

LA CLÁUSULA SUELO

ALUMNO: A. NICOLÁS SIMÓ ÁLVAREZ

TFM.

MÁSTER EN ABOGACÍA.

CURSO: 2015-2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I. HIPOTECA INMOBILIARIA	
1º CONCEPTO.....	5
2º CARACTERES.....	5
3º CLASES DE HIPOTECA.....	6
4º PRINCIPIOS HIPOTECARIOS.....	7
II. LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA CON PRÉSTAMO HIPOTECARIO.	
1º CONCEPTO.....	10
2º CARACTERIZACIÓN JURÍDICA.....	12
3º LA CLÁUSULA SUELO EN EL PRESTAMO HIPOTECARIO	
A. UBICACIÓN EN LOS CONTRATOS.....	13
B. LOS INTERESES REMUNERATORIOS.....	14
1º ÍNDICE REFERENCIAL.....	14
2º ÍNDICE DIFERENCIAL.....	15
III. CLÁUSULA SUELO	
1º CONCEPTO.....	16
2º IMPLANTACIÓN.....	17
A. CONSECUENCIA SOCIAL.....	17
IV. CLÁUSULA SUELO	
1º REGIMEN JURÍDICO.....	18
V. CLÁUSULA SUELO COMO:	
1º CONTENIDO ESENCIAL DEL CONTRATO.....	20
2º OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO.....	21

VI. CLAUSULAS SUELO COMO CLAUSULA ABUSIVA	
1º DEFINICIÓN.....	22
2º EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO.....	23
A. PAPEL DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.....	23
B. CONTROL DE OFICIO.....	24
C. CONTROL DE CONTENIDO.....	24
D. CONTROL DE TRANSPARENCIA.....	26
D.1. CONTROL DE TRANSPARENCIA FORMAL.....	26
D.2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL.....	27
VII. LA OFERTA VINCULANTE.	
1º LA OFERTA VINCULANTE, CONCEPTO.....	29
VIII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO.	
1º EFECTOS.....	30
A. NULIDAD.....	30
B. ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA NULIDAD. DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS.....	31
IX. CONCLUSIONES.....	34
BIBLIOGRAFÍA.....	36
ANEXO I.- DEMANDA.....	38

INTRODUCCIÓN.

El presente Trabajo de Fin de Master pretendo describir los elementos más importantes de un tema de actualidad como es el de la cláusula suelo que, como consecuencia de la crisis económica en la que estamos inmersos, han sido de uso muy generalizado por los bancos españoles. En segundo lugar, estudio la utilización de este tipo de cláusulas limitativas del tipo de interés en los préstamos hipotecarios y, por último, procedo a realizar un examen detallado de las resoluciones judiciales más importantes que han resuelto las controversias que dicha cláusula ha generado, así como de las normas dictadas de nuestros legisladores nacionales y comunitarios en respuesta a estas.

La cláusula suelo se enmarca en un tipo de préstamo hipotecario, generalmente para compra de vivienda, fijo a la baja y variable al alza que viene impuesto por las entidades bancarias, con el fin de que, con su inclusión en los contratos, no se vean nunca desfavorecidas económicamente por las posibles fluctuaciones que puedan surgir en el mercado, en perjuicio siempre de uno de los contratantes o prestatario.

Para finalizar, realizo un juicio de todo ello, e intento esclarecer las ideas con la finalidad de comprender la problemática generada, y concluyo anexando un ejemplo de demanda que recoge un supuesto de hecho concreto y su fundamentación jurídica.

También mantengo el trabajo actualizado hasta el último momento con las resoluciones y opiniones que se han ido sucediendo sobre el tema.

I. HIPOTECA INMOBILIARIA

1º Concepto

Antes de analizar la cláusula suelo objeto de este trabajo es obligado mencionar de manera breve una serie de apartados y subapartados como es la hipoteca inmobiliaria, su objeto, sus principios, el préstamo hipotecario con su caracterización jurídica y modalidades y por último el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. De estos debemos destacar lo siguiente.

El derecho real de hipoteca “es uno de los *derechos reales de garantía que, para asegurar el cumplimiento de una obligación, otorga a su titular el poder sobre una cosa inmueble, que le permite realizarla si aquella obligación se incumple*”

El titular tiene un poder inmediato y absoluto sobre la cosa inmueble hipotecada, que le permite realizarla si se incumple la obligación garantizada.

Los arts. 1.876 C.C., y 104 L.H. definen la hipoteca diciendo que “*sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*”.

ROCA SASTRE., definió este derecho como “*un derecho real de realización del valor, en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral que grava inmuebles ajenos, enajenables y que permanecen en posesión del propietario*”.¹

2º Caracteres

1) Es un derecho real de realización del valor. El carácter real deriva claramente de los arts. 2 y 104 L.H.

2) De constitución registral. Se constituye por su inscripción en el Registro de la Propiedad y en los términos de la inscripción (arts. 1.875 C.C. y 130, 145 y 149 L.H.).

3) Indivisible. Así, los arts. 1.860 C.C. y 122 L.H., el cual afirma que la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 123 y 124 L.H. La indivisibilidad admite pacto en contrario (arts. 123 y 124 L.H.). La hipoteca *est tota in toto et tota in qualibet parte*.

¹ Roca Sastre, Ramón María.: *Derecho Hipotecario* 6ª edición, tomos I y II. Bosch. Barcelona, 1968.

- 4) Accesorio o inseparable del crédito al que garantiza y asegura (arts. 1212 y 1.528 C.C.). La hipoteca no se puede transmitir sino con el crédito que asegura (art. 1.528 C.C.).
- 5) Grava bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables (arts. 1.857, 1.858, 1.874 C.C. y 106 L.H.). En nuestro sistema no se admite la llamada hipoteca de propietario (R.R. 22 marzo 1988 y 5 noviembre 1990).
- 6) No implica la desposesión de los bienes.
- 7) Su finalidad es garantizar o asegurar la satisfacción de un crédito dinerario o económicamente valuable mediante la realización del valor del bien dado en hipoteca.

3º Clases de hipoteca

En cuanto a este subapartado menciono las clases de hipotecas más sobresalientes y las clasifico atendiendo a diversos factores:

Por su origen

Hipotecas voluntarias y legales

Voluntarias: constituidas por negocio jurídico, que requieren escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Puede ser bilateral (contrato préstamo con hipoteca) o unilateral, impuesta por el propietario de la finca *inter vivos o mortis causa*.²

Legales: las establece directamente la ley, sin necesidad de constitución específica ni inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por su forma

Hipotecas expresas y tácitas

Expresas: son aquellas que para ser válidas necesitan ser constituidas a través de documento público y es necesario su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tácitas: son aquellas que no precisan de documento público ni es necesario su inscripción en el Registro de la Propiedad. Estas hipotecas tácitas provienen todas por ministerio de ley y, si bien, nuestro ordenamiento jurídico es contrario a la admisión de la hipoteca tácita.

Por su contenido

Hipotecas Ordinarias: son las más extendidas en la actualidad.

Hipotecas de Tráfico: asegura una obligación concreta y existente. El crédito consta en el Registro con todas sus particularidades, quedando unido registralmente a la hipoteca,

²Blasco Gascó, F.P.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.

de forma que ante tercero la fe pública registral cubre también el crédito. Se da un nexo o unión completa entre el crédito y la hipoteca.

La protección registral opera en cuanto a la hipoteca entendiéndose al crédito, el cual se presume que existe tal como lo publica el Registro y que pertenece al que en éste figura como su titular.

Hipotecas de Seguridad: (se garantiza una obligación de existencia dudosa y cuya cuantía no está determinada)

Hipotecas de Máximo (donde el crédito asegurado se designa en sus líneas generales, fijándose el importe máximo a que puede ascender la responsabilidad hipotecaria.)

4º Principios hipotecarios

Dentro de este subapartado hago un resumen sobre los principios hipotecarios, los cuales son una serie de reglas universales enunciadas en la legislación hipotecaria, que dan a conocer los aspectos más fundamentales del ordenamiento inmobiliario registral.

Todos estos principios a los que voy a hacer referencia a continuación, son normas jurídicas, por lo que hay que diferenciarlo de los principios generales del derecho, que como contrapartida estos tienen carácter de ley, ya que proceden de la propia legislación, considerando a estos como referencia de todo nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario.

La clasificación de los principios hipotecarios es la siguiente: principios formales y principios materiales.³

Principios formales

Principio de rogación es un principio formal y significa que los cambios registrales se producen solamente a instancia de parte, es decir, el registrador no puede hacer ninguna modificación o asiento alguno en los libros salvo que sea solicitado por el que tenga derecho al mismo.

Principio de tracto sucesivo significa que cada titularidad salvo la que consta en el asiento de matriculación o primer asiento debe apoyarse en otro anterior vigente y suficiente para servirle de base. Esto quiere decir que tratándose de transmisiones de propiedad, para que se inscriba la transmisión en el Registro, el supuesto vendedor debe ser titular de la finca y aparecer como tal en el Registro.

³“El Registro de la Propiedad y los principios hipotecarios” [en línea]. www.infoderechocivil.es Disponible en :[<http://www.infoderechocivil.es/2014/07/registro-propiedad-principios-hipotecarios.html>] [Consulta: 1-11-2015]

Principio de legalidad se basa en que en el Registro español, no nos encontramos con una mera oficina de archivos de documentos, sino que dicha oficina es llevada por una persona cualificada, conocedora del ordenamiento jurídico inmobiliario y, dado que en nuestro Registro se da una especial protección al titular inscrito, nuestro ordenamiento encomienda la dirección del Registro a un Registrador de la Propiedad. Este principio de legalidad también se denomina principio de calificación, por ser el Registrador de la Propiedad quien debe calificar el contenido del derecho antes de inscribirlo. Por otra parte podemos encontrar que se exigen las máximas notas de seguridad y así, podemos apreciar que en raras ocasiones tienen entrada documentos privados; y, además, en el folio registral se recogen sólo el contenido jurídico-real, quedando al margen todo lo relativo a las cuestiones obligacionales que no tenga dicho carácter.

Principio de especialidad tiene su origen en un primer momento en el hecho de que a la hora de inscribir la hipoteca se tenía que establecer la obligación asegurada y los intereses. Este principio de especialidad nos viene a decir una sola cosa, un solo derecho. Es decir, una misma finca solamente puede ser objeto de un propietario (en régimen de copropiedad si se quiere, pero en ningún caso pueden existir dos titulares diferentes) y que los derechos reales se irán inscribiendo conforme a tal criterio

Principio de temporalidad (o de prioridad) se da cuando dos o varios derechos reales difícilmente pueden coexistir sobre una cosa en un plano de igualdad. Así, por ejemplo, si hay varias hipotecas estas se ordenarán en un concreto orden, no siendo por tanto iguales en rango todas ellas. Esto nos viene a decir que se produce aquí una especie de jerarquización. Esta jerarquización responde al principio *prior tempore potior iure*.

Principio *prior tempore potior iure*, (fecha de entrada en el Registro) que significa que en el Registro se protegerá a aquel que tenga una antigüedad mayor en su inscripción. Es importante resaltar que esta jerarquización se va a producir no por la fecha del documento, sino por la fecha de entrada en el Registro (con lo cual se está penalizando indirectamente si se quiere a la persona negligente que siendo titular no la inscribe en el Registro).

Principios materiales

Principio de publicidad lo podemos ver también incluso desde dos ópticas:

a) Desde su aspecto material:

En su aspecto material este principio de publicidad se refiere por antonomasia a los efectos de la inscripción y, tradicionalmente, se viene descomponiendo por la doctrina en otros dos principios

Principio de legitimación (art. 38 LH), afirma que en beneficio del titular inscrito la exactitud del Registro frente a prueba en contrario. Este principio viene a conferir a la inscripción de inmueble las mismas funciones legitimadoras que a la posesión corresponde en orden a los muebles. En otras palabras, basta que el titular acredite la inscripción en el Registro de su finca para tenerlo como propietario. El artículo 38 LH nos viene a decir que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. De igual modo, se presume que quién tenga inscrito un bien es también poseedor del mismo. Esto, pues, significa también que conforme al artículo 97 LH, cancelado un asiento, presupone que se ha extinguido igualmente el derecho)

Fe pública registral (art. 39 LH) ampara a los terceros que adquieren a tenor del Registro. Este principio constituye la clave de todo el ordenamiento registral. En él se establecen los presupuestos y límites de la protección registral a tercero. La base de este principio registral es que con el mismo, lo que se pretende es dar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, intentando eliminar que cualquier transmisión que se haga en función de lo que contiene el Registro pueda considerarse nula. Este principio de fe pública registral viene recogido en el artículo 34, en su párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria.⁴

Hay una diferencia básica que mientras que en el principio de legitimación la presunción es *iuris tantum*; mientras en la fe pública registral es *iure et de iure*.

b) Desde su aspecto formal:

Se dice de la apertura de los libros del registro a cualquier persona que tenga interés en inscribir cualquier bien inmueble. Hay varias formas de consulta y acreditación de los asientos que aquí figuran: extensión de los libros, nota simple informativa y certificación registral, si bien, la única que va a tener validez es esta última.

⁴Artículo 34, en su párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria.: "el tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no aparezcan en el Registro."

II. LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA CON PRESTAMO HIPOTECARIO

1º Concepto

El préstamo con garantía hipotecaria es aquel que *“además de la responsabilidad personal del prestatario, incorpora un derecho real de garantía y de realización del valor que recae sobre bienes inmuebles, asegurando el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un préstamo o crédito mediante la concesión al acreedor de la facultad de realización del valor, enajenando el bien hipotecado y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido”*.⁵

El préstamo hipotecario está formado por dos elementos: un contrato principal de préstamo, por el que una de las partes (prestamista) entrega una cantidad de dinero a la otra (prestatario), que está obligado a devolverla, junto con los intereses pactados y los gastos convenido en el plazo estipulado, y la hipoteca, derecho real de realización de valor que actúa en función de garantía del cumplimiento de la obligación de pago contraída.⁶

- El prestamista.

Naturalmente, el préstamo hipotecario puede ser concedido por un particular, siempre que tenga capacidad general para otorgar el contrato, mas, antes la habitualmente elevada cuantía del requerido para la adquisición de una vivienda, lo más frecuente es acudir a una entidad de crédito capaz de operar en el mercado hipotecario.

El RD legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre la adaptación del derecho vigente en materia de crédito a las normas comunitarias, en su art.1, recoge su definición:“se entiende por entidad de crédito toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público de forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolas por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.

Según el artículo 1 de la ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación de Mercado Hipotecario, en la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, las entidades financieras a las que la ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos necesarios para su financiación, de acuerdo con los requisitos y finalidades

⁵Artículos 104 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

⁶García Gil Javier, y García Gil Miguel.: *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*, Editorial DAPP. 2º edición.

que la misma establece, sin perjuicio de que estas entidades u otras pueden emitir y transmitir obligaciones, con garantía o sin ella, de conformidad con la legislación vigente.

A tenor del artículo 2 de la Ley 2/1981, las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:

- a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
- b) las cajas de ahorro y la confederación Española de Cajas de Ahorros,
- c) las cooperativas de crédito,
- d) los establecimientos financieros de crédito.

- El prestatario.

Es requisito esencial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que quien la constituya tenga la libre disponibilidad de sus bienes. Ello es así porque si bien el contrato de hipoteca es accesorio de otro principal, cuyo contenido económico garantiza, también produce el nacimiento de un derecho real *in re aliena* que recae sobre bienes inmuebles a los que vincula directa o inmediatamente el cumplimiento de la obligación garantizada, con abstracción de la persona que los posea, por lo que para su eficacia jurídica precisa ineludiblemente que el hipotecante ostente la cualidad de dueño o propietario de tales bienes o de titular del derecho que se hipoteca y goce de su libre disposición, ya que en otro caso el negocio carecería de objeto y sería inexistente, sin perjuicio de que subsistiera la obligación principal, porque mientras la nulidad de esta provoca la ineficacia de la hipoteca, la del gravamen, precisamente por su carácter accesorio, puede dejar incólume la primera (STS de 22-11-1963).

Como observa CAMY SANCHEZ, la expresión “libre disponibilidad de los bienes”⁷no debe entenderse en un sentido lato y genérico, sino en el estricto de enajenación, lo que significa que el constituyente la de tener capacidad legal para enajenar inmuebles o el derecho que se hipoteque, capacidad más limitada y que se da en menos supuestos que la genérica de disponer.

No obstante duda, y en ello coincide la doctrina sin fisuras que la enajenabilidad del bien hipotecado ha de concurrir en el momento de su ejecución, pues, como ya vimos,

⁷Javier García Gil y Miguel García Gil.: *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*. Editorial DAPP. 2º Edición.

es de esencia de este contrato que, vencida la obligación principal, pueda dicho bien ser enajenado para pagar al acreedor (art.1858C.C), mientras que la capacidad subjetiva o facultad de enajenar, ha de existir en el momento de la constitución de la hipoteca, que es cuando el que la constituye enajena virtualmente, es decir , presta su consentimiento para que en su nombre pueda serlo el bien para satisfacer el crédito no cumplido voluntariamente.

Hay que señalar que los que tienen facultad de constituir hipotecas voluntarias (los que gozan de la libre disposición de los bienes) pueden hacerlo por sí o por medio de mandatario, en cuyo caso se exige mandato especial (art.1713 del C.C), y también que art. 1280.5º de este texto legal exige la constancia en documento público del poder que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública.

2º Caracterización jurídica

Se puede definir el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, como un contrato dispositivo, oneroso conmutativo, unilateral, de naturaleza real (pecuniaria), y de tracto único, mediante el cual el prestamista entrega al prestatario una cantidad determinada de dinero, debiendo este devolver al prestamista dicho capital, así como una cuantía adicional en concepto de intereses remuneratorios, mediante un número predeterminado de cuotas (de acuerdo con el principio de autonomía privada recogido en el artículo 1255 del Código Civil).

Cada cuota que el prestatario debe abonar como pago de la deuda contraída se encuentra compuesta por dos sumandos: por un lado, una cantidad que comporta la cuota de amortización del capital prestado por el banco (“capital principal”), cuya entidad se relaciona de forma inversamente proporcional a la duración del préstamo; y, por otro, la cantidad correspondiente a la cuota de los anteriormente citados intereses remuneratorios, que se calcula aplicando un porcentaje determinado al capital prestado. Este último porcentaje dependerá del tipo de interés escogido, ofertándose por el mercado crediticio dos grandes grupos: tipos fijos y tipos variables, siendo en estos últimos en los que se pueden encontrar las cláusulas suelo.

Las entidades bancarias han desarrollado, a la par de evolución del mercado crediticio, productos financieros híbridos, bastante comunes en la contratación bancaria actual. Así, podemos encontrar los préstamos sujetos a tipos mixtos de interés, en los que se ofrece durante las primeras cuotas del contrato un tipo fijo, que pasa a convertirse en un tipo variable tras el período pactado, como los préstamos sujetos a cuota fija, que se

caracterizan, aunque sean préstamos sujetos a un tipo de interés variable, porque la cuota mensual se mantiene constante durante toda la vigencia del contrato, afectando las subidas y bajadas del tipo de interés en la duración del mismo.

Es importante mencionar la Orden del Ministerio de Economía y Comercio, de 17 de enero de 1981, sobre liberalización de los tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo, por la cual las entidades de crédito son completamente libres para ofrecer los tipos de interés que deseen, por que no existe ninguna normativa sectorial que exija los tipos de interés a utilizar, así como el método para su cálculo⁸, siempre que cumplan las condiciones del art. 17.2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que impiden la fijación subjetiva y arbitraria de los intereses en aquellos contratos sujetos a tipos de interés variable.

3º Las cláusulas suelos en el contrato de préstamo hipotecario

A. Ubicación en los contratos

Partiendo de su consideración de contratos en masa y que su contenido está redactado conforme a modelos estándar formulados por cada entidad bancaria que, aunque responden a distintos contratos tipo, tienen estructuras similares, las cláusulas suelo se localizan casi siempre dentro de las cláusulas financieras, más concretamente en la cláusula financiera tercera en la que se fijan los intereses ordinarios, unas veces de forma expresa con su propia denominación de cláusula suelo y otras, por el contrario, con diversas denominaciones referidas al cálculo del tipo de interés a modo de límites a su aplicación variable. De este modo, dichas cláusulas, de gran complejidad para aquellos que carecen de conocimientos financieros, se encuentran compuestas por numerosos apartados que regulan exhaustivamente todos los aspectos relativos a la dinámica y cálculo de los intereses, entre los que se pueden incluir, unas veces de manera expresa e independiente en epígrafes rotulados como “límites a la aplicación del tipo de interés”, “límite de la variabilidad del interés”, o “modificación del interés variable”, y otras ocultas o disimuladas entra las diversas cláusulas financieras.

⁸Artículo. 4.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece que «*los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, [...], serán los que se fijan libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación*».

B. Los intereses remuneratorios

B.1 Los índices de referencia

Los principales índices de referencia que utilizados hasta la fecha en las escrituras de préstamos hipotecarios son:

- Euribor (un año): Acrónimo de European Interbank Offered Rate, es la media aritmética simple de los tipos de interés aplicados a los préstamos de plazo superior a un año, concedidos por los bancos de la Federación Bancaria Europea durante el mes anterior a su publicación. Para su cálculo se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés estudiados y se realiza la media aritmética del resto de valores. El resultado se redondea al número de tres decimales más próximo al valor del promedio.

- IRPH:

- IRPH BANCOS: Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por los bancos. Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por el conjunto de bancos en el mes a que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes.

- IRPH CAJAS: Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por las cajas de ahorro. Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por el conjunto de cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes.

- CECA: Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro (indicador CECA, tipo activo). En el cálculo de este índice intervienen, los tipos de las cajas tanto los aplicados en operaciones de préstamo hipotecario a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, como los aplicados en las operaciones de préstamo personal de uno a tres años.

De estos tres tipos de índices, nos convendrá aplicar uno u otro teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

Se puede decir que el Euribor es un índice de referencia que históricamente ha estado por debajo de los otros índices, por lo que, sería un buen referente siempre y cuando el diferencial a aplicar se mantuviera en concordancia. Aunque, el Euribor es un índice que varía mucho por su volatilidad característica.

El índice CECA, es el más alto de todos, y está caracterizado por su escasa volatilidad, ya que no suele tener variaciones importantes.

En un punto intermedio entre el Euribor y CECA, podemos situar el IRPH, que se encuentra en unos tipos de interés más bajos que la CECA, pero más altos que el Euribor, y con una volatilidad más moderada que la CECA y algo más elevada que el Euribor.

Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España ha dejado de publicar los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: IRPH Bancos, IRPH Cajas y CECA.⁹

El tipo de referencia es trascendental a la hora de poder inclinarnos hacia una u otra oferta, pero más importante es aún el tipo diferencial que nos ofrece la entidad bancaria en nuestro préstamo hipotecario, ya que este supone la mayor o menor onerosidad del mismo.

B.2 El diferencial

El diferencial consiste en el interés añadido al índice de referencia aplicable por las entidades financieras en los préstamos hipotecarios.

Este supone la retribución o rentabilidad que obtiene la entidad financiera al prestar al cliente un dinero, que a su vez tomó prestado en el mercado interbancario.

Tipo de interés = Índice de referencia + Margen diferencial

Para finalizar este apartado, hacemos mención a que los índices de referencia oficiales son elaborados y publicados mensualmente por el Banco de España, siendo el índice más utilizado en los préstamos con garantía hipotecaria en España, el Euribor, tal y como se refleja en el Informe del Banco de España.

Sin embargo, el denominado margen diferencial o porcentaje fijo adicional, es fijado unilateralmente por las entidades bancarias, y dejan abierto un margen estrecho de negociación con el consumidor.

Es importante destacar, que el margen diferencial se establece en el principio de la negociación y perdura durante toda la vida del contrato.

El diferencial consiste en el interés añadido al índice de referencia aplicable por las entidades financieras en los préstamos hipotecarios.

⁹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; Disposición adicional décima quinta. Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia.

Este supone la retribución o rentabilidad que obtiene la entidad financiera al prestar al cliente un dinero, que a su vez tomó prestado en el mercado interbancario.

Tipo de interés = Índice de referencia + Margen diferencial.

Para finalizar este aparatado, haré mención a que los índices de referencia oficiales son elaborados y publicados mensualmente por el Banco de España, siendo el índice más utilizado en los préstamos con garantía hipotecaria en España, el Euribor, tal y como se refleja en el Informe del Banco de España.

Sin embargo, el denominado margen diferencial o porcentaje fijo adicional, es fijado unilateralmente por las entidades bancarias, y dejan abierto un margen estrecho de negociación con el consumidor.

Es importante destacar, que el margen diferencial se establece en el principio de la negociación y perdura durante toda la vida del contrato.

III. LA CLAÚSULA SUELO

1º Concepto

La cláusula suelo es un tipo de cláusulas contractuales que establece un mínimo a pagar en las cuotas de hipoteca inmobiliaria, que imposibilita a los hipotecados beneficiarse de la bajada del Euribor, a su vez limitan la caída de precio de coste de las hipotecas hasta un nivel determinado. Lo que quiere decir que el préstamo que contrates como variable se convierte en variable al alza, pero fijo a la baja.

En general las hipotecas que se realizan ahora en España fijan un tipo de interés basado en un tipo de referencia, el Euribor, sumándole un diferencial que vendrá fijado por la entidad con la que efectúes el contrato de hipoteca.

Nos referimos a “suelo de la hipoteca” tanto a la fórmula o cláusula que implanta un porcentaje mínimo, el cual se va a aplicar, aunque el interés resultante de la suma del Euribor más el diferencial sea inferior, como aquella otra que establece un porcentaje mínimo al Euribor, aunque su valor en el mercado sea otro.

Hay ocasiones en que además del suelo, se aplica un techo en la hipoteca, cuya función en la misma que la cláusula suelo pero a la inversa, limita al alza el tipo de interés del préstamo, por lo que se trata de un máximo de intereses a pagar que normalmente es superior a los valores normales del mercado, (un préstamo puede tener un techo del 12,00% aunque el valor del Euribor nunca ha superado en España el 5,00%.)

Esta cláusula techo viene aplicada para proporcionar al consumidor una garantía de este producto bancario, como a su inversa, la cláusula suelo establece una garantía a la entidad bancaria para certificarse de un mínimo de intereses a percibir durante el contrato de hipoteca.

Los contratos que contemplan este interés mínimo, suelen situarlo entre el 3 %-5 %, funcionando de la siguiente manera¹⁰:

- Si el Euribor + diferencial = inferior al suelo, se aplica el interés suelo.
- Si el Euribor + diferencial = superior al suelo, se aplica Euribor + diferencial.

En definitiva, la entidad bancaria aplicará el interés más alto de los dos.

2º Implantación de la cláusula suelo

Podemos destacar dos procedimientos de aplicación de esta cláusula suelo:

El primer procedimiento, del cual voy a hablar, es en el que se fija un porcentaje mínimo para el referencial elegido, por lo que para calcular la cuota de intereses remuneratorios debemos añadirle a continuación el diferencial escogido, conocido como suelo hipotecario.

El segundo procedimiento, fija un mínimo, compuesto por el índice de referencia más el diferencial, por debajo del cual no puede sobrepasar el porcentaje total para el cálculo de la cuota de los intereses ordinarios; este procedimiento se presenta como el más beneficioso para el consumidor.

Finalmente, se puede observar que los beneficios que se producirían debido a las bajadas de los índices de referencia, nunca benefician al consumidor y si a las entidades bancarias, como consecuencia de la aplicación de este tipo de cláusulas a las que nos referimos en el trabajo¹¹.

A. Consecuencia social

De acuerdo con numerosos estudios publicados por las principales asociaciones de consumidores, la mayoría de los deudores afectados por cláusulas suelo han pagado,

¹⁰El informe jurídico ADICAE.: “Contestación al informe del Banco de España sobre cláusulas suelo”, octubre de 2010, que fijaba un tipo medio del suelo del 3,56%, así como un tipo medio del techo del 12,67%.

¹¹ADICAE. Calcula que la banca se lleva, de modo fraudulento, entre 4.000 y 5.000 millones de euros al año por las cláusulas suelo. “Esta mañana ha comenzado la vista de las medidas cautelares de la macro demanda colectiva de ADICAE contra las cláusulas suelo, en la que alrededor de 15.000 familias han demandado a 101 entidades de crédito. ADICAE espera que el juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid deje sin efecto las cláusulas suelo de las 15.000 familias inmersas en la demanda.”

aproximadamente, unos cuantos miles de euros de más a causa de la aplicación de dicha cláusula sin dejar de lado los innumerables casos de deudores hipotecarios que no han podido hacer frente al pago de sus cuotas y se han visto inmersos en ejecuciones hipotecarias.¹² Es a raíz de estos primeros procedimientos de ejecución hipotecaria cuando se plantea la problemática jurídica que exponemos a continuación.

IV. LA CLÁUSULA SUELO

1º Régimen jurídico

Tanto el legislador Estatal, como el Comunitario, con fin de atajar los perjuicios que ha causado esta tipo de contratación en masa en el marco de la crisis inmobiliaria, se han preocupado por regular estas situaciones, creando un nuevo marco legislativo que ha cambiado nuestra forma de entender el fenómeno de la contratación con la aparición del Derecho del consumo y de la competencia, tratando así de recuperar el correcto funcionamiento del mercado, como la posición de equilibrio de las partes contratantes, lo que ha provocado un cambio de espíritu de las normas promulgadas a partir de 2011.

En este sentido, podemos apreciar dos períodos bien diferenciados: el primero, comprendido por los años anteriores a la citada fecha, se caracteriza por contener en su mayoría normas cuya última finalidad era la de *conseguir “la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario»*; y el segundo, que abarca la etapa desde el 2011 hasta la actualidad, cuyos textos normativos se han centrado en la protección del deudor hipotecario, reforzando así *«la transparencia e información para incrementar las vías que eviten la ejecución hipotecaria»*¹³

En este sentido, debemos indicar que los principales textos jurídicos aplicables el tema que nos ocupa, por orden de promulgación, son los siguientes:

- Orden de 12 de diciembre de 1989 reguladora de los tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).

¹²Blanco García, Ana Isabel.: “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº7/2013, p.195 y siguientes de la misma, en el que se recoge al comienzo del mismo una magnífica exposición de la actual crisis económica, sus desencadenantes y su posterior repercusión en las economías domésticas, haciendo especial referencia a su impacto en los consumidores bancarios que han acabado sufriendo las famosas ejecuciones hipotecarias.

¹³Alcalá Díaz, M.A.: *La protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, p. 19 y siguientes.

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva CE 93/13).
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).
- Ley 2/2001 de 4 de marzo de economía sostenible: Autoriza al gobierno a dictar las normas que garanticen un nivel de protección adecuado para los usuarios de servicios financieros.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- 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).
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Directiva 2014/17/UE de 4 de Febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Los mencionados textos normativos, junto con la Jurisprudencia recogida por nuestro Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Supremo, así como la de las Audiencias Provinciales, formarán la base de la normativa jurídica.

V. CLÁUSULA SUELO COMO:

1º Contenido esencial del contrato

Todo contrato ha de reunir una serie de requisitos o elementos considerados esenciales o necesarios, como parte mínima o necesaria de todo contrato jurídico, sin los cuales no podría existir el mismo. El art. 1261 del CC establece como elementos esenciales del contrato al “*objeto cierto que sea materia del contrato*”, a “*la causa de la obligación*”, así como al “*perfecto consentimiento*” de las partes contratantes, el cual debe recaer válidamente sobre los elementos anteriores, ya que si el mismo se encontrase viciado por alguna causa de invalidez (a saber, error, violencia, intimidación o dolo, todos ellos en sus múltiples modalidades) se declararía la nulidad de los citados elementos, con la consecuencia de que el contrato en su conjunto fuera declarado nulo por carecer de sus requisitos esenciales.

En contraposición al contenido esencial o necesario de los contratos existe el contenido que, por no ser “esencial”, se denomina “contenido contingente” o “accidental”. Este contenido se refiere a las disposiciones contractuales que no definen el núcleo del contrato, estableciendo aspectos adicionales o complementarios, cuya finalidad es delimitar o establecer cuestiones y obligaciones accesorias a las principales. Es en este tipo de contenido donde podemos incluir las cláusulas suelo, ya que su incorporación en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria no es obligatoria y más bien opcional.

La calificación como elemento esencial, o bien accesorio, es trascendental a la hora de estudiar los efectos de la nulidad de las cláusulas: por cuanto que la declaración de nulidad sobre cláusulas que regulen elementos esenciales del contrato conlleva la nulidad *ope legis* del mismo y, en cambio, la nulidad de elementos accidentales o accesorios del contrato conlleva la nulidad parcial del contrato, subsistiendo el resto del mismo¹⁴

¹⁴Artículo 1108 del CC, que establece el interés legal del dinero como el interés a aplicar en las indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de la constitución en mora de los deudores, para aquellos casos en los que no se hubiera convenido. El mismo sería de aplicación supletoria ante la nulidad de un pacto de intereses remuneratorios, siempre que no estemos ante un caso que se encuentre dentro del ámbito de la protección al consumidor.

2º Objeto principal del contrato

Hemos de distinguir entre elementos esenciales del contrato y “elementos principales del contrato” que son aquellos que delimitan el objeto principal del contrato. Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en su Fundamento Jurídico décimo, establece que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato, “*al formar parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario*», ya que «*cumplen una función definitoria o descriptiva esencial*”. Al influir la cláusula suelo en la formación del precio o interés es por lo que se debe considerar contenido principal del contrato ya que todo aquello que contribuya a la definición de los elementos principales del contrato forma parte de ellos.

Otra tesis que se contrapone a la anterior es la que establece como criterio diferenciador, entre cláusulas principales y accesorias, el de “determinación directa e imprescindible del contenido esencial del contrato”, por lo que entienden que las cláusulas suelo carecen de la citada característica porque las mismas no operan siempre en el cálculo del precio, sino que dependen del presupuesto de hecho de que bajen los tipos de interés por debajo de un límite establecido, lo que implica que no siempre repercuten en el contrato por su eventual aplicación.

Esta distinción es importante a la hora de realizar el juicio de abusividad sobre la cláusula suelo, ya que el mismo se ha puesto en tela de juicio debido a lo establecido en el artículo 4.2 de la Directiva CE 93/13, que indica que “*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”.

De las tesis expuestas podemos concluir que la distinción entre elementos esenciales y accesorios del contrato es de gran complejidad, destacando las tesis sostenidas por CORDERO LOBATO, ENCARNA., Y CARRASCO PERERA, ANGEL., que defiende la innecesariedad de la distinción entre el contenido principal del contrato y el clausulado general del mismo, ya que, en palabras de la citada autora, “*es tan elevado el coste de distinguir entre lo esencial y lo accesorio y sus resultados son tan inciertos e incontrastables, que la misma distinción resulta una tarea estéril*”, ya que, entiende que

dicha distinción carece de repercusiones prácticas a la hora de realizar el juicio de abusividad.¹⁵

V. CLAUSULAS SUELO COMO CLAUSULA ABUSIVA

1. Definición cláusulas abusivas

La propia Ley de defensa de consumidores y Usuarios define las cláusulas abusivas como: “aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.¹⁶

Este contenido será analizado tanto desde el punto de vista jurisprudencial como doctrinal. Desde un punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 es claro, ya que considera a la cláusula suelo como una condición general de la contratación válida y no abusiva. Debido a que responde a las necesidades del mercado crediticio, para asegurar la producción de un rendimiento mínimo como consecuencia del esfuerzo soportado por el banco al conceder al cliente la financiación solicitada.

En nuestra jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 30 de junio de 2015, en su sala de lo civil, hace un control de la abusividad de las cláusulas suelo desde dos parámetros o puntos de vista.

En un primer lugar hace un control por desequilibrio económico entre las partes, confrontando la cláusula suelo con la cláusula techo, y califica la cláusula como abusiva si no se produce un equilibrio entre dichas cláusulas en perjuicio del consumidor, pero sin embargo, considera que no existe ninguna previsión legal que pueda declarar la nulidad de una cláusula suelo por desequilibrio de las prestaciones.

En un segundo lugar, controla la abusividad desde el punto de vista de la transparencia, considerando abusiva una cláusula si adolece de tal defecto y concluyendo la sentencia que, además de abusiva, puede ser objeto de nulidad, si se aprecia el defecto denunciado de transparencia.

¹⁵Carrasco Perera, A.; y Cordero Lobato, E.: “El espurio control de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº7, 2013, p.165 y siguientes.

¹⁶Artículo 82 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Y desde el punto de vista doctrinal para YANES Y YANES, P.,¹⁷ las cláusulas suelo no son contrarias a la buena fe, ya que el fundamento de estas no se basa en obtener un perjuicio del consumidor en beneficio de la entidad, sino que se basa en la necesidad de resarcir determinados costes financieros propios de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, asegurando cobrar las cantidades mínimas que debe recibir el banco para no tener pérdidas ante las bajadas del tipo de interés, abaratando así el coste del préstamo.

2º El control de abusividad de la cláusula suelo.

El desarrollo del estudio de este control lo trataré desde aquellas cuestiones que doctrinalmente tienen mayor influencia en la calificación de una cláusula suelo como abusiva: el control de los Notarios y Registradores y el control de los tribunales de justicia que viene reflejado en la tan mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

A. Papel de los Notarios y Registradores de la Propiedad.

El art. 84 del TRLGDCU establece la prohibición de autorizar e inscribir cláusulas abusivas declaradas nulas por autoridad judicial, e inscritas posteriormente en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, función ésta que es encomendada a Notarios y Registradores. Ello se traduce en el deber de informar pormenorizadamente a los adherentes sobre las cláusulas contenidas en los contratos que autorizan y de los efectos que comportan, tal como se establece en los arts. 81.2 del TRLGDCU¹⁸ y 23.2 de la LCGC¹⁹.

Un segundo control que realizan estos funcionarios, es el control previo sobre la legalidad de las condiciones generales de la contratación, que incide especialmente

¹⁷ Yanes y Yanes, P., "El control en la cláusula suelo", El notario del siglo XXI, nº 56, julio 2014.

¹⁸ Artículo 81 TRLGDCU Aprobación e información

2. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia.

¹⁹ 23.2 de la LCGC: Impone a los Notarios la obligación de velar por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de la Ley, cabría pensar que la firma del predisponente para la incorporación es exigible al momento mismo del otorgamiento, sin embargo, el Notario autorizante, nada dice al respecto. Ello encuentra justificación seguramente en la consideración de que sería absurdo admitir la inscripción de una hipoteca sin el consentimiento del acreedor y, sin embargo, no admitir el otorgamiento unilateral por el adherente de la escritura que resulta presupuesto ineludible de esa inscripción.

sobre los elementos formales de los contratos que autoricen e inscriban, tal como se recoge en el artículo 84 del TRLGDCU.

B. control de oficio.

El Fundamento Jurídico sexto de la STS de 9 de mayo de 2013, siguiendo la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE, señala que los Tribunales pueden realizar de oficio el control de abusividad de las cláusulas abusivas aplicando para ello la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que establece la obligación de los jueces españoles, como jueces de la Unión Europea, de controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos que estuviesen conociendo.

Según la jurisprudencia del TJUE, el control de oficio por parte de los Tribunales debe realizarse:

a) “Desde el momento en que el juez disponga de todos los elementos de hecho y de derecho necesarios» para poder llevarlo a cabo (STJUE de 14 de junio de 2012).

b) Sin necesidad de que sea requerido por el consumidor, pero nunca en contra de su voluntad (las SSTJUE de 4 de junio de 2006 y 6 de octubre de 2009).

c) Respetando el principio de contradicción. El juez está obligado tras haber «comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria”, (STJUE de 21 de febrero de 2013).

Finalmente, destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez a acordar la práctica de la prueba, si ello fuera necesario para su posterior juicio de abusividad (STJUE de 14 de marzo de 2013).

C. Control de contenido.

Este control, se fundamenta en el art. 80.1.c) del TRLGDCU, que exige como requisito de validez de las cláusulas no negociadas individualmente la “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”. Con ello se impone la obligación de analizar si las cláusulas que contienen condiciones generales de la contratación producen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones jurídicas de las partes, en perjuicio del consumidor, lo que comportaría su nulidad de pleno derecho (art. 83 del TRLGDC)²⁰.

²⁰Artículo 83 TRLGDC. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa

Antes de la STS de 9 de mayo de 2013 los tribunales enjuiciaban la abusividad de la cláusula suelo desde la perspectiva del control de contenido, dando lugar a varias interpretaciones, resolviendo el Tribunal Supremo toda discusión al fijar las siguientes directrices:

a) Se establece la posibilidad de que las cláusulas de un contrato unilateral puedan ser declaradas abusivas en sentido estricto, ya que el control de contenido se basa en el análisis del “conjunto de derechos y obligaciones” de naturaleza jurídica, y no en la constatación de la justa reciprocidad de las prestaciones económicas o materiales de las partes.

b) Se reconoce el carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo.

c) Se incluye a las cláusulas suelo como elementos que forman parte del objeto principal del contrato.

Con estas premisas, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, llega a la siguiente conclusión, seguida de manera casi unánime por la doctrina:

“El hecho de que la cláusula suelo constituya parte del objeto principal del contrato determina, como norma general, la imposibilidad de analizar el carácter abusivo, en sentido estricto. Aseveración que se fundamenta en el art. 82 del TRLGDCU, que sujeta el control de abusividad al contenido normativo del contrato, esto es, al que regula los derechos y obligaciones jurídicas de las partes, dejando fuera del mismo el contenido relativo a la fijación del precio de acuerdo con lo prescrito por él, en aplicación del art. 4.2 de la Directiva CE 93/13, el cual establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. De esta manera se respetan los principios de liberalización de precios y libertad de empresa que proclama nuestra Constitución, en su artículo 38.²¹

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.

²¹Artículo 38 CE. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

D. Control de transparencia.

El control de transparencia, se basa en la interpretación a sensu contrario del art. 4.2 de la Directiva CE 93/12, el cual establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución [...], siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Así pues, las cláusulas generales que delimiten el objeto principal del contrato, para que no sean declaradas abusivas, han de tener una redacción clara y comprensible, por lo que han de pasar por el doble control de transparencia que indico a continuación:

1º El “control de **transparencia formal**” o “de transparencia documental”. Estas cláusulas se encuentran rígidamente reguladas por la Orden EHA/2899/2011 y han de cumplir rigurosamente con el procedimiento que la misma establece y que se concreta en los siguientes puntos:

I- Entrega al solicitante del préstamo de un folleto informativo.²²

II- Entrega de la oferta vinculante que incluya las condiciones financieras.

III- Posibilidad de examinar la escritura pública de préstamo por el prestatario durante los tres días anteriores a la firma.

IV- Formalización del préstamo en escritura pública que ha de ser examinada e informada al prestatario por el Notario autorizante.²³

V- Control de incorporación al contrato, recogido en los art. 5.5²⁴ y 7²⁵ de la LCGC que establecen la ya citada obligación de redacción clara, concisa, sencilla,

²² El folleto informativo es un documento que las entidades financieras están obligadas a tener a disposición del consumidor, de manera que pueda comparar varias ofertas de préstamos con solicitar los folletos informativos de varios bancos.

La Ley regula qué entidades están obligadas a tener este folleto informativo, y el contenido de este folleto informativo, el cual debe ser el mismo para todas las entidades, de manera que se haga más fácil al consumidor poder elegir bien por la simple comparación de los distintos folletos de varios bancos o cajas.

²³ Artículo 7 Acto de otorgamiento , OM 5 de Mayo de 1994

3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:

2.º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

²⁴ Artículo 5 LCGC. Requisitos de incorporación.

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

²⁵ Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

transparente y comprensible de las cláusulas prerredactas, así como la obligación de ofrecer al adherente la posibilidad real de conocer completamente las mismas.

Cumplidos estos requisitos el Tribunal puede considerar superado un primer control de transparencia que se ha de practicar independientemente de que los intervinientes sean consumidores o empresarios. Ahora bien, si los intervinientes son sólo consumidores ha de añadirse el control establecido en el artículo 80.1.b) del TRLGDCU, consistente en que «la redacción de la cláusula no presente una especial complejidad²⁶ que dificulte, por sí misma, la comprensión», así como el nuevo requisito establecido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en relación al tamaño de letra y al formato del soporte material que la recoja.

2º En segundo lugar, cuando intervengan los consumidores como parte en los contratos, el Tribunal Supremo, además del control de transparencia documental, que por sí sólo no considera suficiente, establece el “**control de transparencia material**” o de “comprensibilidad real” para poder así considerar que las cláusulas han cubierto los requisitos de transparencia del art. 4.2 de la ya mencionada Directiva europea.

Ello supone que hay que analizar si el consumidor comprende y conoce la carga económica que asume en el contrato, la onerosidad económica que le supone, así como la carga jurídica que implica y si considera a la cláusula suelo como parte del objeto principal del contrato, todo ello de acuerdo con los requerimientos recogidos en el art. 80.1.a) y b) del TRLGDCU. Por ello, aunque las cláusulas suelo hayan superado un primer control, el Tribunal Supremo considera que no superan este segundo control debido al tratamiento secundario que las entidades financiera dan a las mismas.

Ahora, podemos enumerar los motivos que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta para considerar las cláusulas suelo como engañosas y que vienen recogidos en su tan meritado fallo:

“La falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitivo del objeto principal del contrato.

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.

²⁶DIALNET.: “El control de las condiciones generales de contratación”. Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 6. 2013.

La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

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

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

Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.”

Nuestros Tribunales, siguiendo las directrices anteriores, ya han aplicado este segundo control de la abusividad en varias sentencias, entre las que mencionamos la SJM de Jaén, de 2 de julio de 2014; la SAP de Ciudad Real, Sección Primera, de 4 de julio de 2014; o a la SAP de Córdoba, de 18 de junio de 2013. Esta última tiene la peculiaridad que aplica también este segundo control en un contrato celebrado entre intervinientes no consumidores.²⁷

Podemos concluir que para el Tribunal Supremo, como recoge en su resolución, la consecuencia jurídica directa de la falta de transparencia de la cláusula suelo es un carácter abusivo por ser contraria a la buena fe, al no haberse comunicado al consumidor la información necesaria para que él pudiera contratar sabiendo lo que estaba adquiriendo, ya que es un hecho sabido que, para el consumidor, no era en absoluto predecible que el contrato que había firmado contuviera una cláusula que convirtiese su préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo, variable exclusivamente al alza.

²⁷Se puede aplicar a todo tipo de contratos, y no solo a los que se encuentren dentro del ámbito de protección del TRLGDCU.

VI. LA OFERTA VINCULANTE

1º La oferta vinculante, concepto

A continuación hablaremos de la oferta vinculante ya que es un documento en el que se recoge las condiciones financieras del préstamo hipotecario y que las entidades de crédito tienen obligación de entregar al cliente.

Su validez no puede ser inferior a diez días hábiles a partir de su fecha de entrega.

Se fijan tres fechas de importante relevancia en el ciclo de la oferta vinculante, las cuales voy a desarrollar a continuación:

Hasta 2007, esta oferta vinculante, en el caso de que sea obligatoria tenía que estar firmada por el cliente con un mínimo de tres días anteriores a la firma de la hipoteca, y sería obligatoria en los casos de nuevas hipotecas con límite de 150.253,03 euros.²⁸

Desde el 8 de diciembre de 2007 para hipotecas de cualquier cuantía se debería proporcionar la oferta vinculante.²⁹

Sin embargo, la obligatoriedad de firma de los 3 días referidos anteriormente (Orden Ministerial de Mayo de 1994) sigue estando vigente para las hipotecas con límite de 150.253,03 euros.

Es obligatoria como he comentado anteriormente, cuando se dé el caso de subrogación de hipoteca con novación, sin embargo no es así cuando hay una subrogación de la hipoteca existente, sin novación.

A partir del 29 de Julio de 2012 deja de ser obligatoria la oferta vinculante aunque el cliente si puede pedirla.³⁰

Es importante, porque si no se firma esta oferta vinculante y tenía carácter obligatorio para nuestra hipoteca, el Banco ha incumplido la ley, por lo que nos facilitará la eliminación de la cláusula suelo.

²⁸Orden Ministerial de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios

²⁹Ley 41/2007, de 7 de Diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, BOE del 8 de diciembre de 2007

³⁰28 de Octubre de 2011 se publicó la Orden EHA/2899/2011 que derogada la Orden Ministerial de Mayo de 1994

VII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO.

1º Efectos

La declaración de una cláusula como abusiva por los Tribunales de Justicia puede llevar aparejados dos efectos bien diferenciados. Uno de ellos es la nulidad de la cláusula en cuestión y otro el alcance en la aplicación de esa declaración, esto es, la devolución de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la citada cláusula abusiva.

A. Nulidad.

El primero de los efectos es la nulidad parcial del contrato que, en virtud del principio de conservación de los contratos, hace que queden subsistentes el resto de cláusulas del contrato hipotecario. Esta nulidad parcial hoy en día se aplica *ope legis* y, al entender que la cláusula suelo no es un elemento esencial del contrato, la misma se tiene por no puesta, conservando el resto del contrato ya que se mantiene tanto el objeto como la causa principal del mismo.

Este efecto viene avalado por la STJUE de 14 de junio de 2012, que establece la obligatoriedad de la eliminación de la cláusula abusiva, y la no posibilidad de su integración, modificación o sustitución de la misma por parte de los Tribunales. Esta resolución tiene su fundamento en la Directiva CE 93/13, en su artículo 6.1³¹. Para el Tribunal la nulidad, además de desplegar un efecto de equilibrio entre las partes, supone un efecto disuasorio o sancionador para las entidades financieras, debido a que les obliga a ajustar la legalidad de las cláusulas, so pena de declararlas nulas y sin posibilidad de integración por parte de los Tribunales, con los consiguientes perjuicios económicos.

Fruto de la asunción de esta tesis del TJUE por nuestro ordenamiento, ya acogida en la STS de 9 de mayo de 2013, es la promulgación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la cual recoge, en el apartado veintisiete del artículo único, el art. 83.2 del TRLGDCU en su nueva redacción: “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el

³¹ Directiva CE 93/13, art. 6.1: «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

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”.

B. Alcance de la aplicación de la nulidad. Devolución cantidades indebidamente cobradas.

Este segundo efecto de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo declaradas abusivas es el que ha causado más discusión en la doctrina y en la Jurisprudencia.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo 2013, establece la irretroactividad o efecto *ex tunc* de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, lo que supone la devolución de las cantidades indebidamente pagadas a partir de la fecha de dicha sentencia, negando los efectos *ex nunc*, o lo que supone la devolución desde que se firmó el contrato de préstamo, aduciendo para ello razones de “orden público económico”, debido a la gran cantidad de préstamos hipotecarios existentes y afectados por la citada cláusula suelo y el gran perjuicio económico que se causaría a los bancos prestamistas. Justifica el TS su decisión en la seguridad jurídica y presupone la buena fe, ya que las cláusulas suelo per se son lícitas y su declaración de nulidad no deviene de su contenido, si no de la falta de transparencia.

Esta resolución es criticada fuertemente por la doctrina, AZPARREN LUCAS, A.,³² Y GARCÍA MONTORO, E.,³³ que niega la presunción de buena fe de las entidades financiera, ya que el mismo TS reconoce en su sentencia el carácter engañoso y oscuro de las citadas cláusulas bancarias en su apartado del control de doble transparencia. También se critica por la doctrina la alusión al orden público económico, ya que en realidad los que han salido perjudicados han sido decenas de miles de consumidores y no las entidades financieras que podían asumir perfectamente las pérdidas por aplicación de un efecto *ex nunc* de la sentencia.

Otro sector doctrinal, CORDERO LOBATO, E.,³⁴ sostiene que esta resolución es contraria a los principios recogidos en la jurisprudencia europea, ya que el TJUE ha indicado en numerosas ocasiones que las cláusulas abusivas deben de ser eliminadas sin más, para

³²Azparren Lucas A., “Protección de lo consumidores contratos bancarios: especial referencia a la cláusula suelo”, Revista Jurídica, nº 30, julio 2013, páginas 65 y siguientes.

³³García Montoro E., “Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 6, 2013, páginas 300 y siguientes.

³⁴Cordero Lobato E., “Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 6, 2013, páginas 129 y siguientes.

cumplir así con el espíritu de la Directiva CE 93/13, lo que es incompatible con la aplicación *ex tunc* y no *ex nunc* de la sentencia.

A raíz de la publicación de esta STS de 9 de mayo de 2013, la jurisprudencia está dividida en dos corrientes:

En favor de la sentencia de 9 de mayo de 2013: La corriente minoritaria se refiere a aquellas sentencias que declaran la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, como la SJM número 1 de Pamplona, de 4 de abril de 2014, la SJM número 1 de Granada, de 15 de mayo de 2013, la SAP de Cáceres, de 18 de junio de 2013, o la SAP de Córdoba, de misma fecha que la anterior, que niega el carácter retroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo en su Fundamento Jurídico décimo, al establecer que «como quiera que estamos siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (con las salvedades ya expuestas), no podemos hacerlo solamente en una parte y no en su conjunto; por lo que no podemos desconocer que dicha resolución ha declarado que no procede la restitución de las cantidades ya abonadas».

En contra de la sentencia de 9 de mayo de 2013, o corriente mayoritaria que, acogiendo la retroactividad de la nulidad en base a los siguientes motivos:

En primer lugar, las sentencias que aplican la primacía de la ley frente a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, prioridad establecida por el sistema de fuentes del Derecho regulado en el art. 1 del Código Civil (cumpliendo así con el deber inexcusable establecido en el artículo 1.7 del mismo texto legal), como la SJM de Jaén, de 2 de julio de 2014, que condenaba a la entidad Cajasur SAU a la “devolución a los prestatarios de 10.000'90 euros, con sus intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la demanda” así como a «devolver a los prestatarios todas aquéllas cantidades que éstos vayan pagando de más por la aplicación de las referidas cláusulas suelo más intereses hasta la ejecución definitiva de la sentencia».

En segundo lugar, las sentencias que se fundamentan en la alegación de la inexistencia de razones de seguridad jurídica o de orden público por no encontrarse ante una acción colectiva de cesación, como el AJPI número 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013, al razonar que «en el presente caso no se aprecian, ello obstatante, razones de seguridad jurídica o de orden público económico para excluir el efecto [...] restitutorio [...] por ello que lógicamente procederá la restitución al deudor de todas las cantidades que se le hayan cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada nula».

En tercer lugar, sentencias que aplican el principio de prioridad del Derecho Comunitario, como recoge acertadamente la SJM número 10 de Barcelona, de 7 de

junio de 2013, que, además de alegar la causa anterior, refuerza la aplicación de la retroactividad de la nulidad con el argumento de que “la declaración de nulidad de la cláusula supone la devolución a los actores de la cantidad de 16.147,46 Euros, pagada por la aplicación de la cláusula, así como de las cantidades que se devenguen, al amparo del Artículo 1.303 del Código Civil y de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de marzo de 2013”, recogido en el Fundamento Jurídico quinto de la misma.

En mi opinión, la retroactividad de la nulidad de la cláusulas suelo se ha de proyectar sobre toda la vida del contrato, es decir, los efectos de la nulidad declarada se producen *ex nunc*, o desde que la cláusula produce sus efectos, sin más limitación que la salvaguarda de la cosa juzgada, o aquellos casos concretos sobre los que los tribunales ya se hayan pronunciado en este aspecto. En este sentido se ha pronunciado la Comisión Europea en su informe de 13 de julio de 2015 que contiene las alegaciones presentadas ante el TJUE sobre la retroactividad de la devolución de las cantidades cobradas de más por los bancos en aplicación de las cláusulas suelo tras la **cuestión prejudicial planteada** por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, presentada en abril de 2015. Entre sus alegaciones, señala "no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ha pagado el consumidor y a la que está obligado el profesional, en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia". Es el TJUE quien dirime ahora sobre la legalidad de esta decisión del TS, y si es contraria a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

VIII. CONCLUSIONES

Tras realizar este estudio de las cláusulas suelo, en los apartados anteriores me planteo varias reflexiones y obtengo las siguientes conclusiones que voy a desarrollar a continuación:

I. NO ES ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO: El contrato de préstamo hipotecario no precisa de la inclusión de la cláusula suelo para afirmar su validez. Puede contenerla o no y, caso de su inclusión, si se declarara nula no afectaría a la totalidad del contrato sino sólo a su concreta aplicación, permaneciendo íntegro el resto del contrato *por mor* del principio *favor contractus*.

II. NO ES OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO, aunque la haya descrito como tal el Tribunal Supremo en su meritada sentencia de 9 de mayo de 2013, ya que su eventual aplicación queda supeditada a la bajada del índice de referencia, por lo que es una cláusula accesorio.

III. Participa en su concepción como CLAUSULA GENERAL DE LA CONTRATACION dentro de los contratos de adhesión por sus características de potestatividad, puede ser incluida o no dentro del contrato de préstamo hipotecario, prerredacción e imposición por la entidad financiera y generalidad, ya que se encuentra recogida en la gran mayoría de los contratos de préstamo hipotecario.

IV. ES PERFECTAMENTE VALIDA si supera el doble control de transparencia o juicio de abusividad, que ha de aplicarse tanto a los contratos con particulares como con empresarios o profesionales. Este control está reconocido por el Tribunal de justicia de la Unión Europea como por nuestra jurisprudencia y ha de realizarse de oficio, como obligación y no potestad, por los tribunales, ante cualquier tipo de proceso, para salvaguardar así los intereses de los consumidores. La no superación de este doble control y su declaración de cláusula abusiva implica la nulidad de la misma *ope legis*, no sólo como sanción sino también como método disuasorio de las malas prácticas.

V. IRETROACTIVIDAD de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo. Aunque es cierto que nuestro Tribunal Supremo ha dictaminado su irretroactividad en la tan mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013, es más cierto que nuestra jurisprudencia

menor de Audiencias y Juzgados va reconociendo la retroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo con la consecuencia obligada de devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde la firma del contrato, ya que la nulidad de dichas cláusulas se produce con efectos *ex nunc* y no *ex tunc*, poniendo en tela de juicio la buena fe de las entidades bancarias por su obscurantismo a la hora de incluir tales cláusulas, como negando la perturbación del orden público económico que nunca ha sido demostrada y reconociendo que el aseguramiento de la rentabilidad o retribución del negocio ya viene garantizada por el establecimiento en los contratos de un interés diferencial, lo que hace considerar de innecesaria la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN GARCÍA, A.M.: *Los contratos: aspectos civiles y registrales*. Curso Aula Civil. 2º edición. Centro de estudios. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

ALCALÁ DÍAZ, M.A.: *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*. Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, Dykinson S.L.

ALCALÁ DÍAZ, M.A.: *La protección del deudor hipotecario*. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.

AZPARREN LUCAS A.: “Protección de los consumidores contratos bancarios: especial referencia a la cláusula suelo”, *Revista Jurídica*, nº 30, julio 2013.

BLANCO GARCÍA, A.I.: “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013.

BLASCO GASCÓ, F.P.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.

CADENAS DE GEA, CATALINA., PAREJA SÁNCHEZ, MARINA., Y CASASOLA DÍAZ JOSÉ.: “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por dónde pisa”, *DIALNET*, nº 9, 2013.

CARRASCO PERERA, A., Y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº7, 2013.

CORDERO LOBATO E.: “Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013.

GARCÍA GIL, JAVIER., Y GARCIA GIL, MIGUEL.: *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*, Editorial DAPP. 2º edición.

GARCÍA MONTORO E.: “Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 6, 2013.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de Mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº6, 2013.

GONZÁLEZ CARRASCO M.C.: “La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014)”. Centro de Estudios de Consumo. 6 de noviembre 2014.

Disponible <[http://www.uclm.es/centro/cesco.notas_jurisprudenciales]>

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO.: *Estudios de derecho hipotecario y civil* Tomo I. Civitas. Thomson Reuters. PRÓLOGOS: PAU PEDRÓN ANTONIO - CASTÁN TOBEÑAS JOSÉ.

WWW.INFODERECHOCIVIL.ES. Disponible

<[<http://www.infoderechocivil.es/2014/07/registro-propiedad-principioshipotecarios.html>] >

[Consulta: 1-11-2015]

MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y crédito*, Editorial Reus, marzo 2012.

O'CALLAGHAN, JAVIER.: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III, (Derechos reales e hipotecario). Lección 16^a, Editorial Dijusa.

ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Y BERNÁ I XIRGO, J.: *Derecho Hipotecario*, Tomo IX, Bosch. Barcelona, 2009.

YANES Y YANES, P.:” El control en la cláusula suelo”, *El notario del siglo XXI*, nº 56, julio 2014.

ANEXO I.

EN EL PRESENTE ANEXO SE RECOGE UNA **DEMANDA**:

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA

X. Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don D (9594106-D) y de su esposa doña M. (9474736-L), mayores de edad, vecinos de Oviedo, con domicilio en Arguelles 4, según poder apud-acta que se otorgará una vez sean requeridos, y actuando bajo la dirección letrada de don M. colegiado ICA Oviedo 3306, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda, DIGO:

Que, en la indicada representación y siguiendo expresas órdenes de mis mandantes, formulo DEMANDA A JUICIO ORDINARIO contra:

-BANCO ESPAÑOL, SOCIEDAD ANÓNIMA (A-33-06527), domiciliada en Madrid, C/ Orense, número 34.

Fundo la demanda sobre la base de los siguientes **HECHOS**:

PRIMERO.- Mis mandantes suscribieron, como parte prestataria, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria ante el Notario de Oviedo, don L, el día 11 de diciembre de 2007, al número 2.238 de su protocolo (documento nº1), en el cual la entidad demandada BANCO ESPAÑOL, SOCIEDAD ANÓNIMA actuaba como parte prestamista.

El importe del préstamo ascendió a 120.000,00€, que los prestatarios recibieron con carácter solidario, y se pactó con una duración de treinta años.

La garantía hipotecaria recayó sobre la vivienda propiedad D, inscrita en el Registro de la Propiedad de Pola de Siero, al Tomo 743, Libro 634, Folio 121, Finca nº 12.583.

El tipo de interés aplicable anualmente, a partir del 4 de mayo de 2008 (hasta entonces se aplicó un tipo fijo del 5'075%), se pactó en un tipo variable resultante de la adición de 0,90 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia (EURIBOR), si bien dicho diferencial se reduciría según las tasas de bonificación A y B en 0,20 y 0,45 puntos porcentuales respectivamente para el supuesto de que mis mandantes mantengan uno de los paquetes de productos y/o servicios en la entidad demandada. En consecuencia, el tipo de interés aplicable al préstamo quedó definitivamente establecido en una variable de EURIBOR más 0,90 puntos, revisable anualmente.

No obstante el carácter variable del tipo de interés, BANCO ESPAÑOL, impuso subrepticamente a los prestatarios una cláusula que establecía unos límites a la

variación del tipo de interés (cláusula financiera tercera .3 y .4), según la cual “los límites a la variación del tipo de interés se establecen en un máximo del 9,547% y mínimo del CUATRO POR CIENTO (4%)”, límites que de forma coloquial se conocen como “cláusula techo” y “cláusula suelo”, respectivamente.

SEGUNDO.- Con base en la minuta aportada al Notario por Banco Español, se confeccionó la Escritura Pública, de acuerdo con sus condiciones generales de contratación, impuestas por la Banco Español, sin que los prestatarios tuviesen intervención alguna en ello.

Mis mandantes acudieron el día 11 de diciembre de 2007 a la Notaría indicada por el banco, en el convencimiento de que iban a suscribir un préstamo con un tipo de interés variable, que les permitiría beneficiarse en su caso de las bajadas del tipo de referencia. Como ya se dijo, en ningún momento fueron advertidos de la inclusión de una cláusula de limitación del interés, ni lógicamente informados sobre la trascendencia económica que iba a tener la “cláusula suelo” sobre la vida del contrato, hasta el punto de transformar -como a continuación se verá- el préstamo en uno de interés fijo, en perjuicio suyo. La cláusula aparece enmascarada entre otras muchas, insertada en una maraña de datos relativo a los intereses y comisiones, ubicada en un lugar totalmente secundario del contrato, como si se tratase de una circunstancia marginal, de importancia secundaria, cuando, se reitera, resulta determinante en la economía del contrato.

Además, como se puede ver en la póliza, la “cláusula suelo”, fijada en el 4,00% anual aparece junto con una “cláusula techo” fijada en el 9,547% anual(!), como aparente contraprestación a la misma: evidentemente, se trata de un señuelo, toda vez que resulta irreal que el tipo de interés pueda alcanzar dicha cifra. En ningún caso fueron advertidos expresamente por el Notario de la gran divergencia de las limitaciones del tipo de interés a la baja y a la alta.

Tampoco les fue mostrada a mis mandantes simulaciones de diversos escenarios en relación al comportamiento razonablemente previsible de interés en el momento de suscribir la póliza, ni se les proporcionó información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

Incluso las rebajas del diferencial como consecuencia de la contratación de paquetes de productos/servicios responden al mismo objetivo de desenfocar la atención del consumidor de la “cláusula suelo”, reforzando la idea de que el préstamo era de interés variable. Obviamente, el efecto de la “cláusula suelo” ha sido tan determinante que la contratación de dichos paquetes no ha tenido efecto ninguno en la cantidad a abonar.

TERCERO.- No fue sino al aplicar Banco Español por vez primera la “cláusula suelo” (año 2009, coincidiendo con la caída del Euríbor) cuando mis mandantes repararon por vez primera en su existencia.

Una vez detectada, se pidieron explicaciones al Director de la Oficina, sin obtener resultado satisfactorio. Por ello, debidamente asesorados, remitieron una carta el día 16 de septiembre de 2013 al Sr. Director de Banco Español, denunciando la inclusión fraudulenta de dicha cláusula y solicitando su anulación.

Se acompaña como documento nº1 carta presentada al Sr. Director de Banco Español, sin obtener respuesta.

CUARTO.- Al margen del primer año de vigencia del préstamo, en el cual se había pactado un tipo fijo (5,075%), desde que el préstamo pasó a ser de tipo variable -el día 4 de Mayo de 2008- siempre ha operado la cláusula suelo, a excepción del primer año.

En el siguiente cuadro podemos comprobar que, salvo ese primer año, el tipo de interés aplicable como consecuencia de las correspondientes revisiones del tipo de referencia (suma de EURIBOR+0,40 puntos) siempre fue inferior al 4,00% fijado como cláusula suelo:

Año	Cláusula suelo (Euribor + 0,90)
2008	4% (5,075+0,90)= 5,075%
2009	4% (1,909%+0,90)= 2,809%
2010	4% (1,215%+0,90)=2,115 %
2011	4% (1,924 %+0,90)=2,824%
2012	4% (1,499%+0,90)= 2,399%
2013	4% (0,545%+0,90)= 1,445%
2014	4% (0.577%+0,90)= 1,477%

Como se puede comprobar, el préstamo se ha convertido de facto en un préstamo a tipo fijo.

Se acompaña documento nº2 Boletines Oficiales del Estado haciendo públicos los índices de referencia interbancaria a un año (EURIBOR) correspondientes a los meses de mayo de los años 2008 a 2014, dependiendo de cuando fue el último euríbor publicado el día 4 de mayo de cada año, tomando como tipo de interés de referencia el último publicado el segundo día hábil anterior a la fecha de revisión, según la referencia tomada en la Escritura de Préstamo (cláusula tercera, 2º). Como documento complejo nº3 diversos recibos de préstamo correspondientes a los meses de mayo de 2008 a mayo de 2014, donde se puede comprobar la aplicación sistemática de la cláusula suelo a partir del mes de mayo de 2009.

QUINTO.- La negativa por parte de la demandada ha anular la cláusula suelo aplicada a mis mandante pese a haber sido denunciado este hecho extrajudicialmente obliga a la interposición de la presente demanda.

A estos hechos son de aplicación los siguientes **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I.-COMPETENCIA: Es competente el Juzgado al que me dirijo según los arts. 45 y 51LEC.

II.- LEGITIMACIONES: Activamente, lo están mis mandantes, como prestamista y perjudicado por la cláusula cuya nulidad se pretende; pasivamente, lo está la demandada, en su condición de prestataria y beneficiaria de dichas cláusulas.

III.- PROCEDIMIENTO: La presente demanda se ventilará por los trámites del Juicio Ordinario, por aplicación del art. 249.2LEC.

La cuantía es indeterminada, conforme al art. 251.1ªLEC.

IV.- FONDO DEL ASUNTO:

1º.- Nulidad de la “cláusula suelo”.

Se ejercita a través de la presente demanda acción individual de nulidad de condiciones generales por falta de transparencia y por abusividad debido a la falta de reciprocidad y desproporción de la “cláusula suelo” en relación con la “cláusula techo”.

a) Condición General de la Contratación.- La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 9 de mayo de 2013, es referente necesario para abordar el presente asunto, toda vez que, para empezar deja sentado que las denominadas “cláusulas suelo” constituyen sin lugar a dudas condiciones generales de la contratación, que afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe y que vienen impuestas por la entidad financiera, en tanto el consumidor no ha podido influir en su redacción o supresión.

En todo caso, la imposición de una condición general de la contratación a los consumidores no constituye un hecho contractual ilícito pues, como ya venía a establecer la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 8857), constituye un fenómeno que comporta en la actualidad un modo de contratar que se diferencia de la contratación por negociación, con su régimen y presupuesto causal propio y específico.

Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.

El contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".) En consecuencia, en el caso de contratos con consumidores, además del control de incorporación, es dable un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la condición general.

Para dicho control se ha de tener en consideración que son compatibles los criterios interpretativos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y el marco más general de interpretación de los contratos del Código Civil y, segundo, que la Ley 7/1998 es aplicable a este tipo de cláusulas no obstante su específico régimen sectorial en materia de información - OM 5 de mayo de 1994 - pues, como señaló la STS de 2 de marzo de 2011, la finalidad tuitiva que procura al consumidor la citada Orden Ministerial en el ámbito de las funciones específicas del Banco de España, no suponen la exclusión de la Ley 7/98 a este tipo de contratos con consumidores como ley general.

El peculiar control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra por un doble control:

b) Control de Incorporación: el art. 5LCGC sobre requisitos de incorporación, establece que “no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”. En idéntico sentido, el art. 7LCGC declara que “no quedarán incorporadas al contrato las (...) condiciones generales (...) que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato”. Por su parte, el art. 80.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en el ámbito del consumo, establece que “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) formulación transparente. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

La meritada STS 1ªPleno 241/13 informa que la “detallada regulación del proceso de concesión del préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM5 mayo 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor”. Si bien en el presente supuesto no era estrictamente de aplicación la OM de 5 de mayo de 1994, al superar el importe del préstamo los 150.000,00€, no es menos cierto que su regulación es tomada como referencia, con independencia de la cuantía de los préstamos.

Desde esta perspectiva, en el presente supuesto entendemos el Banco no demuestra el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia, ya que:

1º.- no entregó el “folleto informativo” (las ofertas enviadas a mi mandante en abril de 2006 en ningún caso cumplen los requisitos del art. 3 OM 5 mayo 1994, ya que no aportan la pormenorizada información que exige la norma sobre intereses, comisiones y gastos, al margen, obviamente, de la falta de noticia alguna sobre la cláusula suelo).

2º.- no existe “oferta vinculante” y la que se aporta por la Caja no fue firmada por mis mandantes, resultando en cualquier caso absolutamente farragosa.

3º.- en cuanto a la firma de la Escritura Pública, el Notario no consignó expresamente que las limitaciones de las variaciones del interés al alza y a la baja en ningún caso eran semejantes, sino más bien todo lo contrario (la cláusula techo se fijó en el 15%!), tal y como establece el art. 7.3.2c) de la OM5 mayo 1994.

En consecuencia, la cláusula denunciada no supera el control de incorporación, por lo que debe tenerse por no incorporada.

c) Control de Transparencia: un segundo control de transparencia (denominado en la STS "control de abusividad abstracto") es el relativo a la garantía de que los adherentes conozcan o puedan conocer tanto la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado, la onerosidad patrimonial realizada a cambio de la prestación económica del

empresario, como la carga jurídica, es decir, al definición de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato.

El deber de transparencia impone al empresario la obligación de garantizar el conocimiento efectivo por un consumidor medio de las prestaciones principales del contrato así como las “cláusulas sorprendentes” -contenidos contractuales contrarios a las legítimas expectativas creadas en la fase de formación del contrato o por las circunstancias que rodean al contrato.

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

El Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el Auto de 3 de junio de 2013: "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".

Tales circunstancias son las que siguen:

- 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.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En efecto, por el simple formulismo o redacción de la cláusula y que le permite superar el control de incorporación no se puede deducir sin más el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente.

En un préstamo a devolver en 35 años es necesario que la entidad financiera acredite que el consumidor comprendió o entendió la dimensión del precio que iba a pagar. Como dice la STS en su f. 218 "La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas".

Aplicada esta tesis al presente supuesto observamos:

*en primer lugar, la aparición de “cláusulas sorprendentes”, como la propia cláusula suelo, que en ningún caso fue negociada entre las partes, apareciendo en contra de lo pactado.

*en cuanto a la cláusula contenida en la Escritura Pública, conjuntamente con la cláusula techo o tipo máximo de interés, un 15%, algo absolutamente irreal e imposible y que únicamente puede servir de señuelo para influir en el consentimiento del consumidor convencido de una apariencia de contraprestación a su favor (el techo frente al suelo, contraprestación que por los tipos pactados -3% a cambio de un 15%- es absolutamente ficticia o directamente engañosa).

Es de aplicación el f. 224 de la STS 1ª Pleno 241/13, según la cual "Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza".

No hay constancia de que Banco Español, Sociedad Anónima hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la cláusula. Es de aplicación el f. 221 "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 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".

En ningún caso se practicaron simulaciones de subidas y de bajadas del tipo, ficticias, probables o improbables, para que entendiera el juego y operatividad de la cláusula suelo en el contrato o, insisto, que comprendiera estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia.

La cláusula suelo se inserta en una maraña de información sobre los intereses y comisiones, como algo secundario cuando es determinante de la economía del contrato y que "en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante" (f 212).

En suma, en el caso se comprueba que no hay prueba alguna de que Banco Español incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y en fin de cómo iba a devolver el préstamo.

En idéntico sentido, una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Secc. 8ª), de fecha 23 de julio de 2013, según la cual:

“ Pues bien, la proyección de estos criterios al caso que nos ocupa y a la vista del resultado de la prueba practicada, nos lleva a la conclusión que resulta procedente declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo /techo impugnada, y ello sin contaminación para el contrato de préstamo hipotecario en que dicha condición se ubica -art 8 y 9-2 LCGC (RCL 1998, 960) - al ser dicha cláusula aparte del objeto principal del contrato pero no elemento esencial del mismo.

A tal conclusión llegamos en base a los siguientes argumentos.

La STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) afirma que "...la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en l^oOM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor" lo que implica, añade la citada Sentencia, el cumplimiento de "...las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC ".

Por tanto, es la perspectiva de análisis a que hemos hecho referencia en el punto K) y L) -transparencia- y M) -abusividad- del fundamento anterior, la que ha de ser la determinante en la decisión del litigio que nos ocupa pues, al igual que ocurre en el supuesto de hecho decidido por el Tribunal Supremo, la cláusula suelo incluida en la cláusula financiera tercera del contrato que examinamos, tiene carácter de condición general que ha producido como efecto, no obstante incluirse en un contrato que se presenta como un préstamo a interés variable, la de transformarlo en un préstamo a interés mínimo fijo del que impide a los prestatarios beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia.

Y afirmamos que en este caso estamos ante una cláusula general o predispuesta porque, primero, el que se refiera a la esencialidad del contrato no obsta tal calificación si la mereciera en atención al proceso de inclusión en el contrato es decir, por no haber sido negociada individualmente, segundo, porque en el caso, está reconocido por la entidad crediticia, que la citada cláusula formaba parte de la oferta vinculante hecha a los prestatarios, sin que el hecho de que dicha oferta pudiera contrastarse en el mercado y decidir con libertad sobre su aceptación o no, sea circunstancia que modifique tal calificación pues si art. 3.2 de la Directiva 93/13 dispone que "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión", tanto debe calificarse la condición como impuesta por la entidad crediticia cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, restándole solo o adherirse o renunciar a contratar, como cuando hay posibilidad de escoger entre diversas ofertas de distintos Bancos o Cajas pues, además de ser un sector estandarizado, ello pertenece al ámbito supra-contractual y, tercero, porque resulta inocuo para tal calificación el que la citada cláusula no se aplique a todos los contratos, ya que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, "la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos"., hecho éste que el documento de la entidad crediticia pone de relieve.

Por tanto, aunque tratándose de una cláusula general de contratación que afecta al contenido esencial del contrato respecto de la que si bien no cabe un control de

contenido directo sí es posible, como hemos visto, un control de transparencia relativo a si la información que en su momento se suministró por el Banco Español permitió o no a los prestatarios percibir la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato, su relación con el contenido de su obligación de pago, así como si los prestatarios adquirieron un conocimiento real y razonablemente completo de cómo incidía en la economía del contrato.

Y en el caso, la respuesta ha de ser negativa ya que la prueba propuesta -aportada- por la entidad crediticia directamente relacionada con el contrato que nos ocupa, se ha limitado a una minuta de préstamo de donde extraemos, junto con el examen del contrato de préstamo, que en su momento se hizo una oferta a los demandantes, Sres M. y D. que les llevó a la firma de un préstamo de aparente interés variable cuando, en realidad, lo era de interés mínimo fijo, pues con los índices fijados a la baja y al alta el efecto que en verdad se conseguía era el de la estabilización en el precio a pagar por el dinero.

Como se observa en la minuta y luego en la escritura pública, en ambos, aparecían ante los ojos de los demandantes la celebración de un contrato de préstamo a interés variable, sin que conste recibieran información específica acerca del significado económico en diversas situaciones que se pudieran presentar en un futuro previsible a la vista de los datos obrantes en la propia entidad -que ya podía preveer por la fecha una clara disminución del interés- y de las consecuencias de los límites que a la baja se establecía sobre la variabilidad del interés remuneratorio se establecía en el contrato en nuevos escenarios a la baja sin que, desde luego resulte suficiente la propia redacción y sistema del contrato, tal y como se ha descrito en el fundamento jurídico primero de esta Sentencia, todo lo cual venía a impedir que la cláusula techo/ suelo fuera adecuadamente percibida por los prestatarios en toda su relevancia en tanto definitorias, como bien señala la entidad crediticia, del precio del dinero que se prestaba.

Se trata por tanto de una cláusula que adolece de claridad y que por tanto está viciada de falta de transparencia.”

En consecuencia, procede decretar la nulidad de dicha cláusula.

2º.- Devolución de las cantidades percibidas indebidamente por la demandada, como consecuencia de la declaración de nulidad de la “cláusula suelo”.

Procede igualmente la devolución de las cantidades percibidas indebidamente por Banco Español en aplicación de la “cláusula suelo”, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1303 del Código Civil.

Conforme a la sentencia del pleno de la Sala I del TS de 09.05.13, eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, "(dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva" (parr. 276). Y "como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto-. Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil..."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..."(parr. 283).

Luego el TS, haciendo uso de "la posibilidad de limitar la retroactividad " de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (parr. 293), termina declarando la irretroactividad "de (su) sentencia" (pronunciamiento décimo del fallo).

Pues bien, como argumenta el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en reciente sentencia de fecha 19 de junio de 2013, este pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC.

Porque el TS "declara la irretroactividad(únicamente)de(su)sentencia", aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) "no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada" (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posteridad); ni (ii) "a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia" (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores). El TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos (básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento (art. 223.3 LEC . Y no lo hace.

Y continúa "Así las cosas, en el presente caso, que es lo único que debe resolver este Juzgador, no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado (11.973,10 euros) pueda generar ningún "riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico" (párr. 293, letra k). Esta parece ser, a la vista del resto de circunstancias enumeradas, la razón fundamental que lleva al TS (y al Ministerio Fiscal) a pronunciarse en contra de aplicar la regla general de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo. Y no es aplicable a este caso".

Siendo conscientes de la polémica en torno a este punto, a continuación se transcribe íntegramente el FJ6º del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 9 de mayo de 2014, que hace una breve síntesis de las diversas resoluciones judiciales existentes en nuestro país, inclinándose, tras sopesar todas ellas, por la aplicación de la retroactividad, y condenando a la entidad financiera a la devolución de las cantidades percibidas:

SEXTO

Debemos abordar ahora, la espinosa cuestión de la retroactividad de sus efectos, toda vez que el auto concluye que debe devolverse el importe a los ejecutados. Y ya adelantamos, que la decisión alcanzada, también debe confirmarse.

En nuestro ordenamiento, la declaración de nulidad de una cláusula por abusividad es una nulidad parcial (art. 9.2LCGC, art. 10bis LCU y 83.2 TRLCU) de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013. Sin embargo, se cuestiona el efecto de la nulidad consistente en la restitución de las prestaciones habidas en base a esa cláusula nula, desde la fecha del

contrato, lo que implica en este caso la devolución por el apelante de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la cláusula suelo.

Tal efecto declarado en el art. 130CC no había sido cuestionado hasta el dictado de la STS de Pleno referida cuando se declaraba la nulidad por abusividad de las cláusulas de intereses moratorios contenidas en los préstamos hipotecarios, lo que implicaba que la ejecución continuaba pero minorada en el importe de esos intereses, ya cobrados, lo que ciertamente era una restitución patrimonial.

Por el contrario, el apelante invoca la reiterada STS y afirma que la misma no acuerda la restitución puesto que, según el TS así lo decidió en su resolución. Ahora bien, ello es debido, como se afirma en el auto combatido, a razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico al tratarse de una acción colectiva contra varias entidades bancarias para que eliminen las cláusulas suelo de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico.

Pero el TS, antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional sí declara, que la regla general es la retroactividad. Así señala, que nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*. Así lo dispone el art. 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "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".

También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93), RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86 (TJCE 1988, 82), Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32)".

Siendo, a continuación, cuando nuestro Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de limitar la retroactividad, al establecer que "no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE (RCL 1978, 2836))", citándose a continuación sentencias del TC en que se ha acordado esta irretroactividad, la STS de 21 de marzo de 2012 que limitó los efectos de la nulidad para evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, e incluso señala que la STJUE de 21 de marzo de 2013 permite dicha

limitación cuando concurra la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

Pues bien, como analiza la Audiencia Provincial de Jaén de manera exhaustiva, en su sentencia de 27/03/2014 , adhiriéndose a la retroactividad de efectos: "las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, y así entre las que acuerdan la irretroactividad lo hacen acogiendo los criterios del TS, aun tratándose de acciones individuales, pudiendo citar: SAP Cáceres 24-02-2014 : tras declarar que se venía acordando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en las sentencias dictadas en los procesos de acciones individuales, por entender, que era un efecto jurídico inherente a la declaración de nulidad de la cláusula , en aplicación del Art. 1303 del Código Civil , atendiendo lo resuelto por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013 (.."Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico...) declara la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

La misma conclusión se había adoptado ya en otras anteriores como la de 19-11-2013. SAP Burgos de 28-01-2014 : sostiene que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de la nulidad de la cláusula - suelo la ha resuelto expresamente la STS de 9-05-2013 , añadiendo además como argumento para sostener la irretroactividad que "la nulidad radical no juegue en la contratación bajo condiciones generales como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que adapte su sanción al peculiar juicio de ineficacia funcional que comporta el control de esta práctica de la contratación. Planteamiento que puede derivarse de la interpretación sistemática del art. 8.1 en relación con el art. 10.1 y 10.2 de la LCGC, en cuya virtud la no incorporación de la cláusula o la declaración de nulidad no determinará la ineficacia total del contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas, extremo éste sobre el que debe de pronunciarse la sentencia, como ha hecho el Tribunal Supremo.

Además, se reconoce en esos preceptos el principio de infracción conforme al art. 1258 CCv y con ello, la posibilidad de que el Juez valore la posible retroactividad que pueda derivarse conforme a los parámetros de la buena fe, el uso y la Ley y, en extensión de esta última, el propio orden público económico", así como que es la solución acogida por un sector importante de Audiencias Provinciales, citando las de Cádiz, Sección 5ª de 13 de mayo de 2013, Cáceres, Secc. 1ª de 8 de noviembre de 2013 (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013), y Córdoba, Sección 3ª, de 31 de octubre de 2013.

- SAP Badajoz de 14 de enero de 2014: tras expresar que en Sentencia anterior de 26 de febrero de 2013 se había entendido que la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula suelo, afectaba a los pagos ya realizados, tal criterio ha de ser revisado a la luz de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, acogiendo sus razones y declarando la irretroactividad, siendo de obligada aplicación a tenor de lo dispuesto en el art. 1.6 del C. Civil.

- SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014 (AC 2014, 10) : extracta la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) en cuanto a los factores valorados a partir del párrafo 293, y

resuelve: " Acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el art. 1.6 del Cc le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribunal como pueden ser la sentencia de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid de fecha 23 de julio de 2013 (JUR 2013, 307654) , las de 20 de junio y 2 de octubre de 2013 de la Sección Primera de la AP de Cáceres , la de 17 de mayo de 2013 de la Sección Quinta de la AP de Cádiz, entre otras. Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada".

- SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013 , razona que no cabe acoger la doctrina del TS en lo que nos gusta, la abusividad, y rechazarla en lo que no nos gusta, la retracción de los efectos de la nulidad, y que no corresponde a los Tribunales de instancia corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado la irretroactividad acogiendo a que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ya lo han aplicado en alguna ocasión, y también el TJUE permite esa limitación de la retroactividad por razones de seguridad jurídica y riesgo de trastornos graves, por lo que y aun dejando constancia de la diferencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, siendo muchos los Juzgados de lo Mercantil que han acordado la restitución de las cantidades abonadas, se inclina por acordar la irretroactividad, citando otras sentencias que comparten su criterio (las Audiencias Provinciales de Cádiz (Sentencia de su Sección 5ª de 17 de mayo de 2013) o Madrid (Sentencia de la Sección 28ª de 23 de julio de 2013).

- SAP Granada de 18 de octubre de 2013 : considera aplicable la doctrina de STS de 9 de mayo de 2013 también cuando se trata del ejercicio de acciones individuales, al considerar que pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto se mantiene en el caso la trascendencia en el orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno, y también que se trata de una cuestión singular, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato litigioso, pero que no provoca la nulidad total del contrato, sino parcial, "por lo que careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal de contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012 , parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo, en la singularidad de la controversia, a otros a otros principios, como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad. Por tanto, en la difícil situación examinada, entendemos que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después".

"Y el otro sector de Audiencias Provinciales, que declaran la retroactividad lo hacen en aplicación de los arts. 9 y 10LCGC y art. 1303CC, considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco. Podemos citar:

- SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014 (F.J. octavo): "El artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo 1.303 del CC : "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 sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra (STS de 23 de junio de 2008 , entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, siendo de alcance, no solo a los contratos declarados nulos, sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas. Pues bien, ello así, aun cuando Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ...niega el efecto retroactivo de la Sentencia, también es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesoria de condena a la restitución (como prevé el artículo 12 de la L.C .G.C), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...".

- SAP Alicante de 12 de julio de 2013. Voto particular. El parecer mayoritario considera que es aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la cláusula suelo examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos: "el primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012 , y dos de 30 de mayo de 2013 , en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados "a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula". En Base a ello, considera "la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español...la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se

conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos". Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: "en materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Y se concluye que: "La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1303 del Código Civil , art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses".

- SAP Alava 9 de julio de 2013 (AC 2013, 1538) : tras señalar que las acciones ejercitadas en la STS y en la del caso no son las mismas: "la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc", y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad, con base en los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 Cc, así: "El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo"; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aun cuando la STS de 21 de marzo de 2012 matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad, el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la cláusula suelo solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente si que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del art. 1303 Cc ".

Pues bien, este Tribunal, coincide con la segunda línea y considera que debe aplicarse con todos sus efectos el art. 1303 CC, es decir con efectos retroactivos y restitución de las prestaciones.

Así en esta Audiencia Provincial de Barcelona, destaca la Sentencia de la Sección XV, dictada el 16/12/2013 y señala que: "La STS de referència constant, de 9 de maig de 2013 , en l'apartat 283, recorda que, com a regla, en el nostre sistema, la ineficàcia dels contractes -o d'alguna de les clàusules, si el contracte subsisteix- exigeix destruir-ne les conseqüències i esborrar-ne els rastres com si no haguessin existit i evitar així que en derivin efectes, d'acord amb la regla clàssica quod nullum est nullum effectum producit (allò que és nul no produeix cap efecte). Ho disposa així l' article 1303 del Codi civil (declarada la nul· litat d'una obligació, els contractants han de restituir-se recíprocament les coses que haguessin estat matèria del contracte, amb els fruits, i el preu amb els interessos, salvant el que es disposa en els articles següents). Atès, però, el conjunt de

circumstàncies d'aquell litigi que resol, el TS declara la irretroactivitat de la sentència dictada.

En el cas en examen, considerem que, tal com demanava l'actor Sr. Abelardo , ha de ser aplicada la regla general segons la qual, la decisió judicial que declara abusiva una clàusula determinada ha de retrotraure els efectes al moment de la conclusió del contracte (efectes ex tunc). La naturalesa d'aquest litigi (acció de nul·litat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la STS de 9 de maig de 2013 (acció col·lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293, k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic).

En conseqüència, estimarem també la pretensió formulada pel demandant, de condemna de l'entitat demandada a la devolució de l'excés percebut com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula declarada nul·la, amb els interessos corresponents".

Consideramos que la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), 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 y no por otro motivo, siendo siempre una solución excepcional a la regla general del 1303 CC., puesto que estamos ante un incidente individual de un particular que ya se encuentra en fase de ejecución del préstamo hipotecario, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad.

V.- INTERESES: se solicita la condena de la demandada al pago de los intereses desde la aplicación de la cláusula cuya declaración de nulidad se interesa, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1303CC y siguientes.

VI.- COSTAS: Art. 394LEC.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO la admisión de este escrito, tenga por interpuesta **DEMANDA A JUICIO ORDINARIO** c, **SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO** y, previa tramitación legal, dicte sentencia en cuyo fallo:

1º.- se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula financiera Tercera .2 que fija los límites a la variación del tipo de interés ("Los límites a la variación del tipo de interés se establecen en un máximo de (9,547%) y mínimo del CUATRO POR CIENTO (4%)", cláusula suelo y techo) del contrato de del contrato de Préstamo con Garantía Hipotecaria suscrito entre los prestatarios don David Naves Fernández y doña Marta Álvarez González y la prestamista Banco Popular Español, S.A , el día 11 de diciembre

de 2007 ante el Notario de Oviedo don Esteban María Fernández-Alú y Mortera, al nº156 de su protocolo, teniéndola por no puesta, y declarando la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en el resto de su clausulado.

2º.- se condene a la demandada a reintegrar a mis mandantes las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de dicha cláusula de limitación a la variación del tipo de interés (“cláusula suelo”) desde la fecha en que se comenzó a aplicar dicha cláusula hasta la actualidad (esto es, las resultantes de restar de los intereses abonados por aplicación de la cláusula suelo, los intereses que debieron abonarse de no resultar aplicada dicha cláusula), más las cantidades que se vayan devengando durante la tramitación del presente procedimiento por idéntico concepto, según se determine en ejecución de sentencia; más los intereses legales desde la fecha en que se comenzó a aplicar dicha cláusula.

3º.- se condene a la demandada al pago de las costas procesales

Es Justicia que pido en Oviedo, a 2 de noviembre de 2015

Ldo. M.

Proc. X.