, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos<sup>11</sup>.

De esta manera, son cláusulas destinadas a formar parte de varios contratos y es necesario que hayan sido elaboradas de forma unilateral por el empresario<sup>12</sup> con anterioridad a la fase de negociación. Al ser impuestas por el predisponente, se evidencia una situación de superioridad de éste frente al adherente, concretada precisamente en la inexistencia de una negociación de carácter individual de la cláusula.

---

<sup>10</sup> Tal y como establece A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de la responsabilidad*; Aranzadi, Navarra, 2002 (2ª edición), pág. 20, «lo decisivo es que el predisponente, sea o no el autor material de las mismas, tenga la intención de incorporarlas e imponerlas a todas las relaciones contractuales que entable con terceros y que, en efecto, lo hayan sido a varios contratos, aunque no sea a todos los celebrados».

<sup>11</sup> Sobre este particular, la SAP 444/1998 de Burgos de 1 de septiembre (AC 1998\8809) incide sobre tales condiciones, independientemente de la denominación que reciban de las partes, afirmando que «las cláusulas que se estudian, aunque la demandada las haya incluido en el apartado de condiciones especiales del contrato, tienen el carácter de condición general, así, son redactadas unilateralmente por la empresa demandada, impuestas de forma generalizada a todos los usuarios que deseen contratar el servicio de gas, sin que el consumidor o usuario pueda evitarlas si quiere recibir el gas que por concesión administrativa en régimen de monopolio suministra la entidad demandada».

<sup>12</sup> Se considera, con J.R. PARDO GATO, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004, pág. 109, que resulta indiferente que hayan sido predispuestas por escrito en impresos, folletos, formularios u otros soportes como el informático o el audiovisual.

Asimismo, debe concurrir la característica de la generalidad<sup>13</sup>, que implica que deben haber sido redactadas con el fin de incluirse en una pluralidad de contratos.

En este sentido, se puede concluir con BALLESTEROS GARRIDO que *«la contratación en masa no constituye ya un fenómeno marginal, excepcional, frente a la celebrada en la forma tradicional, mediante la negociación entre las partes, sino más bien a la inversa; la mayor parte de los ciudadanos occidentales serán incapaces de recordar cuándo celebraron por última vez un negocio en que negociasen sus términos, incluido el precio, en situación de igualdad con el otro contratante»*<sup>14</sup>.

Por tanto, desde una primera perspectiva, parece que la utilización de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios con interés variable reúne todas los requisitos propios de las condiciones generales, por cuanto no son negociadas individualmente sino que son impuestas por las entidades bancarias y están abocadas a ser utilizadas en una pluralidad de contratos.

Por otro lado, una cuestión importante a determinar es si las cláusulas que forman parte de uno de los elementos esenciales del contrato pueden ser consideradas como condiciones generales de la contratación y la posibilidad de controlar, en su caso, la abusividad de las mismas.

Según lo establecido en el artículo 1740 del Código Civil (en adelante, CC), el contrato de préstamo es aquél en el que uno de los contratantes entrega al otro dinero u otra cosa fungible, con condición de recibir otro tanto de la misma especie y calidad. Aunque el contrato es, por definición, gratuito, lo habitual es que se pacten intereses de forma expresa (art. 1755 CC), convirtiéndose en un contrato oneroso. Además, a pesar de que normalmente los contratos onerosos son a su vez sinalagmáticos, esto es, crean

---

<sup>13</sup> No ocurre lo mismo en el caso de las cláusulas no negociadas individualmente, que son cláusulas que coinciden con las condiciones generales en los requisitos de predisposición, contractualidad e imposición, pero sin que sea necesario que se den de forma generalizada en una pluralidad de contratos.

<sup>14</sup> J.A. BALLESTEROS GARRIDO, «La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», *La Ley*, Actualidad Civil núm. 21, 2011, pág. 29 de la versión digital [[www.laley.es](http://www.laley.es) (LA LEY 17205/2001), visitada por última vez el 14 de julio de 2014].

obligaciones para ambos contratantes, en el préstamo con interés no ocurre y sigue siendo unilateral al surgir únicamente obligaciones para el prestatario: la de devolver la suma prestada y la de pagar intereses.

El pago de los intereses en los préstamos hipotecarios se ha considerado tradicionalmente como una obligación accesoria a la devolución de la deuda principal<sup>15</sup>. Estos intereses son remuneratorios, constituyendo el precio de la prestación, por lo que si no son abonados no hay cumplimiento de la obligación y, por ello, las cláusulas que limitan el precio, como la cláusula suelo, componen el mismo y se convierten en parte de uno de los elementos esenciales del contrato.

Un sector de la doctrina ha considerado que no pueden ser condiciones generales de la contratación las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato puesto que sobre ellos sí ha recaído explícitamente la voluntad del adherente<sup>16</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo ha apreciado que, en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal porque, entre otras razones, para un empresario la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición del aquél<sup>17</sup>.

Salvando así la posibilidad de la existencia de condiciones generales sobre los elementos esenciales de los contratos, como la cláusula suelo, es preciso analizar si puede realizarse el control de abusividad sobre las cláusulas que se refieran a dichos elementos. Para ello es necesario apoyarse en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados

<sup>15</sup> M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *op.cit.*, pág. 3452.

<sup>16</sup> J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Artículo 1» en A. MENÉNDEZ MÉNENDEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 132 y 133, considera que «no puede afirmarse que los empresarios imponen a los clientes el precio o la prestación por el hecho de que lo presenten sobre la base de “lo toma o lo deja”, precisamente porque el cliente no se ve afectado en su libertad contractual por tal forma de contratar. Para él es una alternativa razonablemente disponible la de renunciar a contratar si considera que el precio es muy caro (...) Por lo tanto, parece que una interpretación razonable del requisito de la imposición del artículo 1 de la Ley la que lleva a no considerar como cláusulas no impuestas las que se refieren a los elementos esenciales del contrato».

<sup>17</sup> Este aspecto será analizado posteriormente con ocasión de la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

con consumidores<sup>18</sup> que, curiosamente, el legislador español no ha transpuesto expresamente, lo que ha planteado problemas interpretativos en lo que concierne a la posibilidad de someter al control de contenido propio de las cláusulas abusivas las estipulaciones relativas a los elementos esenciales.

A este respecto, procede indicar que, con ocasión de un recurso de casación interpuesto en un procedimiento en el que discutía sobre la validez de las cláusulas de redondeo, el Tribunal Supremo solicitó, con base en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>19</sup> y mediante Auto de 20 de octubre de 2008, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aclaración del sentido de los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE. El TJCE consideró que un órgano jurisdiccional nacional puede 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 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<sup>20</sup>.

De esta forma, se observa que a la hora de poder controlar el carácter abusivo de la cláusula suelo es indiferente si afecta o no a un elemento esencial del contrato.

#### **IV.- Mecanismos de control sobre cláusulas abusivas.**

Con objeto de ser consideradas condiciones generales de la contratación válidas y eficaces, las cláusulas de los contratos de adhesión, como la cláusula suelo, deben

---

<sup>18</sup> «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». En este sentido, conviene resaltar que precisamente la LCGC trae causa de dicha Directiva. Sin embargo, y aprovechando la necesidad de transponer dicha normativa europea, el legislador español promulgó una ley con mayor alcance, relativa a las condiciones generales de la contratación y no únicamente a los contratos celebrados con consumidores.

<sup>19</sup> Actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a cuyo tenor «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (...)».

<sup>20</sup> STJCE\2010\162 de 3 de junio. Asunto C-484/08. Caso CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).

superar unos controles para verificar, en cada caso, la inexistencia de cualquier tipo de abuso y vulneración de la buena fe por parte del predisponente. Estos mecanismos son el control de inclusión, el de interpretación, el de contenido y el listado de cláusulas abusivas establecido en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU.

### 1. El control de inclusión.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) ha destinado sus artículos 5 y 7 a regular esta materia de manera general<sup>21</sup>. En el primero de ellos se establecen las cargas que debe cumplir el predisponente, mientras que el segundo contiene las consecuencias de la inobservancia de los requisitos previstos en el artículo 5.

De acuerdo con estos preceptos, PARDO GATO valora que las condiciones generales habrán de redactarse de forma que puedan ser leídas y comprendidas con absoluta claridad por el adherente, siendo en último término expresamente aceptadas por éste, a cuyo efecto corresponde al predisponente informarle de su existencia y facilitarle un ejemplar de las mismas<sup>22</sup>.

No obstante, el objetivo de este mecanismo de control no es una cuestión pacífica en la doctrina: las distintas posiciones enfrentadas son explicadas por el citado autor exponiendo que algunos autores defienden que desempeña una mera función de publicidad, por cuanto lo establecido en los citados preceptos es insuficiente para garantizar un consentimiento por parte del cliente<sup>23</sup>. Hay, por otro lado, autores que consideran que se han tratado de establecer exigencias de cognoscibilidad objetiva que permiten determinar el marco del contrato<sup>24</sup>. Por último, hay quienes estiman que no se

---

<sup>21</sup> Actualmente, la materialización del control de inclusión se plasma también en los arts. 80 y 81 del TRLGDCU.

<sup>22</sup> J.R. PARDO GATO, *op.cit.* pág. 141.

<sup>23</sup> J. R. PARDO GATO, *op. cit., loc. cit.*, pone como ejemplo de esta postura a J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en J. L. IGLESIAS PRADA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4948 y siguientes.

<sup>24</sup> J. R. PARDO GATO, *op. cit., loc. cit.*, considera defensor de esta posición a M. COCA PAYERAS, «Aproximación al Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación», *Lunes cuatro treinta*, número 228, página 11.

puede garantizar el conocimiento efectivo de la regulación material de las condiciones generales por el adherente pues, únicamente asegura una «una posibilidad de conocimiento o mera cognoscibilidad»<sup>25</sup>, lo que no permite asegurar que los clientes las tomen en consideración a efectos de decidir si contratar o no.

La primera y la segunda argumentación son sostenibles, ya que la función de publicidad es más que evidente al buscar la perceptibilidad, comprensibilidad y la entrega o facilitación al cliente de las condiciones generales aplicables al contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 LCCG<sup>26</sup>. Este mecanismo de inclusión también supone una débil protección respecto a la existencia del consentimiento negocial por parte del cliente, puesto que al garantizar que el adherente conoce efectivamente la existencia de estas cláusulas generales, se salvaguarda su libertad contractual, permitiéndole prestar el consentimiento siendo consciente de que el contrato se rige por ellas.

De cualquier modo, lo más destacable es el requisito de cierre del art. 5 LGCC, cuyas exigencias imponen que las condiciones generales deban manifestarse de manera que el adherente pueda reconocerlas como tales, y no como meras recomendaciones o advertencias sin valor contractual. Recoge cuatro criterios de redacción: la transparencia, la claridad, la concreción y la sencillez. Por transparencia se debe entender lo «claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad»; claridad es «lo inteligible, fácil de comprender»; la concreción radica en «reducirse a tratar o a hablar de una cosa sola, con exclusión de otros asuntos»; y finalmente sencillez es «lo que no tiene artificio ni composición, que no ofrece dificultad»<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> J. R. PARDO GATO, *op.cit.*, pág. 142, sitúa a favor de esta idea a J. PAGADOR LÓPEZ, «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociables», en U. NIETO CAROL, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 225.

<sup>26</sup> Así, mientras que el art. 5.5 constituye un requisito de formulación de las condiciones generales de la contratación («La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez»), los números anteriores contienen requisitos de plasmación documental.

<sup>27</sup> De este modo define estos requisitos S. DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», en A. MENÉNDEZ MÉNENDEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 316

En rigor, la concreción, claridad y sencillez, que aparecen yuxtapuestas al deber de transparencia en la redacción de las cláusulas, no son más que manifestaciones de éste, al ser impuesto por la buena fe al predisponente para que concrete los derechos y las obligaciones de las partes del contrato de la manera más clara posible.

De esta forma, el predisponente debe emplear un lenguaje que el adherente pueda entender inmediatamente, alejándose en cuanto sea posible del uso innecesario de terminología técnica que requiera para su entendimiento de conocimientos específicos sobre la materia que no sean exigibles para un contratante medio. Asimismo, la claridad exige una obligada sistematización del texto con apartados y enunciados que faciliten la comprensión del documento.

Por otro lado, en muchas ocasiones la imposibilidad de comprensión por parte del consumidor es consecuencia de que las cláusulas no son perceptibles a la vista. En este ámbito, la exigencia de la perceptibilidad se transgrede comúnmente con la letra pequeña de los contratos; es decir, las condiciones generales son transcritas en los contratos con letras en tamaño minúsculo o con características tipográficas que dificultan su lectura, ya sea por su configuración, color, o ubicación en lugares secundarios del documento, ya lo sea por la deficiente calidad de impresión del contrato<sup>28</sup>.

Por último, a través de la concreción se busca que el predisponente no goce de ventajas injustificadas por la falta de precisión o vaguedad de las cláusulas del contrato en cuestión, en particular cuando tales estipulaciones suponen obligaciones para el adherente o reconocen derechos únicamente al predisponente. Supuestos de esta exigencia se pueden encontrar en las cláusulas relativas al pago de intereses en contratos de préstamos, como se analiza en la Resolución de la Dirección General de los Registrados y del Notariado (en adelante, RDGRN), de 7 de septiembre de 1988, en la

---

<sup>28</sup> Ejemplo de ello se aprecia en la STS de 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002\3088), donde una cláusula de sumisión expresa no aparece destacada en el «*contrato de venta*» suscrito por la codemandada, sino incluida como un inciso de otra frase más extensa y expresiva de otros aspectos del contrato que, unido al tamaño del tipo de letra empleado, facilita en gran medida que la misma pase desapercibida para el consumidor.

que se confirma la denegación de la inscripción de un préstamo hipotecario por cuanto la fijación del tipo de interés quedaba al libre albedrío de la entidad bancaria.

## 2. El control de interpretación.

Los criterios de interpretación de los contratos con condiciones generales se encuentran regulados en el art. 6 LCGC, aunque apenas incluye novedades respecto a lo dispuestos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

La primera regla es la prevalencia de las cláusulas particulares frente a las condiciones generales en caso de discrepancia entre el contenido de una y otra, salvo que las condiciones generales sean más beneficiosas que las particulares para el adherente. Por tanto, la aplicación de la prevalencia no es una regla general y absoluta, al estar matizada por el criterio de la condición general más beneficiosa. Conviene advertir cuál es la norma en caso de que la contradicción se encuentre entre dos condiciones generales. ALFARO ÁGUILA-REAL entiende que para este género de conflicto existen dos soluciones: *«la primera consiste en elegir entre ambas la condición general que sea más particular, sobre la base de que la regla de la prevalencia no sería sino una manifestación de un principio más general según el cual “una regulación relativamente especial prevalece sobre otra relativamente más general”.* La segunda consiste en renunciar a la extensión analógica de la regla de la prevalencia e indagar en la voluntad común haciendo prevalecer, cuando sea posible determinarlo, la condición general a la que las partes hubieran otorgado mayor importancia»<sup>29</sup>.

La segunda pauta de interpretación de la condiciones es el principio *contra proferentem* o *contra stipulatorem* que se encuentra también establecido en el art. 1288 CC. Con dicha norma se procede a determinar el alcance y sentido de las cláusulas que puedan resultar oscuras y dudosas, de modo que prevalece la interpretación más

---

<sup>29</sup> J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La interpretación de las condiciones generales de los contratos», *La Ley*, Diario La Ley, Tomo II, 1987, pág. 6 de la versión digital [[www.laley.es](http://www.laley.es) (LA LEY 20133/2001), visitada por última vez el 14 de julio de 2014]. No obstante, ninguna de las soluciones propuestas parece la correcta, debiendo optarse por la condición más beneficiosa para el adherente.

favorable para el consumidor, si bien sólo es aplicable cuando se ejerciten acciones individuales<sup>30</sup>. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9290) explica que la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad y, *contrario sensu*, sí favorecer a la parte que no lo ha redactado.

Por último, según lo dispuesto en el precepto, son aplicables de manera supletoria las reglas contenidas en el Código Civil, lo que era innecesario especificar ya que al establecerse en el art. 4.3 CC que las disposiciones del Código Civil se aplicarán como supletorias en materias regidas por otras leyes quedaba suficientemente fundamentada la aplicación de dichas reglas sobre la interpretación de los contratos a los celebrados con condiciones generales de la contratación.

### 3. El control de contenido

Es el último control que se realiza, y persigue eliminar del contrato aquellas cláusulas abusivas que concedan beneficios a favor del empresario y en perjuicio del consumidor. Se trata de un mecanismo orientado a determinar si la regulación material recogida en esas condiciones generales es compatible con el principio de buena fe y con el justo equilibrio de las contraprestaciones. De este modo, *contrario sensu*, una cláusula será abusiva cuando sea contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones.

Este mecanismo se encuentra regulado en los arts. 80 y siguientes TRLGDCU.

La buena fe objetiva debe ser entendida, según BALLESTEROS GARRIDO, como una regla ética de conducta que obliga a comportarse leal y honestamente con la otra parte, estableciendo el ejercicio del Derecho subjetivo de acuerdo con la confianza depositada por la otra parte y con su finalidad objetiva o económica-social<sup>31</sup>. En estos

---

<sup>30</sup> El tenor literal del apartado segundo del precepto es el siguiente: «*las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales*».

<sup>31</sup> J.A. BALLESTEROS GARRIDO, «Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de

supuestos, la contradicción de la buena fe tiene que ocasionar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante que debe ser el resultado de una ponderación de los intereses de cada uno de los contratantes según resultan del contrato. La relación entre la buena fe y el desequilibrio es muy estrecha, ya que a efectos prácticos es complicado encontrar ejemplos en los que exista una falta de equilibrio que no sea contraria a la buena fe.

#### 4. Listado de cláusulas abusivas.

El legislador español, con el objetivo de garantizar las buenas prácticas en la contratación con consumidores y usuarios, ha enumerado, en los artículos 85 a 90 TRLGDU, un conjunto de cláusulas que considera abusivas. Dicho listado es de *numerus apertus*, por cuanto se permite considerar como abusiva cualquier condición general que no pase los tres controles señalados anteriormente.

Con este catálogo se pretende trasponer el Anexo de la Directiva 93/13/CEE pero, a diferencia de la norma comunitaria, la lista de la ley española es imperativa o de carácter vinculante<sup>32</sup>. Por ello, la doctrina habla de «*lista gris*» en relación con la dispuesta en la Directiva, al limitarse a colocar bajo sospecha las cláusulas en ella incluidas, y de «*lista negra*» en lo que concierne a la elaborada por el legislador español<sup>33</sup>. En nuestro país, el legislador se ha servido de las dos posibilidades que establecía la Directiva a la hora de concretar el contenido del listado, aumentando los supuestos para una mayor protección de los consumidores y los usuarios, y añadiendo formulaciones más restrictivas sobre sus efectos. La posibilidad de legislar de esta forma es consecuencia del carácter de mínimos que ostenta la normativa europea<sup>34</sup>.

---

subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)», *La Ley*, Sección Doctrina número 4874, 1991, pág. 4 de la versión digital [[www.laley.es](http://www.laley.es) (LA LEY 11035/2001), visitada por última vez el 14 de julio de 2014].

<sup>32</sup> En la Directiva las cláusulas relacionadas en el Anexo se incluyen en cuanto que simplemente «*pueden ser declaradas abusivas*».

<sup>33</sup> A este respecto, S. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 100-108.

<sup>34</sup> J. P. PARDO GATO, *op.cit.*, págs. 190-203.

Con independencia de las matizaciones realizadas, la enumeración de estas cláusulas abusivas agrupa algunas de las estipulaciones más utilizadas en los contratos de adhesión con la finalidad de configurar un único criterio para que, tanto los profesionales como los consumidores y usuarios, conozcan y sepan a qué atenerse y, por ende, el propio juzgador ante quien se plantee la acción correspondiente postulando el carácter abusivo de una determinada cláusula<sup>35</sup>.

Como este mecanismo no va a ser analizado posteriormente en relación con las cláusulas suelo, es el momento de indicar que en el año 2010 el Pleno del Senado rechazó realizar una modificación en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios para añadir las cláusulas suelo a esta lista negra y regular así su carácter abusivo. La proposición de Ley, presentada por el Partido Popular, fue desechada después de que el Pleno de la Cámara Alta aprobara por unanimidad una moción para reclamar al Gobierno medidas para evitar los abusos de las entidades bancarias en las revisiones de los créditos hipotecarios. Con su rechazo, se decantaron por acoger las conclusiones emitidas por el Banco de España en un informe en el que advirtió que la eliminación de las cláusulas de suelo de las hipotecas tendría un impacto negativo en las cuentas de las entidades financieras<sup>36</sup>.

En dicho estudio, solicitado por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, el Banco de España analizó, además de la existencia de cláusulas en los contratos de préstamos hipotecarios que limiten los derechos de los usuarios o determinen la falta de reciprocidad que fueran desproporcionadas, la necesidad de la efectiva traslación de los descensos del Euribor a las cuotas de las hipotecas. Respecto de las cláusulas con acotaciones a la variación de tipos de interés, considera que las causas básicas del establecimiento de limitaciones al descenso de los tipos de interés son conservar un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios y mantener estas

---

<sup>35</sup> Así, V. MAGRO SERVET, «La nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *La Ley*, Sección Doctrina D-37, 1998-1, págs. 9 y 10 de la versión digital [[www.laley.es](http://www.laley.es)] (LA LEY 11799/2001) visitada por última vez el 14 de julio de 2014].

<sup>36</sup> El Banco de España elaboró este informe en noviembre de 2009 a petición del Senado. <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF> (visitado por última vez el día 14 de julio de 2014).

financiaciones<sup>37</sup>. Así, la decisión de aplicarlas o no se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad, resultando que, en 24 de las 49 entidades encuestadas, la cartera con suelo es nula o residual (por debajo del 15%) y sólo 13 la han aplicado de manera muy mayoritaria (a más del 85% de las operaciones). De esas 13, cuatro han trabajado fundamentalmente con cláusulas sin límite superior y nueve con límites tanto a la baja como al alza.

Una importante afirmación realizada por esta entidad es que estando en septiembre de 2009 el tipo medio del suelo en el 3,12% y el del techo en el 13,56%, con una horquilla de 10,45 puntos, las acotaciones al alza, no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés. De hecho, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de este riesgo.

Sin embargo, considera que cláusulas como las descritas son positivas desde el punto de vista del coste medio para los clientes bancarios del crédito hipotecario a lo largo de la vida del contrato, de la estabilidad del sistema financiero y de la accesibilidad a largo plazo de la población al mercado de la vivienda, siempre y cuando el prestatario haya sido informado de forma adecuada.

En cuanto a la posible falta de reciprocidad o desproporción que pudiera derivar de cláusulas concretas incorporadas por las entidades a sus contratos de préstamos hipotecarios, entiende que no puede pronunciarse sobre esta cuestión, que en última instancia debe ser resuelta por los tribunales, y ello, en todo caso, requiere un análisis

---

<sup>37</sup> Según M. CASTILLA CUBILLAS, «Sobre la abusividad de las cláusulas de “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.1/2011, Pamplona, 2011, pág. 7, «como en la visión del Banco de España, los “suelos hipotecarios” permiten asegurar la recuperación de los costes de tales activos, incluso en períodos de caída aguda de los tipos de interés, lo que favorece la estabilidad patrimonial de las entidades de crédito prestamistas, era previsible que un argumento de este tipo, expresado por el regulador bancario tuviera una influencia intensa en nuestros senadores. Permítasenos que formalicemos el mensaje implícito del regulador a las Cortes: en una época en la que la prevención del riesgo sistémico se ha convertido en el objetivo prioritario de la regulación financiera, no sería razonable perjudicar la efectividad de los mecanismos contractuales que favorecen la estabilidad bancaria y mucho menos cuando afectan a los préstamos hipotecarios, una clase de activos que, por su peso relativo en el balance actual de las entidades de crédito, puede ser un vector incompensable del desequilibrio patrimonial de aquellas, como ha quedado demostrado con la crisis del mercado hipotecario estadounidense».

individualizado de las concretas circunstancias de cada caso, ya que la proporcionalidad está vinculada al precio del producto y éste viene determinado por un conjunto de elementos.

Concluye afirmando que la vía que se revela como más adecuada para compatibilizar la estabilidad financiera con la protección de los intereses de los consumidores es la de concienciar a la clientela de los riesgos que representa la contratación de productos a largo plazo a tipo de interés variable, y de la consecuente necesidad de incorporar instrumentos que favorezcan la mitigación de ese riesgo junto al reforzamiento de los mecanismos de información a los usuarios sobre la finalidad y alcance de estos productos, que garanticen la totalidad de los derechos y obligaciones que el prestatario asume con su contratación.

En la actualidad se ha vuelto a retomar el estudio legislativo de la necesidad de mejorar la protección de los consumidores y usuarios de servicios financieros, y se encuentra en el Congreso un proyecto de Ley por el que se modificaría el TRLGDCU. En las enmiendas a este proyecto, el Grupo Parlamentario Socialista solicitó una urgente regulación clara de las cláusulas suelo hipotecarias estableciendo los supuestos en los que se concreta una cláusula de esta clase como abusiva por falta de reciprocidad en las obligaciones, mientras que el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA y CHA, propuso la regulación y la inclusión de un nuevo precepto en el que se determinen unos mínimos que deban cumplir las cláusulas suelo para no ser abusivas<sup>38</sup>.

#### **V.- Posiciones jurisprudenciales contradictorias.**

Existen muchas resoluciones judiciales sobre este asunto, pero no ha habido una postura unánime adoptada por los tribunales. Más bien al contrario, unas han considerado que las cláusulas suelo son ajustadas a derecho, declarándolas válidas, mientras que otras han declarado que se trata de cláusulas abusivas que deben ser nulas de pleno derecho.

---

<sup>38</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-71-2.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-71-2.PDF) (visto por última vez el día 14 de julio de 2014).

## 1. Sentencias que consideran válidas a las cláusulas suelo.

El principal argumento que acoge esta postura es que las cláusulas suelo no son condiciones generales de la contratación, pues forman parte del elemento esencial del precio del préstamo<sup>39</sup> y, en consecuencia, no puede abogarse por su carácter abusivo. Asimismo, se señala que la existencia de una cláusula limitativa de la variación del tipo de interés variable, *per se*, no puede considerarse abusiva.

Una de las resoluciones judiciales más paradigmáticas es la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2011 (AC 2011\1569)<sup>40</sup>, en la que se considera que tales cláusulas no son condiciones generales de la contratación y que tampoco tienen carácter accesorio, sino que forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del contrato como uno de los factores de determinación de su precio (junto con el interés referencial y el interés diferencial); precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario<sup>41</sup>.

Así pues, los pactos de limitación de intereses son elementos que forman parte de la estipulación contractual más importante para el prestatario, que es el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo. Por ello, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que la entidad de crédito le ha presentado, el consumidor decide si la acepta o no libre y voluntariamente<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Entre otras, la SAP de Ávila 237/2012, de 7 diciembre (JUR 2013\5762).

<sup>40</sup> Se trata de la sentencia que fue recurrida en casación dando lugar a la STS de 9 de mayo 2013, que la casa.

<sup>41</sup> Concretamente estipula que «*el pacto de limitación de la variabilidad de los intereses es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, que como préstamo que es tiene un carácter unilateral, donde las obligaciones surgen, efectuada la primitiva entrega del dinero por el prestamista, en el prestatario, pretendiendo aquel pacto establecer una retribución mínima y máxima a satisfacer por el prestatario*». Esta postura es igualmente adoptada por la SAP de Madrid 387/2012, de 13 julio (JUR 2012\293674).

<sup>42</sup> De este modo, se diferencia de las condiciones generales de la contratación ya que el consumidor las puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia, o adherirse a ellas pese a su disconformidad, porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo.

Estando minuciosamente regulado el proceso de contratación que garantiza la transparencia, la información y la libre formación de la voluntad del prestatario, y, 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, configurador del precio de la operación<sup>43</sup>. Por ello, para esta postura, debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses hayan sido impuestos a los solicitantes del préstamo.

Y de otro lado, que la limitación del interés variable, tanto en su mínimo como en su techo, no constituye por sí misma una cláusula abusiva, pues aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone una desproporción abusiva de los derechos y obligaciones de las partes, al exigir la normativa de protección de consumidores y usuarios un equilibrio de contenido jurídico y no económico de la operación<sup>44</sup>. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en

---

<sup>43</sup> En el anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en vigor en el momento de la resolución judicial, se establecía que las cláusulas han de expresarse de modo que *«resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho»*. Esta normativa tenía como finalidad primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, con especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especificaran con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. En la actualidad, el instrumento legal correspondiente es la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo artículo 25 establece un deber concreto para las cláusulas suelo y techo al disponer que *«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»*.

<sup>44</sup> En la misma línea la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número nueve de Madrid, de 8 septiembre de 2011 (AC\2011\2146), al afirmar que *«este juzgado se alinea con las opiniones doctrinales expuestas y con el criterio de la Sección 28 en la resolución de referencia, entendiendo que la reciprocidad a controlar por vía del art 87 del TRLCU es una reciprocidad jurídica, esto es tendente a asegurar una correcta distribución de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, de forma que, en contra las reglas de la buena fe, se imponga a una parte obligaciones a su exclusivo cargo, de cuyo cumplimiento se exonera a la contraria, o bien se atribuye al predisponente derechos o facultades no reconocidas al adherente, pero no podemos considerar que se extiende la correcto equilibrio económico de las contraprestaciones, pues ello implicaría la necesidad de que la decisión judicial se extienda a la integración de un elemento esencial como es el precio y tratándose de una entidad que interviene en el mercado en régimen de libre competencia con otros sujetos, esa intervención, puede producir efectos no deseados en el ámbito competencial e incluso afectar negativamente la posición de la entidad en el mercado»*.

función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente.

## 2. Sentencias que declaran la nulidad de cláusulas suelo.

El fundamento de este grupo de sentencias radica en la afirmación de la naturaleza de esta figura como condición general de la contratación no negociada e impuesta por la entidad financiera. Así, la Sentencia 246/2010 del Juzgado de lo Mercantil número dos de Sevilla, de 30 septiembre (AC 2010\1550), considera a las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación sobre un elemento esencial del contrato de préstamo, cual es el precio del servicio financiero. En sus fundamentos de derecho, la sentencia destaca que *«una condición es general porque generalmente se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 2006 [AC 2006, 833] )»*, e insiste en que *«se trata de cláusulas reconocibles en cuanto aparecen integradas en una pluralidad de contratos y elaboradas de forma unilateral por el predisponente operador bancario»*.

En este sentido, no hay que olvidar que la necesidad de probar y acreditar que una cláusula concreta ha sido negociada individualmente corresponde a quien lo afirma, lo que supone que será el predisponente quien deba probar que una determinada estipulación ha sido negociada. La Sentencia 282/2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 12 septiembre (AC 2011\2154), recoge esta doctrina y entiende que la cláusula que analiza no ha sido negociada individualmente porque *«las afirmaciones realizadas por la parte demandada sobre la posibilidad que tuvo el Sr. Pedro Jesús de elegir entre diversas opciones, y ofertas contractuales no solo no hacen referencia directa o la posibilidad real que tuvo de incluir o no la controvertida cláusula suelo como una parte más de la modulación del tipo de interés y del precio del contrato, sino que, además, no han tenido en modo alguno la correspondiente contrapartida probatoria. Así no puede tenerse como acreditado que la rebaja del*

*porcentaje de diferencial sobre el EURIBOR (0,60% al 0,45%) aplicada al préstamo en que se subrogó el Sr. Pedro Jesús fuera, efectivamente, fruto de una negociación».*

Por otro lado, un gran grupo de sentencias considera que las cláusulas suelo no forman parte del precio (elemento esencial del contrato) y, por tanto, son susceptibles de ser consideradas abusivas por la autoridad judicial. Así, estas cláusulas no afectan al precio, sino que son pactos accesorios de control del interés aplicable, que es la verdadera retribución del préstamo. Claro ejemplo de esta postura es la SAP de Jaén 147/2012, de 14 de mayo (AC 2013\1376), en la que se establece que *«las cláusulas de limitación de intereses, conforme a lo mantenido por la Audiencia Provincial de Sevilla, son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. No se trata de una cláusula que constituya una condición general de la contratación, sino que es uno de los elementos de determinación del precio del contrato, y por tanto, un elemento esencial del mismo».*

No obstante, también se encuentran resoluciones judiciales que establecen la posibilidad de que existan cláusulas abusivas relativas a elementos esenciales del contrato, como sucede en el caso de la SAP de Cáceres 536/2012, de 14 de diciembre (AC 2013\83), en la que se indica que *«a partir de la respuesta del TJUE, el TS, en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2010 sostuvo que: “respecto a la otra cuestión planteada (...), relativa a la posibilidad de un control judicial del contenido de las cláusulas litigiosas y, al fin, a la interpretación del apartado segundo del ART. 4 de la Directiva 93/13/CEE, ha de tenerse en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 3 de junio de 2010 dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida” Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente*

*relativas a elementos esenciales del contrato también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad<sup>45</sup>».*

Entrando a valorar los motivos de nulidad que han sido argumentados por los órganos jurisdiccionales, los principales son:

1. El desequilibrio de las prestaciones cuando existe una cláusula suelo pero se carece de la correspondiente cláusula techo. Entienden que la desventaja para la parte contractual más débil, el deudor hipotecario, es notoria, al no poder beneficiarse por la subida del tipo de referencia pero sí verse perjudicando por las variaciones a la baja. Así, la citada sentencia del Juzgado de la Barcelona, de 12 de septiembre de 2011, es claro ejemplo de esta postura al afirmar que *«no se ha acreditado que en su contrato de préstamo exista algún tipo de contrapartida que, consensuadamente, equilibrara el claro desequilibrio que genera la cláusula suelo, en especial, la fijación de una cláusula techo semejante, respetando así el principio de reciprocidad en que se asienta el equilibrio de derechos y obligaciones (arts. 82.1 y 82.4.c) LGDCU). Mediante esta cláusula y sin contrapartida, la entidad prestamista con tipo de interés variable obtiene una posición más ventajosa objetivamente, en relación con el cliente que no goza de la protección en caso de una variación al alza del índice de referencia, o de otras ventajas que compensen esta falta de protección<sup>46</sup>».*

---

<sup>45</sup> En ese sentido, la SAP de Burgos 126/2012, de 23 de marzo (JUR 2012\137310), indica que *«este Tribunal, en sentencia nº 40/2012, de 2 de febrero, calificó la cláusula suelo como "una verdadera condición general", a lo que no se opone el hecho de que recaiga sobre un elemento esencial del contrato, como es la contraprestación que recibe la entidad financiera por el préstamo, bien que, en el presente caso, al tratarse de una persona física el prestatario, tiene la condición de consumidor».* Otras sentencias en la misma línea son las SSAP de Zaragoza 598/2012, de 23 de noviembre (JUR 2013\112820), de Les Illes Balears 489/2012, de 19 de noviembre (JUR 2012\374706), y de Cáceres 544/2012, de 19 de diciembre (AC 2013\172).

<sup>46</sup> Otra sentencia que refrenda esta idea es la SAP de Alicante 58/2012, de 10 febrero (AC 2012\1398), por cuanto afirma que *«considera este Tribunal que el hecho de que el contrato que nos ocupa tan solo contenga una "cláusula suelo" y no contenga una "cláusula techo" es un caso paradigmático de falta de reciprocidad en el contrato, de modo contrario a la buena fe.*

*Por tanto, la entidad bancaria, por mucho que bajara el tipo básico de referencia, se garantizaba la obtención de un interés nominal anual del 3,8 %. Quiérese decir: aún en escenarios en que el EURIBOR sufriera importantísimos descensos, la entidad bancaria se aseguraba un interés del 3,8% anual. En el*

2. Existiendo acotaciones al alta y a la baja, la diferencia entre ellas es tan grande que impiden que deudor y acreedor actúen desde un plano de igualdad. En la SAP de Cáceres 281/2012, de 23 mayo (AC\2012\491), el órgano jurisdiccional entiende que las referidas cláusulas resultan abusivas *«por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto, que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos, que como hemos señalado, no existe proporción entre tales límites pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés, estableciendo un límite inferior de hasta el 5 % nominal anual, que ha provocado su aplicación desde hace varios años, con manifiesto perjuicio económico para el consumidor, mientras que el límite superior del 12% no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década<sup>47</sup>»*.

De lo anterior se deduce que el carácter abusivo o no de las cláusulas suelo ha sido cuestión muy discutida, llegándose a dar respuestas judiciales distintas en supuestos similares, lo que creaba una situación de inseguridad e imprevisibilidad que hacía depender de la corriente jurisprudencial que siguiese el órgano jurisdiccional competente en el proceso la consideración de su abusividad o no. Por ello, se hacía necesario que el más Alto tribunal de nuestro ordenamiento jurídico se pronunciara en la materia, tal y como estableció la SAP de Jaén 146/2012, de 14 de mayo (JUR

---

*peor de los escenarios posibles para la entidad bancaria (EURIBOR extraordinariamente bajo), aquélla percibiría un interés del 3,8 %.*

*Sin embargo, el contrato no contempló una cláusula que previera la situación contraria, es decir, la subida del EURIBOR. En tal caso, el cliente siempre debería de abonar el tipo básico de referencia más los 0,95 puntos porcentuales, y ello, con absoluta independencia de qué importe, o hasta dónde alcanzara el citado tipo básico. En un escenario de subidas importantes del EURIBOR, el cliente no se encontraba igualmente "blindado" como la entidad bancaria. La falta de reciprocidad, pues, es palmaria».*

<sup>47</sup> También la SAP de Zamora 7/2013, de 22 enero (JUR 2013\87420) afirma que *«esa falta de reciprocidad es evidente (...) La cláusula suelo estaba, en el momento de firmarse en contrato, en unas cifras muy próximas a las establecidas como suelo y que, como se recoge en la Sentencia recurrida, cualquier variación de la baja iba a implicar la limitación a la bajada de los tipos de interés aplicables al contrato. 4) Que la cláusula techo se establece en un tipo de interés muy alejado del Euribor vigente en el momento de firmarse el contrato (8 puntos de diferencia) y, por tanto, las probabilidades de que se llegara al mismo eran sino imposibles, de muy alta improbabilidad»*. Esta posición se ha mantenido también en la SAP de Alicante de 13 de septiembre de 2012 (AC 2012, 2311), y SAP de Les Illes Balears, Sección 5, de 19 de noviembre de 2012 (JUR 2012, 374706).

2012\355078), al plantear que esta problemática «*ciertamente sería deseable fuera resuelta definitivamente por el Tribunal Supremo*».

Así, ante este panorama tan discordante, finalmente el Tribunal Supremo intentó clarificar este asunto fijando su postura en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que será analizada a continuación.

## **VI.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: planteamiento y análisis.**

### **1. Planteamiento.**

El litigio comenzó cuando la Asociación de Usuarios y Consumidores de Servicios Bancarios (en adelante, AUSBANC), interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (en adelante BBVA), Cajamar, Caja Rural, S. C. C. (hoy Caja Rurales Unidas, S. C. C. y, en lo sucesivo, Caja Rurales Unidas) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NGC Banco S. A. U., y en lo sucesivo NCG), por la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, en la que solicitaba la declaración de nulidad por abusivas de las consistentes en cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a intereses variable celebrados con consumidores y usuarios, solicitando la condena a eliminar dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

Las demandadas se opusieron y suplicaron la desestimación por fatal de legitimación activa de la demandante, perjudicialidad administrativa, la no naturaleza de condiciones generales de la contratación de dichas cláusulas, la inaplicabilidad de la normativa de las condiciones abusivas al regular elementos esenciales del contrato y en cualquier caso, el carácter no abusivo de dichas cláusulas. No obstante, la sentencia de primera instancia<sup>48</sup> rechazó todos los argumentos de las demandas y dio razón a la parte actora considerando que las cláusulas suelo debían considerarse condiciones generales

---

<sup>48</sup> Sentencia núm. 246/2010, de 30 septiembre, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla (AC 2010\1550).

integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente y, atendido el desequilibrio en relación con las cláusulas suelo, las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminarlas y abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo.

Posteriormente, se interpuso recurso de apelación y la sentencia de segunda instancia<sup>49</sup> rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, al personarse el Ministerio Fiscal en defensa de dichos intereses, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas fueran condiciones generales de la contratación, al referirse a un elemento esencial del contrato que debe ser aceptado libre y voluntariamente por los intervinientes en la relación contractual, y que fueran abusivas, al haber sido negociadas por el prestamista y el prestatario siguiendo las previsiones de la normativa de transparencia bancaria.

Finalmente, AUSBANC interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y el Ministerio Fiscal recurso de casación que fueron admitidos a trámite y dieron lugar a la Sentencia de Tribunal Supremo objeto de estudio.

Las conclusiones más importantes a las que llegó el Tribunal Supremo fueron, en síntesis, las siguientes:

1. Reconoce la legitimación activa de la asociación demandante a pesar de no estar inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> La ya comentada SAP de Sevilla, de 7 de octubre (AC 2011\1569).

<sup>50</sup> Tal y como se establece en la resolución judicial, el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), atribuye a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Ello implica que la legitimación para promover eficazmente un proceso sólo corresponde a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo. Sin embargo, uno de los supuestos en los que la legitimación ordinaria se revela insuficiente es en la tutela de los consumidores y usuarios, por lo que en el art. 24.1 TRLGDCU se reconoce la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para,

2. Establece que es un deber de los órganos judiciales el examinar de oficio el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, no sólo en los pleitos seguidos entre un empresario y un consumidor, sino también en supuestos en los que se ha ejercitado una acción en defensa de intereses colectivos<sup>51</sup>.

3. Dispone que una cláusula puede calificarse como impuesta por el empresario cuando el usuario no puede influir en su supresión o en su contenido. En estos casos, recae sobre el empresario la carga de probar que la cláusula por él pre-redactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contratos dirigidas a los consumidores<sup>52</sup>. Asimismo, el hecho de que el prestatario haya aceptado un modelo

---

si cumplen los requisitos legalmente establecidos, defender no sólo los intereses de sus asociados o los de la propia asociación, sino también los generales. Uno de esos requisitos es la necesaria inscripción de las asociaciones de consumidores y usuarios en un libro-registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo, del que había sido excluido con anterioridad AUSBANC al haber sido objeto de sanción en el seno de un procedimiento administrativo, lo que ponía en duda su legitimidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima su legitimación al considerar que la resolución administrativa de exclusión del Registro tiene un contenido materialmente sancionador por incumplimiento de deberes, y que dicha sanción no era firme en los momentos de interposición de la demanda y de dictar la sentencia en la primera instancia, lo que supondría si se apreciara la falta de legitimación activa, dotar de efectos retroactivos a la sanción restrictiva de derechos lo que sería contrario al art. 9.3 CE y conllevaría la pérdida sobrevenida de las condiciones legales precisas para litigar, afectando con ello al principio *pro actione*.

<sup>51</sup> Así, establece el Tribunal Supremo en su Fundamento Jurídico Sexto que «*es preciso decidir si la doctrina hasta ahora expuesta es aplicable a los supuestos en los que la abusividad de determinadas cláusulas no se constata en un pleito seguido entre un empresario y un consumidor, sino en supuestos en los que se ha ejercitado una acción en defensa de intereses colectivos. Nuestra respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. Máxime si se tiene en cuenta que: a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 TRLCU "[l]os poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado" (...) b) La tutela de los consumidores no solo se ha demandado por una asociación de consumidores (...) sino por el Ministerio Fiscal, al que el Ordenamiento reconoce expresa legitimación - el artículo 16 LCGC- c) Como afirman las SSTJUE de 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 38, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 31, es precisamente "la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores", la que justifica que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional*».

<sup>52</sup> «*Si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU -ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general-, 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*

predispuesto por el prestamista existiendo cierta variedad de oferta contractual al respecto, no impide la consideración del clausulado como impuesto, pero tal observación no quiere decir que sean ilícitas<sup>53</sup>.

4. Afirma igualmente que las cláusulas suelo pueden ser consideradas condiciones generales de la contratación, aunque para ello es necesario que se den los siguientes requisitos: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Además, rechaza la afirmación sostenida por la Audiencia Provincial sobre la imposibilidad de que una condición general se refiera a un elemento esencial del contrato<sup>54</sup>. Es más, sostiene que cláusulas suelo forman parte del precio del préstamo que deben de pagar los prestatarios definiendo el objeto principal del contrato. No obstante, sí coincide con el Tribunal de segunda instancia al apreciar que aunque exista normativa bancaria en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y normas de transparencia, ello no es obstáculo para que sean consideradas condiciones generales de la contratación dentro del ámbito objetivo de la LCGC.

5. Considera que si bien al tratarse de condiciones definitorias del objeto principal del contrato no cabe un control judicial de la abusividad basado en el desequilibrio de las prestaciones, ello no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo mediante los controles de inclusión y transparencia. Respecto al primero, entiende que pueden incluirse siempre que cumplan los requisitos legales detallados y previstos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 para la concesión

---

*propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente» [Fundamento Jurídico Octavo].*

<sup>53</sup> «No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario (...) c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario. (...) Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud» [Fundamento Jurídico Octavo].

<sup>54</sup> De hecho, afirma que «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 éste» [Fundamento Jurídico Séptimo].

de préstamos hipotecarios a los consumidores, pues garantizan la observancia de las condiciones exigidas por la LCGCC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. En lo que concierne al segundo, concluye que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato. Concluye igualmente que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

6. Añade que las cláusulas suelo superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general, pero no el de la claridad exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores, pues la necesaria comprensión e importancia de éstas por los mismos no se da<sup>55</sup>. Considera que no son transparentes porque:

A. Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

B. Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

C. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

---

<sup>55</sup> «Según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato» [Fundamento Décimo Tercero].

D. No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

E. En el caso de las utilizadas por uno de los bancos demandados, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

7. Dispone igualmente que los requisitos necesarios para se puedan considerar abusivas las cláusulas no negociadas son los siguientes:

A. Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

B. Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

C. Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

Con base en estos requisitos, afirma la licitud de las cláusulas suelo siempre que su transparencia permita al consumidor identificarla como definidora del objeto principal del contrato, y siempre que le permita también conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Para ello, es preciso que esté perfectamente informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, y del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo.

No es preciso que exista equilibrio «económico» o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo, e incluso son lícitas cuando no coexisten con cláusulas techo<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de

7. Afirma que el efecto a producir en caso de que estas cláusulas sean atacadas por su falta de transparencia, esto es, la falta de información al cliente, es la declaración de nulidad de la cláusula abusiva pero no la del contrato en el que se inserta<sup>57</sup>, pues aunque se refiera al objeto principal de mismo no supone la imposibilidad de su subsistencia por lo que los contratos siguen siendo obligatorios entre las partes. Asimismo, se condena al cese en el uso de las mismas.

8. Concluye la sentencia afirmando su carácter irretroactivo, de modo que no puede aplicarse a otros contratos anteriores a la misma ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de la resolución judicial, por el perjuicio que la retroactividad supondría para el orden público<sup>58</sup>. Asimismo, y como la demandante no interesó su eficacia ultra partes, únicamente se ciñe a quienes ofertan en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

## 2. Análisis crítico.

Una vez vista la doctrina emanada del Tribunal Supremo, es preciso realizar ciertas observaciones sobre la misma. En primer lugar, si bien es de agradecer que se haya pronunciado terminando con la inseguridad jurídica de los últimos años en este asunto, lo cierto es que al no tener efectos retroactivos y ser imposible hacer extensivos los efectos de la declaración de nulidad a otros supuestos, siendo aplicable sólo a las entidades demandadas cuando utilicen cláusulas idénticas, limita mucho la eficacia real de esta sentencia.

---

forma clara, comprensible y destacada la oferta, sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender.

<sup>57</sup> A este respecto considera, con base en la STJUE de 14 de junio de 2012, que el juez no debe moderar ni integrar el contrato, toda vez que el art. 83 TRLGDCU podía considerarse contrario al Derecho de la Unión Europea por cuanto facultaba al juez a integrar los contratos modificando el contenido de las cláusulas abusivas. En este sentido, *vid.*, el Fundamento Jurídico Décimo Sexto.

<sup>58</sup> «Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

Por otro lado, resulta importante que la sentencia ponga fin al debate jurisprudencial y doctrinal sobre si este tipo de cláusulas son partes o no del objeto principal del contrato, estableciendo que las mismas son efectivamente parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que forman parte del objeto del contrato. Además, declara que no existe ningún impedimento para que dichas cláusulas sean condiciones generales de la contratación. En mi opinión, con buen criterio el órgano jurisdiccional rechaza el argumento clásico de la exclusión del precio del juicio de abusividad con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, porque establece que la interpretación *contrario sensu* de dicho precepto implica que las cláusulas que definan el objeto principal del contrato pueden ser declaradas abusivas si no se sujetan a una redacción transparente.

Establecido lo anterior, parece pecar la argumentación del Tribunal de ser rebuscada, realizada *ad hoc* únicamente para afirmar la abusividad de este tipo de cláusulas. Si en un principio todo apunta a su válida consideración, pues proclama su licitud, su consideración como parte del objeto del contrato, la posibilidad de que las entidades bancarias establezcan el precio que quieran a sus servicios y que, en general, no son contrarias a la buena fe, termina sin embargo declarando su abusividad por falta de transparencia, pero lo hace sin una argumentación clara y correcta que conecte ese defecto con el reproche de abusividad.

Es más, se trata de una resolución judicial tan complicada de entender que las entidades recurridas presentaron una solicitud de aclaración, rectificación y subsanación de la sentencia que se materializó en el Auto de 3 de junio de 2013 (RJ 2013\3617). En cuanto a las explicaciones que se pidieron, destacan las siguientes: que la sentencia no concreta los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso; que no precisa si la declaración de nulidad de las cláusulas ha de apreciarse caso por caso, y tampoco advierte si la nulidad se proyecta sobre las cláusulas en las que concurren todas las circunstancias o, por el contrario, también se proyecta sobre las cláusulas suelo cuando tan solo concurren

alguna o algunas, pero no todas; que el fallo no precisa el momento temporal en el que las entidades financieras estaban en condiciones de prever que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo; y que tampoco indica si concurre el requisito de abusividad en aquellos casos en los que los consumidores se han beneficiado de las bajadas de los tipos de interés durante un periodo de tiempo.

El esclarecimiento de todas estas cuestiones no se produjo, con excepción de la última de ellas, al considerar que el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia. No obstante, el resto quedaron sin resolver porque el Tribunal Supremo se limitó a establecer de forma un tanto ambigua que *«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 (...) No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado»*. Siguen por tanto sin apuntarse los criterios del test de transparencia, siendo con ello posible que el defecto se compense por otras cláusulas o que una cláusula suelo llegue a no ser transparente a pesar de no haber incurrido en ninguna de estas causas, al verse afectada por otra patología oculta<sup>59</sup>, lo que conlleva una inseguridad jurídica para las entidades bancarias porque impide que puedan conocer la forma correcta de adecuación de sus productos a las exigencias de transparencia.

---

<sup>59</sup> A. CARRASCO PERERA y C. GONZÁLEZ CARRASCO, «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional», *La Ley*, Diario La Ley número 8159, 2013, págs. 3 y 4 de la versión digital [[www.laley.es](http://www.laley.es)] (LA LEY 7219/2013), visitada por última vez el 14 de julio de 2014].

Prueba del imposible incumplimiento de la transparencia cualificada se encuentra en que el propio Tribunal Supremo establece que *«en el caso enjuiciado no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su licitud intrínseca, ya que el cese se basa en: a) 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»*. Tal afirmación resulta incomprensible, toda vez que afirma que las cláusulas suelo en principio son lícitas para concluir que las mismas podrán devenir ilícitas posteriormente si provocan esa impresión, lo que en realidad sucederá en todo caso, puesto que una cláusula suelo siempre provocará ese efecto al estar configurada como una acotación mínima al tipo de interés variable<sup>60</sup>.

Todo ello se puede relacionar con los mecanismos de control utilizados por el órgano jurisdiccional, pues el deber de transparencia debido supera los requisitos de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC y los de la anterior normativa de transparencia bancaria<sup>61</sup>. No obstante, no se acaba de comprender por qué considera que si bien se cumplen los requisitos de transparencia exigidos por la LCGC, aplicable tanto a relaciones entre profesionales como con consumidores, son nulas por no cumplir la claridad exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores. Realmente, si considera que son condiciones generales de la contratación pero que no son claras, sencillas y transparentes, ni siquiera deberían haber superado el control de inclusión con la consecuencia, no de la nulidad, sino que habría bastado con la

---

<sup>60</sup> En el mismo sentido, A. CARRASCO PERERA y C. GONZÁLEZ CARRASCO, *op cit*, pág. 5.

<sup>61</sup> Así, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tas la STS 9 de mayo de 2013», *La Ley*, Diario La Ley número 8154, 2013, pág. 1 de la versión digital ([www.laley.es](http://www.laley.es) (LA LEY 5138/2013), consultada por última vez el 14 de julio de 2014), estima que *«el criterio seguido por la STS de 9 de mayo de 2013 lleva a una práctica universalización del carácter abusivo de la cláusula suelo contenida en los contratos de préstamo hipotecarios realizados con cualquier entidad financiera, puesto que a las entidades financieras les resultará muy difícil probar que un consumidor concreto hubo realizado un contrato de préstamo hipotecario con pleno conocimiento de causa sobre la existencia de una cláusula suelo en el contrato»*.

determinación de su no inclusión en el contrato con base en lo establecido en el artículo 7 LCGC<sup>62</sup>, o, alternativamente, mediante una interpretación favorable al consumidor<sup>63</sup>.

De esta forma, el «*doble filtro*» al que alude la Sentencia estudiada basándose en un control de transparencia adicional, porque aún habiendo superado los requisitos de incorporación, las cláusulas pueden resultar ineficaces, en este supuesto habría sido innecesario, pues que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, ya se garantiza con el cumplimiento de los requisitos de incorporación. En cualquier caso, si se admite este mecanismo de doble protección de la transparencia, su fundamento normativo no puede ser el artículo 80.1 TRLGDCU, ya que no impone requisitos de transparencia más restrictivos que los del artículo 5 LCGC. Es más, si se pretende fundamentar este deber especial de transparencia porque se refiere al objeto principal del contrato, el propio ámbito de aplicación del precepto desvirtúa este argumento al ser adaptable a todas las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> El artículo 7 LCGC establece que «*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*».

<sup>63</sup> Así, E. CORDERO, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013), *La Ley*, Diario La Ley número 8088, 2013, pág. 3 de la versión digital [[www.laley.es](http://www.laley.es)] (LA LEY 2925/2013), consultada por última vez el 14 de julio de 2014] toma como ejemplo de interpretación a favor del consumidor hacer prevalecer el descenso del tipo que correspondiese sobre el límite de la cláusula suelo. No obstante, J. PLAZA PENADÉS, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo» *La Ley*, número 8097, 2013, págs. 6 y 7 de la versión digital [[www.laley.es](http://www.laley.es)] (LA LEY 3134/2013), visitada por última vez el 14 de julio de 2014], señala que el control de transparencia es un control propio y separado del control de inclusión, aunque fundamenta el primero en el artículo 5 de la LCGC. Se difiere de su argumentación en este punto al considerar que la transparencia es un requisito para la inclusión de las cláusulas en los contratos, aunque se comparte con él la afirmación de que en la sentencia se confunde y entremezcla el control de transparencia con el control de abusividad.

<sup>64</sup> A este respecto, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret* número 3, 2013, pág. 18, argumenta que este deber

Si bien se apoya la idea de que la falta de transparencia se identifica con la defraudación de la expectativa sobre el precio, esto es, sobre el tipo de interés que contrató y si ello supone una sorpresa o engaño para el consumidor, por ejemplo debido a que se le dio un tratamiento impropialemente secundario<sup>65</sup>, la solución a aportar sin embargo difiere por cuanto, al no superar los requisitos del artículo 5 LCGC, lo correcto habría sido directamente tenerla como no puesta.

Por otro lado, el pronunciamiento sobre la no restitución es procesalmente incongruente, ya que para ello hubiese sido necesario ejercitar una acción colectiva de tutela de los intereses de los consumidores del artículo 11 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>66</sup>, pero la acción ejercitada por AUSBANC es de cesación, y tiene como objetivo obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura (art. 53 TRLGDCU), sin haber acumulado la primera a ésta tal y como permite el art. 12 LGCC. Lo alarmante en este aspecto es la justificación de la que parte al indicar que *«en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas»*. De esta

---

amplio de transparencia respecto del objeto principal del contrato puede residenciarse en el art. 60 TRLGDCU, del que se puede deducir un deber general de informar antes de la celebración del contrato sobre el precio total del producto o servicio y sobre las características esenciales de los bienes o servicios objeto del mismo.

<sup>65</sup> Así, en el Fundamento Jurídico Décimo Tercero. la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sostiene que *«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 (...). Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropialemente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato»*.

<sup>66</sup> En su apartado 2, si se trata de perjudicados determinables, o en su apartado 3 si se tratase de perjudicados no identificables o de difícil identificación.

manera, se auto-atribuye una flexibilidad interpretativa de las normas procesales que parecen poner de manifiesto una arrogación de funciones cuasilegislativas.<sup>67</sup>

Por otra parte, la manifestación de la irretroactividad de la sentencia no parece tener una fundamentación jurídica sólida, ya que utiliza referencias jurisprudenciales y normativas que no guardan relación alguna con préstamos hipotecarios o con cláusulas que se puedan introducir en los mismos<sup>68</sup>. De hecho, se pueden encontrar resoluciones posteriores de otros órganos judiciales que combaten el argumento de la aplicación analógica de la regulación administrativa y mercantil que establece el Tribunal Supremo, por entender que no existe identidad de razón con aquéllas ni se aprecia laguna alguna. Por el contrario, el artículo 1303 CC es suficiente cobertura legal<sup>69</sup> y, por tanto, resuelven en favor de la retroactividad con la consiguiente devolución de las cantidades percibidas indebidamente<sup>70</sup>.

Asimismo, justifica la limitación de la retroactividad con base en el artículo 9.3 CE, es decir, en aras de la seguridad jurídica. Sin embargo, y compartiendo aquí la postura de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, este principio protege únicamente a quien actuó confiando legítimamente en un marco legal determinado y, en este supuesto, las entidades financieras debían saber que estas cláusulas eran contrarias a la buena fe y, de conformidad con la legislación vigente en ese momento, abusivas. Además, es un

---

<sup>67</sup> En el mismo sentido, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, 2013, pág. 3.

<sup>68</sup> En este sentido, hace alusión, entre otros, a un supuesto en el que se litigaba por un contrato de prestación de servicios en el que la restitución de lo pagado suponía un enriquecimiento injusto para el consumidor al haber disfrutado del servicio de acceso a la plataforma digital sin contraprestación (STS de 13 de marzo de 2012) y a la limitación de la facultad de revisión de oficio de los actos administrativos regulada en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>69</sup> El artículo 1303 CC indica que «*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*». Entre otras, puede verse en este sentido la Sentencia 95/2013, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Orense, de 13 de mayo (AC 2013\1626).

<sup>70</sup> Resulta muy llamativo el Auto 115/2014 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de 28 de enero (AC 2014\250), en el que se resuelve favorablemente sobre la imposición de la medida cautelar de suspensión de la aplicación de una cláusula suelo hasta que no concluyese el proceso sobre su posible nulidad al estimar la concurrencia del peligro de mora procesal ya que, si sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013, se declara la irretroactividad, ello implicaría que el daño derivado de la no devolución de las cantidades no se podría producir.

contrasentido que el Tribunal Supremo califique la actitud de las entidades bancarias como engañosa pero invoque el principio de seguridad jurídica para protegerlas de los efectos económicos de la declaración de nulidad<sup>71</sup>.

En este escenario se manifiesta inconcebible que la Sentencia declare la abusividad de las cláusulas suelo pero mantenga al mismo tiempo la irretroactividad de su nulidad, impidiendo con ello la restitución de las cantidades indebidamente cobradas pues, si son nulas, lo son con todas sus consecuencias, incluyendo la retroactividad de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*. No es posible admitir que las mismas sean un «poco» nulas, pues ello implicaría el reconocimiento de efectos vinculantes a las cláusulas suelo aún cuando tengan la consideración de abusivas. Es más, no sólo el art. 1303 CC podría sustentar esta crítica, sino que también lo hacen el artículo 83 TRLDGCU<sup>72</sup> y el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establece que «*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*».

Así, si esta decisión es difícilmente comprensible desde un punto de vista jurídico, parece en realidad que su verdadera razón sólo puede ser puramente económica, para evitar los problemas de solvencia que la retroactividad podría acarrear a las entidades financieras. Incluso la propia sentencia afirma, apoyándose en que el Ministerio Fiscal también lo defiende, que «*es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público*».

<sup>71</sup> Así lo estima también F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, 2013, pág. 4.

<sup>72</sup> Que en el momento de la resolución judicial tenía la siguiente redacción: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*», y que en la actualidad también serviría de fundamento por cuanto dispone que «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*».

*económico*», lo que lleva a plantearse en qué se fundamenta para anteponer el orden público económico a las normas legales y qué es lo que en realidad afecta al orden público económico, pues da a entender que únicamente la restitución de las cantidades indebidamente cobradas lo hace cuando lo cierto es que los consumidores han estado pagando durante años unos intereses sobre la base de una cláusula suelo declarada abusiva. ¿Acaso esto no afecta al orden público económico? Además, con esta declaración el efecto disuasorio se ve mitigado, porque la admisión de una nulidad sin efectos restitutorios supone que las entidades bancarias han obtenido una ventaja mediante el empleo de unas cláusulas abusivas declaradas nulas por sentencia judicial, por lo que no sería extraño que la situación se repitiese en el futuro.

En cualquier caso, parece que esta idea no ha sido secundada, pues otras resoluciones posteriores han declarado la nulidad de la cláusula suelo con carácter retroactivo, condenando a la entidad financiera a devolver el exceso percibido a consecuencia de la aplicación de dicha cláusula más los intereses<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Así, la SJM núm. 2 de Málaga, de 23 mayo de 2013 (AC 2013\1480), estima que «*como consecuencia de la nulidad declarada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula (artículo 1.303 Cciv), consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013, que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE, por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones, teniendo los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver los asuntos conforme al sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 Cciv), que establece la primacía de la Ley (artículo 1.303 Cciv) sobre la jurisprudencia (artículo 1 Cciv). En el caso de autos, declarada la nulidad, han de estimarse las demás acciones ejercitadas en orden a devolver todas las cantidades cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, con sus intereses legales desde la fecha de cobro, extremos que se determinarán en ejecución de sentencia, sobre la base fijada, con encaje en el artículo 219 LEC*» o la SAP Asturias 120/2014 de 8 mayo. (AC 2014\61) que establece que: «*no existen razones en este caso para no aplicar la retroactividad, sin que ello suponga contradecir la ST 9-5- 2013, por cuanto que ésta como bien recoge tan citada sentencia de la A.P. de Jaén “por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos” siendo por tanto la regla general la de la Retroactividad tal y como claramente establece el art. 1303 al imponer el deber de restitución de las prestaciones habidas en virtud del contrato, no concurren en el caso las razones expresadas en la referida ST del Pleno*».

## VII.- Conclusiones.

Primera. Tras un gran debate jurisprudencial sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas suelo, se esperaba que cuando el Tribunal Supremo se pronunciara lo hiciera para terminar con la polémica, pero no ha sido así pues, pese a su esfuerzo y contribución, no ha cumplido las expectativas que se habían puesto para acabar con las cláusulas suelo, creando un mecanismo de control muy cuestionable.

Segunda. Así, las cláusulas suelo son lícitas debido a que están legalmente contempladas, y pueden ser consideradas como condiciones generales de la contratación cuando son impuestas por las entidades bancarias y son utilizadas en una pluralidad de contratos de préstamo hipotecario con interés variable. El hecho de que versen sobre uno de los elementos esenciales del contrato de préstamo, el precio, no es obstáculo para ello, como tampoco lo es que exista varias ofertas del predisponente dejando la elección al consumidor.

Tercera. Al tratarse de condiciones definitorias del objeto principal del contrato, no cabe un control judicial de la abusividad basado en el desequilibrio de las prestaciones, pero sí se pueden someter al control de inclusión y al de transparencia para determinar si su contenido es abusivo o no.

Cuarta. Este «*doble filtro*» establecido por el Tribunal Supremo se hace innecesario, debido a que las reglas de inclusión de las condiciones generales de la contratación incluidas en el art. 5 LCGC ya establecen como requisito la transparencia en la redacción de las mismas y, además, está fundamentado jurídicamente en un precepto, el art. 80.1 TRLDGCU, que tiene el mismo ámbito de aplicación que las citadas reglas, por lo que, en caso de considerarse necesario, se debería haber justificado con base en otro artículo de esta normativa, como el art. 60 TRLDGCU que establece el deber general de informar antes de la celebración del contrato sobre el precio total del producto o servicio y sobre las características esenciales de los bienes o servicios objeto del mismo. Además, el llamado control de transparencia se justifica por tratarse de

elementos esenciales del contrato, pero no establece los mecanismos que deben utilizar las entidades financieras para superar dicho control. Únicamente se conoce que no es suficiente con los procedimientos establecidos en la normativa sectorial, creando así una gran inseguridad e indefensión para las mismas.

Quinta. Si se consolida la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo, resultará conveniente realizar una reforma normativa tanto de la LCGC como del TRLGDCU para establecer los requisitos de este control de transparencia cualificado, con el objetivo de garantizar tanto la protección de los consumidores y usuarios como la seguridad de una buena praxis a las entidades financieras.

Sexta. En cualquier caso, la falta de transparencia se materializa en la falta de información adecuada sobre el alcance de una cláusula que afecta a la posición jurídica del cliente y de la carga económica y jurídica que supone.

Séptima. Esta deficiencia trae como consecuencia la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo y, por ende, según la STS de 9 de mayo de 2013, su nulidad. Pero lo cierto es que, al no haber superado el control de inclusión, bastaba con determinar su no inclusión en el contrato o que se interpretara de la forma más favorable para el consumidor. De todas formas, por aplicación del principio de conservación de validez del negocio jurídico, esta declaración debe únicamente afectar a la cláusula y no al resto del contrato.

Octava. Asimismo, a pesar de que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre las cantidades cobradas indebidamente incurriendo en incongruencia procesal –la acción ejercitada fue de cesación, y no la acción colectiva de tutela de los intereses de los consumidores–, su decisión de declarar la irretroactividad de la sentencia por razones de orden público es más que cuestionable, ya que la nulidad debería conllevar la devolución de las cantidades pagadas indebidamente con base en lo establecido en los artículos 1303 CC y el 83 TRLDGCU, pues de no haber existido esta acotación mínima del tipo de interés, los consumidores habrían pagado una menor cantidad de intereses.

La argumentación del Tribunal Supremo al respecto llega a la paradoja de defender una «*nulidad sin nulidad*», al dar efectos vinculantes a las cláusulas suelo declaradas nulas.

Novena. La limitación de los efectos retroactivos de la nulidad no tiene un fundamento jurídico contundente debido a que la moderación por causa del orden público económico es un criterio arbitrario que se sostiene para evitar los problemas de solvencia que pudiesen tener las entidades financieras condenadas a la restitución de dichas cantidades, sin tener en cuenta el perjuicio que la utilización de las cláusulas suelo declaradas abusivas ha supuesto a los ciudadanos.

Décima. En definitiva, se ha pospuesto la solución definitiva al problema que conllevan las cláusulas suelo, siendo necesario un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo que lo resuelva, creando doctrina o, en su caso, revise la solución que ha adoptado.

### VIII.- Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La interpretación de las condiciones generales de los contratos» *La Ley*, Diario la Ley, tomo 2, 1987.

–, «Artículo 1» en A. MENÉNDEZ MÉNENDEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, «Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)», *La Ley*, Sección Doctrina número 4874, 1991.

– «La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», *La Ley*, Actualidad Civil núm. 21, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2006.

CARRASCO PERERA, Ángel; GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional», *La Ley*, Diario La Ley número 8159, 2013.

CASTILLA CUBILLAS, Manuel, «Sobre la abusividad de las cláusulas de “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.1/2011, Pamplona, 2011.

CORDERO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *La Ley* Diario La Ley número 8088, 2013.

DURANY PICH, Salvador, «Artículos 5 y 7», en A. MENÉNDEZ MÉNENDEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, Madrid, 2014.

MAGRO SERVET, Vicente «La nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *La Ley*, Sección Doctrina D-37, 1998-1.

PARDO GATO, José Ricardo, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004.

PÉREZ CONESA, Carmen, «Nulidad de la “cláusula suelo” en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2011, Pamplona, 2011.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tas la STS 9 de mayo de 2013», *La Ley*, Diario La Ley número 8154, 2013.

–«Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, número 3, 2013.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *La Ley*, Diario La Ley número 8097, 2013.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Aranzadi, Navarra, 2002 (2ª edición).

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda: una cuestión de riesgos», *La Ley*, Actualidad Civil número 13, 2011.