

LUCÍA MORENO GARCÍA

CLÁUSULAS SUELO
Y CONTROL
DE TRANSPARENCIA
TRATAMIENTO SUSTANTIVO
Y PROCESAL

Prólogo de
Juan Ignacio Peinado Gracia

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS	35
INTRODUCCIÓN	39

CAPÍTULO I

LAS «CLÁUSULAS SUELO» EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

I. PRELIMINAR.....	47
II. LAS «CLÁUSULAS SUELO»: CONCEPTO, FUNCIÓN Y REGULACIÓN	49
III. LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN LA STS 9 DE MAYO DE 2013	57
1. La cláusula suelo como condición general de la contratación: la imposición por las entidades de crédito.....	59
2. Las cláusulas suelo como cláusulas referidas al objeto principal del contrato	62
3. El control de transparencia como parámetro decisivo de la abusividad de las cláusulas suelo	65

CAPÍTULO II
EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

I.	UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CONTROL DE TRANSPARENCIA.....	69
	1. Introducción.....	69
	2. Control de contenido, control de inclusión y control de transparencia.....	71
	3. Configuración jurisprudencial del control de transparencia.....	78
	4. La problemática de la transposición de la Directiva 93/13/CEE.....	83
II.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA.....	94
	1. Preliminar.....	94
	2. El control de transparencia en la Directiva 93/13/CEE....	95
	3. El «doble filtro de transparencia» en la STS 9 de mayo de 2013.....	100
	A. El control de transparencia en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.....	102
	B. El control de transparencia en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....	107
	4. La transparencia como elemento determinante de la interpretación del contrato.....	112

CAPÍTULO III
EFFECTOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA

I.	LA FALTA DE TRANSPARENCIA COMO SUPUESTO DE CLÁUSULA ABUSIVA.....	115
	1. Delimitación conceptual de «cláusula abusiva».....	115
	2. La abusividad de las cláusulas no transparentes.....	119
II.	LA NULIDAD CONTRACTUAL.....	125
	1. Disposiciones generales.....	125
	2. La nulidad parcial del contrato.....	129
	3. Efectos <i>ex nunc</i> de la nulidad.....	132

CAPÍTULO IV
ASPECTOS PROCESALES
DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

I.	INTRODUCCIÓN.....	145
II.	PODERES DE ACTUACIÓN DEL JUEZ RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	146
	1. Control de oficio de las cláusulas abusivas	146
	2. Facultad de integración y moderación	150
III.	TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN	152
	1. Acciones ejercitables	152
	A. Acciones individuales	153
	B. Acciones colectivas.....	154
	C. Acumulación de acciones	156
	D. Procedimiento	160
	2. Legitimación.....	163
	A. Legitimación activa	163
	B. Legitimación pasiva.....	167
	3. Jurisdicción y competencia	169
	A. Competencia judicial internacional.....	169
	B. Jurisdicción por el objeto	173
	C. Competencia objetiva	173
	D. Competencia territorial.....	177
	E. Competencia funcional	179
	4. Sentencia: requisitos y efectos.....	180
	5. Medidas cautelares	186
IV.	EJECUCIÓN FORZOSA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	192
	JURISPRUDENCIA CITADA	199
	BIBLIOGRAFÍA.....	203

PRÓLOGO

I.

San Ignacio de Loyola señala, en las instrucciones para realizar sus ejercicios, que en tiempo de desolación no hay que hacer mudanza¹. Tras el dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013² sobre la nulidad de las denominadas «cláusulas

¹ «En tiempo de desolación nunca hacer mudanza, mas estar firme y constante en los propósitos y determinación en que estaba el día antecedente a la tal desolación, o en la determinación en que estaba en la antecedente consolación. Porque así como en la consolación nos guía y aconseja más bien el buen espíritu, así en la desolación el malo, con cuyos consejos no podemos tomar camino para acertar» (EE[318]).

² STS 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, núm. 241/2013, Sala de lo Civil (ROJ: STS 1916/2013) y ATS de aclaración de 3 de junio. Contra la sentencia se presentó un incidente de nulidad, desestimado por el ATS de 6 de noviembre de 2013. Todos ellos disponibles en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Noticias_Judiciales/ci.Pleno_de_la_Sala_I_del_Tribunal_Supremo_resuelve_la_petition_de_aclaracion_sobre_su_sentencia_relativa_a_las_clausulas_suelo_en_hipotecas.formato3.

En relación con el análisis de la resolución del TS pueden consultarse los comentarios de A. CASADO NAVARRO, «El control de transparencia como «llave» del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas», *La Ley Mercantil*, núm. 11, febrero, 2015, pp. 50 a 62; S. CÁMARA LAPUENTE, «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo, (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, (pp. 98-115); E. CORDERO LOBATO, «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala

suelo» se han interpuesto numerosas reclamaciones judiciales y extrajudiciales en las que se solicita, además de la declaración de nulidad por abusivas, la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por la aplicación de las mismas. El referido tribunal considera que las cláusulas suelo son nulas por falta de transparencia; sin embargo, entiende que la Sentencia no tiene efectos retroactivos, de forma que no procede la restitución de las cantidades cobradas indebidamente con anterioridad a la fecha de la Sentencia³. Sin duda, es una sentencia importante en la que, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo ha querido convertirse en legislador incluso a costa de su propia jurisprudencia. Obviamente no criticamos la creación jurisprudencial⁴ de una decisión del Pleno para fijar, consolidar o modificar la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de determinadas normas o materias, sino la forzadísima interpretación de normas para obtener una sentencia que saliera al paso de un problema social. Más adelante nos explicaremos.

La referencia a Íñigo de Loyola procede o radica en que han sido muy numerosos los trabajos (y jurisprudencia menor) que al rebufo de esta sentencia se han apresurado, en nuestra opinión, no sólo a publicar, sino a redefinir instituciones tan acrisoladas como la nulidad de los contratos y sus consecuencias⁵. No debe sorpren-

de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, (pp. 129-133) y en «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley*, núm. 8088, 2013; F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, julio, 2013, (pp. 1-28); J. PLAZA PENADÉS, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, núm. 8097, 2013, entre otros.

³ Cuando esto se escribe no conocemos aún los textos definitivos de sendas nuevas sentencias del Tribunal Supremo ante recursos de BBVA y Cajasur, anunciadas en su Nota de Prensa de 26 de febrero de 2015. Según dicha nota, el Pleno ha reiterado su doctrina, matizando, no obstante, que el efecto restitutorio de las cantidades ya pagadas en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas por falta de transparencia se producirá desde la fecha de la publicación de la sentencia original de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013.

⁴ Acuerdo adoptado en la Junta General de Magistrados de la Sala de 30 de diciembre de 2011, apartado III, p. 15 y Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, p. 1.

⁵ No obstante, hay trabajos de gran importancia en la materia, *vid.*, entre otros, A. CARRASCO PERERA y C. GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela

ernos cuando nuestro Alto Tribunal dispara estas sentencias (y alguna otra también reciente sobre, por ejemplo, la cláusula *rebus sic stantibus*⁶) que proliferen los exégetas apresurados. Por eso, el libro que el lector tiene en sus manos era necesario. Es un análisis serio, completo y riguroso de la situación en la que quedan realmente las cláusulas suelo, la abusividad de las mismas de carácter procedimental, y las consecuencias reales para las partes.

II.

Esta obra, insisto, necesaria, tiene por autora a una novel jurista, otrora alumna y hoy compañera en las labores académicas si bien en área (Derecho procesal) y Universidad (Almería) distintas bajo la atenta dirección de la magistral Dra. SENÉS. No tendría sentido recordar a Lucía MORENO en su etapa estudiantil, de licenciatura y de posgrado, si no nos aportara luz para esta obra que ahora prologamos. Pulcra, esforzada, honrada, brillante, segura, generosa... son calificativos que, sin faltar a la verdad, pueden aplicársele a aquella alumna, y que podríamos ilustrar con anécdotas y testimonios. No lo haré porque también es prudente. Pero como toda obra se parece a su creador, también son calificativos que se ajustan a este libro. Un *esforzado* trabajo de conocimiento de la jurisprudencia y la dogmática; un *pulcro* análisis de sus axiomas; una gran *honorabilidad* intelectual para discernir las conclusiones de la razón más allá de los prejuicios de partida, donde la pasión y la ideología se alían; un *brillante* discurso; fruto de todo lo anterior, una gran *seguridad* en sus conclusiones y por ello en los resultados que ofrece al lector; y *generosidad* en su esfuerzo, en la modestia de su presentación. Todo lo podemos resumir en que el lector tiene un muy buen libro en sus manos. Un libro que era necesario, y que era necesario afrontar con

judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 126-163; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 295-344; E. LLAMAS POMBO, «La nulidad de las cláusulas suelo», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. I, núm. 2, 2013, pp. 11-17; o F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8155, 2013.

⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014/3526).

el bagaje de tales características. No es, al contrario que la autora, un libro prudente, o al menos no lo es en el sentido de que el miedo reverencial nunca acalla el discurso.

III.

Esta monografía abarca el análisis de los aspectos sustantivos y procesales relativos a las «cláusulas suelo». En particular, se aborda el estudio del control de transparencia a la luz de lo manifestado por el Tribunal Supremo en la referida resolución de 9 de mayo de 2013, aunque sin olvidar las resoluciones dictadas por los distintos Juzgados y Audiencias Provinciales.

Como ha quedado apuntado la sentencia que centra este trabajo, pero sentencia que en el propio libro es trascendida, no es en opinión de este prologuista una de las mejores resoluciones de la Sala primera ni de su ponente. El Supremo, en su afán de intervenir en el debate público sobre la crisis hipotecaria, fuerza las categorías dogmáticas sobre controles de abusividad y sobre nulidad de los contratos.

El problema de las cláusulas suelo evidencia cómo un criterio de racionalidad y prudencia profesional puede verse afectado por una errónea comercialización y cierto desconocimiento de las normas de transparencia y la buena fe que debe presidir la contratación con la clientela. Pues, la valoración del carácter abusivo de las condiciones generales que las entidades de crédito prevén de manera unilateral para la celebración de una pluralidad de contratos con los clientes (y que éstos han de aceptar necesariamente), requiere la interpretación de los presupuestos recogidos en la norma. Dichos presupuestos hacen referencia al cumplimiento de las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante o significativo que surja entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando las circunstancias que concurran en la celebración de la relación contractual⁷.

Pese a ello, se puede someter a un control de transparencia, en el sentido de que se haya comercializado incumpliendo los deberes

⁷ Arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE.

de transparencia y de información recogidos en la norma. La Sentencia de nuestro Alto Tribunal ha supuesto un hito en la doctrina jurisprudencial en torno al control de transparencia⁸, pues hasta el momento se entendía que *la Ley 7/1998, 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación* distinguía sólo dos controles: (i) control de inclusión en el contrato, con independencia de la condición del adherente, y (ii) control de contenido, reservado exclusivamente para los contratos con consumidores. Así pues, se está articulando una doctrina en torno al control de transparencia entendido como un control que puede articularse sobre elementos esenciales del contrato.

Los deberes de transparencia en el ámbito de los consumidores implican que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo. Es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. El control de transparencia se identifica en la Directiva 93/13/CEE en su art. 5º. Este tipo de control debe permitir al adherente conocer su posición contractual y adoptar su decisión de contratar con conocimiento de causa.

Por su parte, el Alto Tribunal somete a las cláusulas suelo a un doble filtro de transparencia: (i) Falta de transparencia que impide su incorporación al contrato (arts. 5.5 y 7 LCGC) y (ii) Control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores (art. 80 TRLGDCU). Este control se identifica como un control de contenido: abusividad por falta de transparencia —la sentencia alude a un «control de abusividad abstracto»— y exige que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato,

⁸ Ya en la Sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio (ARANZADI RJ/2012/8857), el Tribunal Supremo hace un primer intento de delimitación del control de transparencia como un control distinto al de inclusión y al de contenido.

⁹ «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible».

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 contrato¹⁰.

Cabe afirmar, según confirma el Tribunal Supremo, que las cláusulas suelo son lícitas¹¹ o, lo que es lo mismo, que la naturaleza de estas condiciones no resulta abusiva *per se*, sino que se traslada el control de la abusividad a la forma de comercialización. Aunque el Tribunal Supremo considera que en el caso de las analizadas en la sentencia no superan ese control de transparencia, luego son ilícitas por una serie de índices, en nuestra opinión, discutibles. A saber: en primer término, por la falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. En segundo lugar, por cuanto se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. De otro lado, porque no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. Además, porque 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 del cliente no se le ofertan las mismas. Y, finalmente, se añade que en el caso de las utilizadas por la entidad *BBVA*, se ubican en relación con una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Así, una de las cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo es la *falta de transparencia* de las cláusulas suelo. Por ello, la obra de Lucía MORENO se centra en el análisis de los aspectos relativos al control de transparencia, particularmente cuando se proyecta

¹⁰ Sobre el control de transparencia, de especial interés J. PAGADOR LÓPEZ, «Los contratos de consumo celebrados con condiciones generales y cláusulas predispuestas», en L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, 2012, pp. 99-144. También C. SÁNCHEZ MARTÍN, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Actualidad Civil*, de 29 de mayo de 2013, pp.1-3.

¹¹ En este sentido, señala el TS en la sentencia objeto de estudio que (FJ 15.º, 256): «Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia (...)».

sobre las cláusulas referidas al objeto principal del contrato. De esta manera, se ha pretendido realizar un estudio de las cláusulas abusivas por falta de transparencia que incluya la delimitación conceptual y normativa del control de transparencia, los efectos derivados de este control y los aspectos procesales que han de tenerse en cuenta en relación con las cláusulas abusivas.

Así pues, y como ha quedado dicho, aunque este estudio se centra en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en él se analizan diversas resoluciones judiciales dictadas sobre cláusulas abusivas. En este sentido, la autora analiza tanto resoluciones de los órganos judiciales nacionales como europeos, en este último caso, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TJUE, en los últimos años, ha dictado diversas resoluciones que han provocado modificaciones importantes en nuestro ordenamiento jurídico. El nuevo panorama jurídico hace necesario que se aborde un estudio en profundidad sobre los nuevos conceptos e instrumentos procesales.

IV.

La obra se estructura en cuatro capítulos. Comienza precisamente analizando el concepto de cláusula suelo, función económica y el marco jurídico de su inclusión contractual. En un segundo bloque se analiza el control de transparencia. El capítulo tercero se dedica a examinar los efectos de tal control. Por fin, la obra finaliza con un estudio sobre las cuestiones procesales derivadas del enjuiciamiento de cláusulas suelo.

V.

La obra comienza con el capítulo, «Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario». Se plantea el asunto resuelto por el Tribunal Supremo en la referida Sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que el Tribunal sienta doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo¹².

¹² Doctrina que reitera en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014, a la que también se hace referencia (LA LEY 143790/2014).

En este capítulo primero se abordan, de una parte, el concepto, la función y regulación normativa de las «cláusulas suelo»; y de otro lado, se analizan los distintos aspectos contemplados en la STS de 9 de mayo de 2013, a saber: su consideración como condición general de la contratación, su referencia con el objeto principal del contrato, y el deber de transparencia como el criterio que permite controlar este tipo de cláusulas.

Así, en primer lugar, esta monografía pretende concretar el concepto de «cláusula suelo» (como aquellas estipulaciones presentes en los contratos de préstamo hipotecario que limitan la variabilidad de los tipos de referencia fijados en los contratos). Además, se analiza la normativa que establece requisitos específicos de información respecto de este tipo de cláusulas. Pues, aunque el Tribunal Supremo declara la nulidad de las cláusulas suelo, éstas encuentran y han encontrado acogida en nuestro ordenamiento jurídico¹³. De esta forma, tanto el legislador nacional como europeo han establecido requisitos específicos de información precontractual que han de cumplirse en la comercialización de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Pese a ello, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de las cláusulas suelo litigiosas pues habían sido comercializadas de una forma no transparente en atención a la normativa de consumidores y la doctrina jurisprudencial sobre el *doble control de transparencia*. De esta forma las cláusulas suelo no son declaradas nulas, ni el ordenamiento desconoce la función que cumplen, si bien se las considera nulas por la forma de inclusión en la negociación contractual. Como veremos, la propia función que cumplen bien podría incluso haberlas exonerado de cualquier control de inclusión. En definitiva, en esta monografía se analizan los requisitos de información exigidos en la regulación sectorial en relación con las denominadas cláusulas suelo y techo.

¹³ De hecho, se encontraban contempladas en la *Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios* y actualmente en la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios*. También aparecen contempladas en la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/E y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010*.

VI.

Las cláusulas suelo cumplen una función económica, también planteada en la obra, y que fue abordada en el Informe del Banco de España remitido al Senado de 2010¹⁴. En el mismo se hacía una especial mención a su función económica dentro del contrato y se abordaban las cláusulas suelo vinculándolas al mantenimiento de la solvencia de las entidades de crédito. Se afirmó que el establecimiento de una cláusula suelo en un préstamo hipotecario a interés variable no debía someterse a la valoración y/o comprobación del desequilibrio abusivo con la cláusula techo, pues tenían una finalidad distinta y no resultaban parangonables. La cláusula suelo tiene la finalidad de mantener el rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios, rendimiento que debe ser suficiente para resarcirse del coste de producción y mantenimiento de las financiaciones. Estos costes son los propios costes del dinero (incrementados a raíz del encarecimiento del mercado mayorista) y los gastos de estructura para mantener, producir y administrar los préstamos.

La autora no parece compartir esta función económica y le da prevalencia al riesgo compartido entre prestamista y prestatario sin limitación alguna.

Desde la perspectiva del prestatario, la realidad es otra; las cláusulas suelo se configuran como límite mínimo de los intereses a pagar, de forma que de producirse una reducción de los tipos de interés por debajo de la «cláusula suelo», el beneficio por la reducción no se traslada al cliente, quien continúa satisfaciendo los intereses correspondientes al tope mínimo estipulado en el contrato de préstamo. Es por ello que resulta esencial la información y conocimiento previos —en fase precontractual— de la carga económica y jurídica que supone para el prestatario el establecimiento de la cláusula suelo.

Por su parte, la autora considera que las entidades de crédito que han comercializado préstamos hipotecarios con cláusulas suelo se han garantizado unos ingresos mínimos con independencia de la coyuntura económica de los tipos de referencia durante el período

¹⁴ *BOCG* —Senado— de 7 de mayo de 2010, pp. 12 a 26 (puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/10457.PDF>).

en el que el contrato estaba en vigor. Sin embargo, el prestatario no se ha visto beneficiado por la bajada de los tipos. De este modo, en esta monografía se analiza la finalidad de las cláusulas suelo, la función que han cumplido, y las consecuencias de su aplicación para el consumidor.

VII.

Este capítulo primero finaliza estudiando la naturaleza de las «cláusulas suelo» en atención a lo manifestado por el Tribunal Supremo en la referida Sentencia de 9 de mayo de 2013. En primer lugar, se analiza el pronunciamiento que efectúa el TS sobre la consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación, pues según el tribunal estas cláusulas —a pesar de estar referidas al objeto principal del contrato— son condiciones generales impuestas por las entidades bancarias. En segundo término, como hemos avanzado, el TS considera que las cláusulas suelo están referidas al objeto principal del contrato y que ello no impide su consideración como condición general de la contratación. Pese a que en la obra se parte de la resolución de nuestro Tribunal Supremo, y el lector tendrá una perfecta idea del sentido de la jurisprudencia, no finaliza ahí su labor Lucía MORENO, sino que en un ejercicio de madurez, se cuestiona cada uno de estos pronunciamientos efectuados por el Tribunal Supremo, y se tiene en cuenta la importancia que el consumidor les ha dado a estas cláusulas en el momento de la perfección del contrato. Por último, se avanza lo que será objeto del segundo capítulo: el control de transparencia de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, y se señala que el Tribunal Supremo establece el deber de transparencia como el criterio que rige en el análisis de este tipo de cláusulas.

Como hemos dicho, entiende el TS que la cláusula suelo forma parte inescindible del precio del contrato, lo cual conlleva que no puede ser sometida a un control de abusividad por contenido pues no cabe un control judicial de un elemento esencial del contrato, como es el precio¹⁵ (interpretando o dando réplica a la jurisprudencia).

¹⁵ El TS (STS 9 de mayo de 2013) interpreta que no es posible un control de contenido de un elemento esencial del contrato según lo dispuesto por el art. 4.2 de

cia del Tribunal de Justicia de la UE¹⁶). Esta afirmación da lugar a que se produzca el sobreseimiento del proceso de ejecución por entender que es improcedente¹⁷. El TS considera que las cláusulas suelo forman parte del precio que debe pagar el prestatario, y que se refieren al objeto principal del contrato al cumplir una función definitoria o descriptiva esencial. Finalmente, considerándola como una condición general de la contratación y cláusula referida al objeto principal, indica que ello no impide su sometimiento a un doble control de transparencia¹⁸, por el hecho de que se haya comercializado incumpliendo los deberes de transparencia y de información (arts 5.5 y 7 LCGC y art. 80.1 TRLGDCU).

VIII.

En el capítulo segundo, «El control de transparencia», se distinguen dos grandes apartados. En el primero se analiza todo lo relativo a la delimitación conceptual y concreción del control de trans-

la Directiva 93/13/CEE, si bien, una interpretación *a sensu contrario* de la misma, le lleva a considerar que es posible un control de abusividad por falta de transparencia.

¹⁶ Con esto se intenta salir al paso de la STJUE de 3 de junio de 2010. *Vid.* el fallo en *DOUE* de 31 de julio de 2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:209:0006:0006:ES:PDF>.

Vid., además, las SSTJUE de 26 de octubre de 2006, 4 de junio de 2009 y 21 de febrero de 2013.

¹⁷ El Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Collado Villalba, de 5 de septiembre 2013, declara la improcedencia de la ejecución y se acuerda el sobreseimiento por la declaración del carácter abusivo de numerosas cláusulas contractuales contenidas en el título que la fundamentan. Así, se estima la abusividad de la falta de información sobre la posibilidad de haber pactado la dación en pago, la cláusula suelo del 5,5 por 100, la imposición del IRPH como índice de referencia en lugar del EURIBOR, la imposición de gastos procesales al afectado, los intereses de demora del 20 por 100, la prohibición de arrendar, el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota y la inclusión de la venta extrajudicial. Para su consulta véase: <http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/10/autovillalbaok.pdf>.

¹⁸ Sobre el control de transparencia puede verse «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», J. PLAZA PENADÉS, *Diario La Ley*, núm. 8112, junio 2013. Entiende el autor que la correcta delimitación del control de transparencia puede permitir su proyección en otros supuestos jurídicos donde se acredite una falta de información y comprensión por el adherente, como son las «participaciones preferentes».

parencia, mientras que el segundo se centra en lo relacionado con su régimen jurídico.

De esta forma, en su primer apartado, titulado «Una aproximación conceptual al control de transparencia», se concreta el concepto de transparencia al que alude el Tribunal Supremo en su sentencia. Así, incluye la delimitación del control de transparencia respecto del control de contenido y del control de incorporación de la cláusula al contrato (regulados en la LCGC y en el TRLGDCU), su configuración jurisprudencial¹⁹ y la problemática surgida por la falta de transposición del art. 4.2 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*²⁰. Ésta es una cuestión de gran relevancia. En la obra se estudian tanto las resoluciones judiciales del TJUE en las que se pronuncia sobre la falta de transposición formal de directivas comunitarias como los mecanismos establecidos por la doctrina ante la falta de transposición de las mismas. La autora concluye que tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 cabe entender que en el ordenamiento jurídico español es posible el control de abusividad —también denominado control de contenido— de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato pero únicamente cuando no superan el control de transparencia (al que el Tribunal Supremo se refiere como «doble control de transparencia»).

En el segundo apartado, bajo la rúbrica «Régimen jurídico del control de transparencia», se analiza el deber de transparencia contemplado en la referida Directiva 93/13/CEE (art. 5), en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (arts. 5.5 y 7) y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (art. 80.1); y ello con la finalidad de concretar el contenido del doble control de transparencia al que se refiere el Tribunal Supremo.

En la referida sentencia, el Tribunal alude a un «doble control de transparencia», distinguiendo entre: la falta de transparencia a

¹⁹ Principalmente en las SSTs de 18 de marzo de 2012, de 9 de mayo de 2013 y en la más reciente de 8 de septiembre de 2014.

²⁰ Vid. STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2010] ECR I-4785; y STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos* [2001] ECR I-3541.

efectos de incorporación de la cláusula al contrato (que sitúa en los arts. 5.5 y 7 de la LCGC) y el control de transparencia de condiciones incorporadas en contratos con consumidores (que ubica en el art. 80.1 del TRLGDCU). En este sentido, el Tribunal consideró que las cláusulas suelo litigiosas superan el filtro de inclusión en el contrato previsto en los arts. 5.5 y 7 de la LCGC, pero, sin embargo, no superan el control de transparencia exigible en los contratos suscritos con consumidores. Sin embargo, tras el análisis de estos preceptos, consideramos que el deber de transparencia de ambos cuerpos normativos (LCGC y TRLGDCU) es contemplado en términos similares; de ahí que pueda resultar cuestionable la conclusión del Tribunal Supremo sobre que el control de transparencia que ha de exigirse en contratos con consumidores requiere de unos requisitos adicionales que han de ser concretados por la doctrina jurisprudencial. Acertadamente, en nuestra opinión, la autora considera que el Tribunal Supremo yerra al ubicar el segundo control de transparencia en el art. 80.1 del TRLGDCU, pues este precepto contempla el control de incorporación de las cláusulas al contrato cuando se celebra con consumidores; sin embargo, el Tribunal parece exigir unos requisitos adicionales de transparencia (distinto de lo previsto en dichos preceptos) cuando nos encontramos ante cláusulas referidas al objeto principal del contrato²¹. De forma que, consideramos el control de transparencia exigido por el TS como un tercer control en tanto se proyecta sobre cláusulas referidas al objeto principal del contrato y que, de no superarse, permite el juicio de abusividad de este tipo de cláusulas. Ahí aparece esa vocación legislativa del Tribunal Supremo a la que hacíamos referencia inicialmente.

De esta manera, la autora realiza un estudio del régimen jurídico del control de transparencia en la normativa señalada (Directiva, LCGC y TRLGDCU) relacionándolo con el doble control de transparencia al que se refiere el Tribunal Supremo. Esto le permite concretar el contenido del control de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, en este caso, de las cláusulas suelo.

²¹ Vid. J. PLAZA PENADÉS, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *Diario La Ley*, núm. 8097, Sección Documento *on-line*, 4 de junio de 2013.

IX.

Finalmente, se analiza en este capítulo otra de las proyecciones del deber de transparencia, esto es, la transparencia en la interpretación del contrato. En este epígrafe aborda la autora la transparencia que se requiere a efectos de interpretación de los contratos, en particular, en los arts. 6.2 LCGC y 80.2 TRLGDCU. De esta forma, se ofrece al lector las diversas formas en las que se proyecta la transparencia en materia de condiciones generales de la contratación.

X.

El capítulo tercero, titulado «Efectos del control de transparencia», trata de abordar principalmente dos cuestiones: una, si las cláusulas no transparentes son «cláusulas abusivas»; y otra, si la nulidad de las cláusulas suelo produce efectos retroactivos. Para estudiar estas cuestiones, se parte de lo manifestado por el Tribunal Supremo, y se analiza la normativa general aplicable sobre la materia. De forma que, en este capítulo, se distinguen dos apartados.

En primer lugar, analiza la obra si la falta de transparencia conlleva la consideración de la cláusula no transparente como «cláusula abusiva». Para ello se aborda la delimitación conceptual de este término en atención a la normativa de consumidores (análisis del art. 82.1 TRLGDCU). Este análisis debe partir del art. 4.2²² de la Directiva; interpretando dicho precepto consideramos que las cláusulas que no superan el doble control de transparencia al que alude el Tribunal pueden ser sometidas al control de contenido en los términos previstos en el art. 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Lo expuesto conllevaría a analizar si las cláusulas suelo han de tener la consideración de cláusulas abusivas, es decir, si en contra de las exigencias de la buena fe contractual causan «en perjuicio del consumidor y usuario» un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contra-

²² «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 comprensibles».

tantes²³. En nuestra opinión, en atención a su función económica, es difícil probar lo anterior. Aunque de la resolución judicial objeto de estudio no se determina de forma clara si las cláusulas suelo no transparentes son cláusulas abusivas, consideramos que procede atribuirle dicho carácter, siempre y cuando no superen el control de contenido previsto en dicho art. 82. En definitiva, entendemos, con la autora, que el control de transparencia al que alude el TS es un control previo aplicable a las cláusulas referidas al objeto principal del contrato en cumplimiento de lo previsto en el art. 4.2 de la Directiva europea; pero que de no superarse, estas cláusulas podrían ser abusivas.

El resultado de este discurso es que se comienza a delimitar en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de *cláusulas abusivas por falta de transparencia* como aquellas cláusulas referidas al objeto principal del contrato que, al no superar unos concretos deberes de transparencia, son sometidas a un juicio de abusividad (control de contenido).

XI.

Si en el primer apartado de este capítulo se delimita el concepto de «cláusula abusiva» previsto en la normativa de consumidores (LCGC y TRLGDCU), seguidamente se aborda la cuestión de determinar si las cláusulas no transparentes pueden ser consideradas como cláusulas abusivas. Para abordar estas cuestiones en la obra se estudian los preceptos reguladores de las cláusulas abusivas (en materia de consumidores) y las resoluciones judiciales emitidas al efecto por nuestros Juzgados y Audiencias Provinciales (partiendo de lo manifestado por el Tribunal Supremo).

Otra cuestión que se aborda en la obra es el análisis de los efectos de las cláusulas abusivas por falta de transparencia, particularmente, la nulidad de la cláusula. Al respecto se estudia tanto la nulidad parcial del contrato como los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo.

²³ Vid. STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunya caixa)* (no publicada aún).

La normativa de consumidores, partiendo del principio de conservación del negocio jurídico, sanciona la abusividad de las cláusulas con la nulidad parcial de la misma y el mantenimiento del resto del contrato «siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas» (art. 83 TRLGDCU). De esta forma, se cuestiona la nulidad parcial declarada por el Tribunal Supremo de una cláusula referida al objeto principal del contrato.

Otro de los pronunciamientos más debatidos de la Sentencia es el relativo a los efectos *ex nunc*²⁴ de la nulidad de las cláusulas suelo. El Tribunal Supremo, pese a declarar la nulidad de las cláusulas litigiosas, considera que no procede la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por la aplicación de las mismas, sino que las entidades demandadas únicamente han de restituir las cantidades cobradas a partir de la fecha de la Sentencia. Esta idea ha sido acogida posteriormente por otras resoluciones. De esta forma limita los efectos de la nulidad a la fecha de la resolución judicial (9 de mayo de 2013). Para ello, el Tribunal Supremo establece distintas razones por las que no procede la nulidad con efectos *ex tunc*. He aquí otro ejemplo de la labor creadora de la jurisprudencia como fuente del Derecho corrigiendo la máxima «*quod nullum est nullum effectum producit*» (arts. 8.1 LGCGC y 1.303 CC). Pues la sentencia no se ampara en el necesario examen de cada caso para poder valorar realmente la abusividad por incorporación, sino que directamente le niega uno de los efectos naturales de la nulidad absoluta, convirtiéndola en una nulidad saneable. Esta nulidad relativa es eficaz para aclarar la existencia del contrato más allá de la abusividad de la cláusula. Los argumentos en los que se sustenta la resolución del Alto Tribunal son variados. No cabe desconocerlos, aun sin compartirlos. Así, los Principios Generales del Derecho, en los que la sentencia encuentra un criterio moderador de la posible retroactividad. Se alude de este modo a la seguridad jurídica²⁵ (art. 9.3 CE) o incluso al orden público económico (amparado en la STJUE

²⁴ FJ 17. El TS concluye con «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».

²⁵ Nuestro Alto Tribunal justifica la limitación de los efectos de la nulidad, en el principio de seguridad jurídica defendido en diversas resoluciones emitidas por el TC (SSTC 179/1994, de 16 junio; 281/1995, de 23 octubre; 185/1995, de 14 diciembre; 22/1996, de 12 febrero, y 38/2011, de 28 marzo, entre otras), TJUE (21 de

21 de marzo de 2013). No obstante, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo optó por una decisión salomónica en la que la devolución de lo indebidamente pagado era un «castigo» excesivo. Para reconducir esta particularidad de algunos contratos de crédito hipotecario y hacer compatible tanto la defensa de los inversores como la solvencia de las entidades de crédito²⁶. Ya hemos indicado que no compartimos la nulidad declarada por el TS, pero, sin embargo, tampoco podemos compartir que una vez declarada tal nulidad se limiten sus efectos por criterios de solvencia bancaria. El segundo argumento usado por el TS tiene, en nuestra opinión, mayor oportunidad, pues se trata de la naturaleza de la acción de cesación interpuesta dirigida a obtener una condena al demandado a que cese en la conducta y no la reitere (arts. 7.2 Dir. 93/13/CEE, 12.2 LCGC y 53 TRLGDCU)²⁷.

Por nuestra parte, no podemos considerar que la doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad sea adecuada²⁸. Debido a que:

marzo de 2013, RWE Vertrieb) y del propio TS (STS 118/2012, de 13 marzo, C 675/2009).

²⁶ Según el referido informe del Banco de España al Senado, dos de cada tres créditos hipotecarios carecen de estas cláusulas, *op. cit.*, p. 18.

²⁷ *Vid.* E. CORDERO, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad», en *Diario La Ley*, 5 de junio de 2013, 2925/2012; M. J. ACHÓN BRUÑÉN, «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y tribunales», en *Diario La Ley*, 16 de julio de 2013, y F. PERTÍNEZ VILCHEZ, «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», en *Diario La Ley*, 23 de septiembre de 2013, 5138/2013.

²⁸ Las críticas más severas de esta sentencia la tachan de inconstitucional, entre otros motivos, precisamente por su incongruencia y por contener argumentos contradictorios. *Vid.* A. CARRASCO PERERA y C. GONZÁLEZ CARRASCO, «Las STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre «cláusulas suelo» es inconstitucional», *Diario La Ley*, núm. 8159, 2013, p. 1.

Vid. adde. en este sentido, sentencias de juzgados de instancia que declaran la nulidad de las cláusulas suelo y condenan a devolver las cantidades cobradas indebidamente: Juzgado de lo Mercantil núm. 2 Málaga (Sentencias 23 de mayo y 19 de julio de 2013); Juzgado de lo Mercantil núm. 10 Barcelona (Sentencia 7 de junio de 2013); y Audiencias Provinciales como AP Álava (Sentencia 9 de julio de 2013). Otras declaran la nulidad pero no con efectos retroactivos: AP Cáceres (Sección 1.^a) en Sentencia 22 de mayo de 2013 y la AP Córdoba (Sección 3.^a) en Sentencia 18 de junio de 2013.

- 1) Es un pronunciamiento procesalmente incongruente al resolverse exclusivamente sobre una acción de cesación (el objetivo es el cese de la conducta y la prohibición de su reiteración futura), no se trata de una acción colectiva de tutela de los intereses de los consumidores, donde sí procede directamente la restitución de cantidades²⁹. Así, no parece que el pronunciamiento sobre la restitución encuentre una causa solvente que lo justifique procesalmente.
- 2) La argumentación de la justificación de la irretroactividad resulta jurídicamente improcedente. La misma se ampara tanto en la seguridad jurídica como en el orden público económico. Así, la alusión a la seguridad jurídica no resulta justificada por dos cuestiones de base: no estamos ante una situación en que las entidades de crédito deban ser amparadas en base a una supuesta confianza legítima de la licitud de dichas cláusulas conforme a la normativa vigente. De hecho, evitar la aplicación de las consecuencias legales de la declaración de nulidad, enfrentando principios jurídico-económicos a la literalidad de la norma, es por sí mismo contrario a la seguridad jurídica. Por otro lado, tan sólo queda a salvo la justificación del orden público económico, y para algunos autores plantea el problema de si un fundamento que no esté basado en razones jurídicas puede llegar a sentar jurisprudencia³⁰.
- 3) La irretroactividad que se preconiza por la sentencia del TS es relativa a la sentencia misma, no a la cláusula suelo en general; lo que no impide seguir declarando la nulidad de dichas cláusulas y exigiendo la restitución de las prestaciones.
- 4) Porque, como antes señalamos, el art. 1.303 CC, aplicable al caso, no puede ser derogado por dicha sentencia.

²⁹ ¿Puede esta sentencia producir efectos de cosa juzgada material sobre la no restitución de cantidades cobradas indebidamente, extensible a consumidores concretos que contrataron préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, dado que no fueron parte del procedimiento? La propia sentencia del Tribunal Supremo niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad en los fundamentos 298 a 300. (*Vid.* fundamento 4 de la SJM Barcelona, de 17 de junio de 2013).

³⁰ F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8154, 2013, p. 6.

En definitiva, el Tribunal Supremo altera la doctrina sobre la nulidad contractual en aras de defender la solvencia de las entidades de crédito³¹.

Tampoco la autora parece íntegramente coincidente con la doctrina jurisprudencial. Pues en su opinión, a pesar de lo manifestado por el TS, la nulidad contractual ha de tener, en todo caso, efectos retroactivos; pues, conforme a lo previsto en el art. 1.303 del Código Civil «lo que es nulo no produce ningún efecto». Sin embargo, el Tribunal Supremo justifica los efectos *ex nunc*, entre otros motivos, como hemos indicado, en los trastornos que podría ocasionar en el «orden público económico». No obstante, sigue Lucía MORENO, consideramos que ninguno de los razonamientos referidos por el Tribunal Supremo es suficiente como para contradecir lo previsto en el art. 1.303 del Código Civil. Además, y tras el dictado de la STS de 9 de mayo de 2013, nuestros Juzgados y Audiencias Provinciales se han manifestado en sentidos diversos en relación con los efectos que han de atribuírseles a la nulidad de las cláusulas suelo, por ello, en esta monografía, se señalan diversas resoluciones dictadas al efecto.

La discutible resolución de nuestro Tribunal Supremo no está siendo seguida (en lo referido a la nulidad *ex nunc*) por la jurisprudencia menor³², que permite el despliegue natural de los efectos de la nulidad. En razón de lo anterior no es fácil evaluar el efecto que tendrá la anunciada sentencia de febrero de 2015 ya anunciada.

En definitiva, en este apartado dedicado a «*La nulidad contractual*», se analiza la normativa general de la nulidad contractual prevista en nuestro Código Civil y en la normativa especial (preceptos de la LCGC y el TRLGDC en los que se sanciona el carácter abusivo de la cláusula contractual con la nulidad de la misma). Respecto de los efectos de la nulidad, se valoran y rebaten los mo-

³¹ *Vid.* E. CORDERO LOBATO, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley*, núm. 8098, 2013, p. 3.

³² Tal es el caso de las siguientes, a modo de ejemplo: Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Orense, Sentencia núm. 95/2013, de 13 de mayo, AC 2013\1626; Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga, Sentencia de 23 de mayo 2013, AC 2013\1480; Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León, Sentencia núm. 6/2011, de 11 de marzo, AC 2011\179; Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, Sentencia núm. 246/2010, de 30 de septiembre, AC 2010\1550; Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, Sentencia núm. 282/2011, de 12 de septiembre, AC 2011\2154.

tivos señalados por el TS para declarar la nulidad con efectos irroactivos, y se analizan algunas de las tantas resoluciones dictadas por los Juzgados y Audiencias Provinciales.

XII.

Las anteriores afirmaciones tienen importantes consecuencias tanto de forma, como desde el punto de vista procesal. Desde la perspectiva del derecho adjetivo, será necesario que las acciones que se pretendan ejercitar se dirijan, en primer lugar, a solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo, así como de otras posibles cláusulas abusivas presentes en el contrato. En segundo lugar, y como pretensión accesoria de la anterior, instar la reclamación de las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de las cláusulas declaradas nulas. La distinción también tendrá relevancia para la determinación del tribunal competente objetivamente, pues en el supuesto de presentar una demanda de reclamación de cantidad será competencia, al menos en principio, del Juzgado de Primera Instancia, mientras que si la acción se dirige a declarar la nulidad de una condición general de la contratación, será competente el Juzgado de lo Mercantil (*ex art. 86 ter LOPJ*). En todo caso, esta declaración de abusividad deberá ser individualizada en razón del inversor y del proceso de comercialización del crédito hipotecario. De este juicio de transparencia se derivará, en su caso, la nulidad de la cláusula. El TS declara la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, es decir, las somete a un control de transparencia, no de contenido, pero al que se le asocia igualmente la sanción de nulidad. Si bien, la sentencia considera que la nulidad es relativa, pues debe afectar únicamente a la cláusula en cuestión. Así, los efectos de tal nulidad no se extienden, al menos en principio, al resto del contrato de préstamo hipotecario, el cual subsiste sin aplicación de la cláusula suelo. Además, en aplicación de las distintas resoluciones dictadas por el TJUE, entiende el Tribunal Supremo que no es posible la moderación o integración de una cláusula declarada nula (a diferencia de lo que preveía —en ese momento— nuestro TRLGDCU³³).

³³ Posteriormente a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras

Finalmente, el capítulo cuarto se dedica a los «Aspectos procesales de las cláusulas abusivas». En él se desarrollan, por un lado, las facultades o poderes que tiene el juez respecto de las cláusulas abusivas (se analiza el control de oficio³⁴ y la facultad de integración y moderación); y, por otra parte, se aborda el tratamiento de las cláusulas abusivas en el proceso declarativo (acciones ejercitables, legitimación, jurisdicción y competencia, requisitos y efectos de las resoluciones que se dicten, medidas cautelares). Finalmente, se estudian las cláusulas abusivas en la ejecución forzosa, teniendo en cuenta los cambios legislativos sufridos a consecuencia de las resoluciones dictadas por el TJUE³⁵.

De forma que, por un lado, se aborda el estudio de los «poderes del juez respecto de las cláusulas abusivas», principalmente la po-

Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, fue modificado (BOE de 28 de marzo de 2014). Dicha modificación se produjo a fin de transponer al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. El nuevo texto supone una modificación trascendente del art. 83 RDL 1/2007, pues suprime la posibilidad de integración y moderación judiciales contemplada en su anterior redacción, adaptándola, de esa forma, a lo manifestado por el TJUE en diversas resoluciones judiciales. Así pues, la redacción vigente del referido precepto es la siguiente: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

³⁴ La posibilidad del control de oficio de las cláusulas abusivas presenta actualmente un enorme interés, sobre todo desde la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (aunque hay resoluciones anteriores), en la que el TJUE interpreta la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que los Estados miembros tienen el deber de controlar de oficio la abusividad de una cláusula, incluso, en los procedimientos ejecutivos. Aunque no es objeto de este estudio, es importante destacar que la interpretación del TJUE colisiona con los principios generales que rigen nuestro orden jurisdiccional civil, basado en el principio dispositivo y de aportación de parte. El TS justifica el control de oficio en lo recogido por el TJUE (*vid.* STJUE 26 de octubre de 2006 y 4 de junio de 2009): «La importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores» justifica que «el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional». Considera el TS que «la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva.»

³⁵ *Vid.* las SSTJUE de 14 de marzo de 2013 y 17 de julio de 2014.

sibilidad de controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Al respecto, la obra analiza lo manifestado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De hecho, en Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, el Tribunal Europeo consideró que la normativa española reguladora del proceso de ejecución hipotecaria no protegía al consumidor y, por tanto, no se ajustaba a la normativa europea. A consecuencia de lo manifestado por el TJUE, el legislador español modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante la aprobación de la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. Desde ese momento, el consumidor —ejecutado— puede oponer en el procedimiento de ejecución el carácter abusivo de las cláusulas contractuales presentes en el título ejecutivo y también el juez de oficio puede apreciar tal carácter. Estas modificaciones suponen el planteamiento de nuevos esquemas en el ordenamiento jurídico español; por ello, aunque de conformidad con el TJUE es posible el control de oficio de las cláusulas abusivas presentes en los contratos celebrados con consumidores, consideramos, al igual que la autora, que habrá de estarse al caso concreto para evitar la infracción de los principios de justicia rogada y contradicción.

Asimismo, se aborda dentro de este apartado dedicado a las facultades del juez respecto de las cláusulas abusivas, la posibilidad de integrar y moderar los derechos y obligaciones de las partes tras la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. Sin embargo, tras el dictado de la Sentencia de 14 de junio de 2012 del TJUE, el legislador español ha procedido —nuevamente— a modificar la normativa española, en esta ocasión, por *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*. De esta forma, y sin perjuicio de las opiniones doctrinales al respecto, en la normativa vigente no se permite que el juez integre y modere el contrato tras declarar la abusividad de una cláusula contractual.

XIII.

Por otro lado, esta obra contiene un estudio pormenorizado y muy valioso del «Tratamiento de las cláusulas abusivas en el proceso de declaración». La finalidad de este apartado es analizar los aspectos procesales relevantes del proceso declarativo. De este modo, se desarrollan las posibles acciones ejercitables en materia de cláusulas abusivas, distinguiendo, a su vez, entre acciones individuales y colectivas. En este sentido, la LCGC señala dos tipos de acciones de ejercicio individual: la acción de no incorporación de la condición general al contrato y la acción de nulidad. No obstante, además de las acciones previstas en la LCGC es posible ejercitar acciones individuales fundamentadas en el Código Civil o en la normativa de consumidores. Si bien el tribunal competente para conocer dependerá de la acción que se ejercite, pues los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia objetiva para conocer cuándo se ejercite alguna de las acciones previstas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 86 ter LOPJ); mientras que, si se ejercita una acción fundada en la normativa general del Código Civil —*v. gr.*, vicios del consentimiento— o en la normativa de los consumidores y usuarios, serán competentes objetivamente los Juzgados de Primera Instancia. Esta doble vía ha inundado los juzgados de lo mercantil, que parece han sido más proclives no sólo a la declaración de nulidad, sino a reconocer efectos retroactivos a la misma.

Además, adelantábamos *supra*, también es posible el ejercicio de acciones colectivas, si bien de forma muy limitada. En este sentido, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación regula tres tipos de acciones: la acción de cesación, de retractación y declaración (art. 12 LCGC). Si bien, la acción de cesación también se encuentra regulada en los arts. 53 a 56 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Asimismo, se estudia en este apartado la acumulación de acciones y la determinación del procedimiento a seguir. Tras exponer los aspectos generales sobre esta materia, se analizan en relación con las cláusulas suelo. En este sentido, respecto de las cláusulas suelo lo habitual es el ejercicio de la acción individual de nulidad de la cláusula y reclamación de las cantidades abonadas indebidamente por la aplicación de la misma; entre las acciones colectivas, lo más conveniente es el ejercicio de la acción

de cesación junto con la acción de restitución de las cantidades abonadas indebidamente de conformidad con el art. 12.2 de la LCGC.

Tras el estudio de las acciones ejercitables, se precisan los sujetos legitimados activamente para el ejercicio de cada una de las acciones previamente analizadas, así como los sujetos frente a los que dirigirlas (es decir, se analiza la legitimación activa y pasiva).

Otro de los aspectos analizados detalladamente en la obra es la jurisdicción y competencia. En este apartado se pretenden establecer las reglas de competencia aplicables en materia de cláusulas abusivas, que permitan a los operadores jurídicos concretar el juez competente para conocer de las acciones entabladas sobre la materia objeto de este estudio. Por ello, se detallan las reglas de competencia judicial internacional, de jurisdicción por el objeto, de competencia objetiva, de competencia territorial y de competencia funcional que serían aplicables en materia de cláusulas abusivas. No obstante, es importante señalar la importancia de concretar la acción que se ejercita, pues el tribunal competente para conocer de un asunto depende de la acción que se ejercite en el proceso concreto.

También resulta conveniente determinar los requisitos y efectos de las sentencias que se dicten, así como las medidas cautelares que pueden solicitarse en materia de cláusulas suelo. Respecto de las medidas cautelares, se concretan los presupuestos que han de concurrir para su solicitud y se analizan resoluciones judiciales dictadas respecto de la solicitud de la suspensión cautelar de las cláusulas suelo durante la tramitación del procedimiento.

Finalmente, en el último apartado titulado «Ejecución forzosa y cláusulas abusivas» se destacan algunos aspectos del tratamiento de las cláusulas abusivas en la tutela ejecutiva, en particular, la posibilidad del ejecutado de oponer en el procedimiento de ejecución el carácter abusivo de cláusulas contractuales (por ejemplo, la existencia de cláusulas suelo). Además, se incluyen los últimos cambios legislativos producidos a consecuencia de la STJUE de 17 de julio de 2014. Tras el dictado de esta resolución, el legislador español aprobó el *Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal*, en el que se prevé la modificación

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en esta ocasión para posibilitar la interposición de recurso de apelación contra el auto que desestime la oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusulas abusivas³⁶.

XIV.

Concluimos ya, que el lector tiene en sus manos una herramienta muy útil. Brillante, clara, segura, audaz en ocasiones, para aproximarse a las cláusulas suelo en los contratos de préstamos hipotecarios. Era necesaria una obra monográfica en la que se analizasen tanto los aspectos sustantivos más relevantes como los aspectos procesales a tener en cuenta por los distintos operadores jurídicos.

* * *

En Málaga, a 8 de marzo de 2015. Festeja la cristiandad en este día a Santo Teófilo o Teofilacto de Nicomedia. Es un buen santo para poner bajo su protección una obra como ésta, donde se junta el conocimiento y el atrevimiento, en la guerra contra la idolatría. Teófilo no medía bien su atrevimiento; cuando el Emperador (el bueno de León V) lo contradijo, estalló en un sinfín de amenazas, exabruptos y condenaciones contra el propio Emperador, vaticinándole desgracias sin límite, quebrantos y penas y al fin la muerte. El León, lacónico, sólo respondió que «para penas, las tuyas», y recluyó al incontinente Teófilo durante treinta años en una fría y sombría celda para que meditase, precisamente, sobre la irretroactividad, en este caso de sus propias palabras. Seguro que en su cautiverio se atormentaba en la distinción entre el improprio *ex tunc* y *ex nunc*. No conocemos si en esos años que precedieron a su muerte en la celda hizo adelantos significativos en tales cuestiones. Finalmente el pronóstico de Teófilo se cumplió (no sólo que el Emperador había

³⁶ Pues, en la anterior modificación llevada a cabo —Ley 1/2013, de 14 de mayo—, a pesar de que incorpora entre los motivos de oposición a la ejecución el carácter abusivo de la cláusula contractual presente en el título ejecutivo, no permitía recurrir en apelación el auto por el que se desestimase dicho motivo, mientras que sí era posible recurrir la resolución por la que se estimaba.

de morir) y el día de Navidad del año 820, estando en su capilla privada, los conspiradores cayeron sobre él; León se defendió usando por espada la cruz del altar, pero sus enemigos lograron asesinarle antes de que nadie acudiese en su auxilio³⁷.

Juan Ignacio PEINADO GRACIA

Catedrático de Derecho mercantil

Universidad de Málaga

³⁷ *Vid. Vida de los Santos de Butler*, edición completa en cuatro volúmenes, traducida y adaptada al español por Wifredo Guinea (SJ) de la segunda edición inglesa, México, 1965, vol. I, enero-marzo, pp. 491-492.

INTRODUCCIÓN

La importancia de la temática es indudable y de gran trascendencia práctica, pues en los últimos tiempos se han dictado numerosas resoluciones judiciales en materia de cláusulas abusivas y, asimismo, se han llevado a cabo sucesivas modificaciones legislativas que han reformado considerablemente la normativa relacionada con la protección de los consumidores y usuarios. En particular, nuestro Tribunal Supremo en Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, resolvió una acción colectiva de cesación planteada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios contra determinadas entidades financieras, en relación con la inclusión de «cláusulas suelo» en los préstamos a interés variable garantizados con hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual del prestatario¹. La relevancia de esta Sentencia es evidente, pues al haber sido dictada por el Pleno del Alto Tribunal sienta doctrina jurisprudencial².

¹ STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013/3088).

² Aunque este estudio se centra en el análisis de la STS de 9 de mayo de 2013, es necesario poner de manifiesto que el Pleno de la Sala Primera del Alto Tribunal ha dictado posteriormente otra sentencia sobre las cláusulas suelo (Sentencia núm. 458/2014, de 8 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno [*JUR* 2014/255073]). En la misma, el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia recogida en su resolución anterior; no obstante, en esta ocasión no se pronuncia sobre los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, pues, según indica el Tribunal, dicha cuestión —a pesar de ser desestimada en primera instancia— no fue objeto del recurso de apelación. Además de la referida Sentencia, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha anunciado en su