

4. DERECHO BANCARIO

El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015

Transparency scrutiny of the floor clauses established by the judgments of the Supreme Court rendered on May 9th 2013, September 8th 2014, March 25th 2015 and April 29th 2015

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York

LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios han originado una creciente litigiosidad en los últimos años debido a su aplicación por la bajada de los índices de referencia para calcular el interés variable. El resultado de estas controversias había sido desigual dentro de la jurisprudencia menor, hasta el surgimiento de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en la materia. Esta ha establecido un doble control de transparencia y una nulidad sin efectos retroactivos. Según el citado control de transparencia, la mayoría de las cláusulas suelo que sean suscritas por consumidores y reúnan una serie de requisitos (que eran frecuentes en la práctica bancaria) son nulas, por lo que no generan efectos. Aunque tal nulidad no produce una restitución recíproca de las prestaciones realizadas en virtud de la referida cláusula desde que el contrato se concluyó, sino desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

ABSTRACT: *Floor clauses of mortgage loans have provoked an increasing number of lawsuits last years due to its application as a consequence of the relevant lowering of the indexes that are used for calculating the floating interest rate. The outcome of these disputes was varied among the Provincial Courts, till the emergence of an established case law from the Spanish Supreme Court. This case law has created a double transparency test and a voidness which does not have retroactive effects. According to the said transparency test, the majority of floor clauses which are consent by consumers and meet some requirements (which were frequently present in this kind of contracts) are void. Consequently, they do not have any effect. But the said nullity does not create a mutual restitution of the obligations performed as a consequence of the referred clause from the contract was entered into by the*

parties, but from the moment that the judgment of the Spanish Supreme Court dated on May 9th 2013 was published.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Control de transparencia. Abusivo. Consumidores. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: *Floor clause. Transparency test. Abusive. Consumers. Mortgage loan.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO. 1. LA CONSIDERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN A EFECTOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA. 2. ESTUDIO DEL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA. 3. EL TIPO DE NULIDAD Y LA FALTA DE RETROACTIVIDAD. 4. AUSENCIA DE COSA JUZGADA RESPECTO A LAS ACCIONES INDIVIDUALES.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos bancarios han originado en los últimos años mucha litigiosidad. De hecho se llega a sostener que el 97% de la gran banca europea ha registrado gastos por estos motivos¹.

Aunque tradicionalmente no ha sido tratado por los autores², una de las cuestiones que más controversia y pleitos está generando son las cláusulas suelo debido a su activación tras la bajada de los tipos de interés de los últimos años³. A este respecto hubo un posicionamiento diverso en la jurisprudencia menor⁴.

Por ello el objeto del presente artículo consiste en analizar la doctrina establecida por el Alto Tribunal respecto a esta clase de cláusulas en sus pronunciamientos, en los cuales principalmente se ha configurado un doble control de transparencia sobre las cláusulas, que impone una ineficacia estructural, parcial, relativa e insubsanable con efectos desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO

Debido a la extensión y número de las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión, se va a proceder a realizar un estudio conjunto de las mismas para extraer la doctrina jurisprudencial contenida en ellas. Sin perjuicio de lo anterior, las citas y reproducciones concretas de párrafos se centrarán en la STS de 9 de mayo de 2013, que es la primera que se dictó en la materia, la que más en profundidad ha desarrollado los temas analizados en este artículo y la que más ha sido comentada por autores⁵ y sentencias⁶.

El estudio de la doctrina emanada del Tribunal Supremo se va a centrar en cuatro aspectos que se van a tratar en apartados separados: la consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación a efectos del control de transparencia, el análisis del doble control de transparencia establecido

por el Alto Tribunal, el efecto irretroactivo de la nulidad derivada del control de transparencia y la inexistencia de cosa juzgada.

1. LA CONSIDERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN A EFECTOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA

El control que realiza el Alto Tribunal de las cláusulas suelo se basa en la consideración de las mismas como condiciones generales de la contratación. Para su estimación como tal, sorteando los obstáculos que previamente había identificado parte de la jurisprudencia menor, el Tribunal Supremo ha indicado que⁷:

«a) el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión⁸.

b) El conocimiento de una cláusula —sea o no condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias —singularmente para el imponente— no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial»⁹.

El cumplimiento de la regulación aplicable¹⁰, incluso el deber informativo contenido fundamentalmente en la Ley 2/2009¹¹, la Orden EHA/2899/2011¹² y la OM de 5 de mayo de 1994¹³ (para los préstamos hipotecarios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la precitada Orden EHA/2899/2011) no imposibilita la posterior declaración del carácter abusivo de la cláusula¹⁴. Actualmente, el régimen informativo aplicable sería esencialmente el contenido en el artículo 25 de la Orden EHA/2899/2011, que exige recoger en un anexo a la ficha de información personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

Esta doctrina resulta particularmente interesante porque tradicionalmente se venía considerando¹⁵ que el objeto principal del contrato no podía ser objeto de regulación mediante condiciones generales de la contratación por su propia naturaleza, por lo que el cumplimiento de la normativa aplicable evidenciaba la validez de la cláusula controvertida.

A su vez, la STS de 9 de mayo de 2013, rechazando uno de los argumentos de las entidades financieras, aclara que «el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerrredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor»¹⁶. Por consiguiente, conforme a la doctrina expuesta contenida en varias sentencias del Tribunal Supremo¹⁷, las cláusulas suelo son condiciones generales susceptibles del doble control de transparencia según los siguientes criterios:

- Notoriamente se empleaban en el sector bancario con los clientes.
- No se requiere un uso generalizado con los consumidores.
- No es necesario que se haya intentado o que sea factible impedir su imposición.

- No es relevante que la iniciativa de la contratación haya provenido del usuario o que la entidad financiera utilice esas condiciones con un colectivo determinado.
- La negociación individual, que es lo que impediría que se estimara que se trata de una condición general, debe probarse por el banco y consistir en un efectivo poder de negociación del individuo. A estos efectos no resulta suficiente prueba de tal negociación individual la existencia de un epígrafe de «*condiciones particulares*» o menciones «*estereotipadas y predispostas que afirman su carácter negociado*»¹⁸.
- Se produce una imposición cuando la incorporación se debe exclusivamente a la voluntad del empresario. A estos efectos se realiza la distinción obvia entre la imposición de contratar de la imposición de un determinado clausulado¹⁹. Son dos cuestiones diferentes, siendo relevante a estos efectos la imposición de las condiciones generales.
- Para dispensar la protección del doble test de transparencia al usuario es irrelevante la formación del consumidor o que se haya producido una verdadera situación de desvalimiento o ignorancia.
- El hecho de que el consumidor disponga de varias opciones dentro del contrato con cláusulas prerrredactadas o que se pueda contratar el mismo producto con varias entidades, no impide la consideración de que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, ni que se aplique la LCGC²⁰. En esta línea el Alto Tribunal señala que conforme a la lógica, los criterios de eficiencia social y económica, no puede requerirse al consumidor un examen minucioso y una comparación de las condiciones generales de los contratos, puesto que el usuario dirige su atención a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella²¹. A estos efectos resulta de interés mencionar que algunas Audiencias Provinciales han estimado que no puede cuestionarse en segunda instancia una infracción sobre la falta de prueba de la negociación de la cláusula, cuando este aspecto no ha sido planteado en primera instancia²². Lo cual puede ser especialmente relevante, puesto que incluso la STS de 9 de mayo de 2013 es criticada por no ser acorde con el principio dispositivo y las cuestiones instadas²³.
- La concurrencia de una condición general no supone que esta sea ilícita o que haya falta de transparencia.

A estos efectos es preciso comentar que algunas sentencias de Audiencias Provinciales han considerado que el hecho de que el consumidor se subrogue en el préstamo hipotecario es un indicativo claro de tener menor capacidad de negociación de las cláusulas²⁴. Otras resoluciones han entendido que tal hecho no constituye obstáculo alguno para estimar que se trata de una condición general en la que procede aplicar el doble control de transparencia²⁵. Consecuentemente, en la práctica aplicando esta doctrina que contempla una carga de la prueba no prevista por el legislador, puede ocurrir que la única prueba de la que se disponga sobre la negociación, si es que finalmente se admite, es la testifical de los empleados de la entidad financiera y el interrogatorio de parte actora. Y si la prueba testifical se minusvalora precisamente por su condición de trabajador, se puede generar una cierta indefensión ante la incapacidad real de poder demostrar lo contrario a lo alegado por el consumidor.

Otro aspecto interesante de la doctrina del Alto Tribunal es que rechaza el argumento de que las cláusulas suelo no están sujetas a la LCGC²⁶ debido a su

amplia regulación en otras normas²⁷, incluso aunque tal normativa se haya cumplido²⁸. A estos efectos no conviene olvidar que el precepto 4.2 de la LCGC expresamente prevé que «*tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*».

La desestimación se basa en que:

- La normativa aplicable a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores se aplica cuando no existe ningún otro acuerdo entre las partes²⁹.
- La regulación sectorial «*se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresa en el contrato*»³⁰.

En consecuencia, en palabras del propio Alto Tribunal, «*la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas*»³¹.

Asimismo, resulta de interés destacar que el Tribunal Supremo ha desestimado la alegación de que las cláusulas suelo no podían someterse a la LCGC porque afectaban a un elemento esencial del contrato³². En este sentido resulta pertinente precisar que según la STS de 9 de mayo de 2013, así como conforme a diversos pronunciamientos doctrinales³³ y jurisprudenciales³⁴, parece que generalmente no es controvertido que la cláusula suelo constituye un elemento esencial del préstamo hipotecario. Aunque algunas sentencias previamente también habían desestimado esta pretensión por considerar que la cláusula suelo no constituía un elemento esencial³⁵. Este argumento se amparaba en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 que establece «*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*».

A este respecto la STS de 9 de mayo de 2013, siguiendo lo sostenido por el IC 2000 y la literalidad de la Directiva citada, concluye que «*las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario*» «*definen el objeto principal del contrato*» «*y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial*»³⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, y tras indicar que la regla general es que no es susceptible de control una cláusula relativa al objeto principal del contrato³⁷, el Alto Tribunal citando determinados pronunciamientos judiciales³⁸ declara que estas cláusulas sí pueden ser objeto de un doble control de transparencia en cuanto a la incorporación de las cláusulas al contrato y a la transparencia de las mismas³⁹. En consecuencia, como dice la STS de 9 de mayo de 2013, la cuestión a dilucidar «*es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*»⁴⁰.

Lo cual no obsta a que como consecuencia de la regla general comentada, se considere que en los casos de cláusulas de condiciones generales que regulen

elementos esenciales como sucede con las cláusulas suelo, no cabe el control sobre su equilibrio⁴¹. Así de forma especialmente clarividente el Alto Tribunal afirma que «una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad —este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato—. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor»⁴².

Este posicionamiento es especialmente importante porque, como posteriormente se explicará, la declaración de nulidad de las cláusulas suelo no depende de su equilibrio, sino de su falta de transparencia⁴³. Aunque a estos efectos también se debe resaltar que el Alto Tribunal ha entendido que «la exigencia de transparencia será más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que supongan para el adherente»⁴⁴. A su vez, en cuanto a las condiciones generales que regulan elementos secundarios el Tribunal Supremo comenta que «lo determinante es que el contrato predisuelto respete el equilibrio de derechos y obligaciones que el consumidor tiene derecho legítimamente a esperar», lo que genera una incierta indeterminación sobre el ámbito de protección en estos casos.

2. ESTUDIO DEL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA

La doctrina jurisprudencial analizada establece un control de transparencia que se proyecta en un doble filtro⁴⁵ (sin perjuicio del control previo de incorporación de la condición general al contrato):

- a) Una transparencia formal, semántica o gramatical que examina la comprensión de los términos de la cláusula y su significado. Este generalmente se entiende que es satisfecho por las cláusulas suelo⁴⁶.
- b) Una transparencia sustantiva que controla la posibilidad de que el adherente conozca o pueda conocer tanto la carga económica como la jurídica de los elementos esenciales del contrato.

Así, en su primer pronunciamiento en la materia, el Alto Tribunal analiza genéricamente la satisfacción del requisito de la transparencia con los consumidores⁴⁷, asumiendo una labor que podría entenderse que se asemeja a la del legislador⁴⁸, señalando que tal requisito se cumple cuando:

- El adherente debe conocer o poder conocer con sencillez tanto la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se pretende obtener («carga económica»), como su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato, como en la asignación o distribución de los riesgos de su ejecución («carga jurídica»)⁴⁹. Es decir, se exige que se informe del real reparto de riesgos⁵⁰. A este respecto es interesante destacar que se requiere que se pueda conocer con sencillez, puesto que la STS de 9 de mayo de 2013 parece reconocer que del contenido de las cláusulas objeto de la controversia, se podía conocer su contenido⁵¹. Asimismo, es importante resaltar la matización que efectúa el Alto Tribunal de que el conocimiento debe extenderse tanto a la carga económica como a la jurídica.

- La información proporcionada al consumidor debe permitirle percibir que la cláusula regula, incide o puede afectar al objeto principal del contrato, pudiendo incidir en su obligación de pago. El usuario debe tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo opera o puede operar dicha cláusula en la carga económica del contrato⁵².
- La ubicación de la cláusula no puede inducir a confusión sobre su impacto en el objeto del contrato y su relevancia. Ilustrativamente, el Tribunal Supremo comenta que «*no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas 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 el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante*»⁵³. Es decir, el Alto Tribunal confirma la existencia de la paradoja que un exceso de información puede originar confusión. Este reconocimiento, si bien parece ajustarse a las limitaciones cognoscitivas del ser humano, plantea una cuestión compleja y de difícil determinación en el caso a caso: no basta con informar de todo conforme a la norma o incluso de más en un exceso de celo, sino que se debe informar de lo señalado por el Tribunal Supremo de forma clara⁵⁴. Lo cual siempre puede ser objeto de una gran subjetividad a la hora de enjuiciar el caso particular.

Estos mismos requisitos han sido confirmados en los pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal⁵⁵ y aplicados por la jurisprudencia menor⁵⁶.

A la hora de estudiar las cláusulas suelo concretas, con el análisis que requiere cada caso como ha enfatizado el magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO en su voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo parece reconocer que aisladamente son claras⁵⁷, que su ubicación es adecuada⁵⁸ y que previsiblemente no entrarían en funcionamiento⁵⁹. Sin embargo, estima que no son transparentes puesto que⁶⁰:

- a) No avisan claramente que regulan el objeto principal.
- b) Se ofertan conjuntamente con el techo.
- c) No se realiza una simulación de funcionamiento con escenarios previsibles⁶¹. A este respecto, el Alto Tribunal precisa que «*es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo*»⁶². Lo cual está íntimamente relacionado con el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto que exige el Tribunal Supremo⁶³.
- d) No permite comparar el coste con otras opciones⁶⁴.
- e) Se regula dentro de otra información.

Aunque la concurrencia de estos requisitos parece estimarse con cierto automatismo por los Tribunales⁶⁵.

A estos efectos es importante resaltar que a través del Auto de 3 de junio de 2013 que resuelve la solicitud de aclaración, el Tribunal Supremo precisó en relación con los elementos comentados que «*las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter*

eventualmente abusivo»⁶⁶. Este carácter abstracto del examen de transparencia también ha sido enfatizado por la jurisprudencia menor⁶⁷. Lo cual puede motivar que, con independencia de unas circunstancias que claramente indiquen que el consumidor necesariamente tenga conocimiento de la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo, como cuando ello se desprende indubitablemente de su formación y de la información verbal suministrada, también se declare la nulidad de la cláusula. Esta posible solución jurídica puede resultar criticable cuando la falta de transparencia conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en esta sentencia no desemboca en un desconocimiento real del consumidor. Y es que parece que lo verdaderamente relevante del referido control del carácter abusivo de la cláusula en relación con la transparencia debería centrarse en si el consumidor tuvo un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede operar dicha cláusula⁶⁸. En este sentido, la SAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 (que fue casada por la STS de 9 de mayo de 2013) indica que *«resulta dudoso que pueda hacerse una declaración de abuso con carácter general y abstracto. El carácter abusivo de estas cláusulas, en principio legales, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato»*. Pero como indican los tribunales, se trata de un control abstracto que se centra en sí concurren los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo efectúa la siguiente precisión en relación con el momento y las circunstancias a tener en cuenta a la hora de aplicar el estudiado control de transparencia⁶⁹:

«Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

«Estas reglas deben de matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación, en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o de cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior a que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente».

Esta doctrina, con su matización respecto a las acciones colectivas, resulta particularmente interesante porque determina qué circunstancias debe valorar el juez para declarar el carácter abusivo de una condición no negociada. Y los aspectos comentados, como puede observarse, también sirven para determinar la información que debe suministrarse para que dicha provisión sea transparente. Así, la mención a la evolución de las circunstancias en un corto y medio plazo parece estar claramente vinculado con la exigencia particular de proporcionar ejemplos sobre el comportamiento del Euribor y de las cláusulas suelo y techo a corto y medio plazo en el caso de los préstamos hipotecarios con consumidores⁷⁰.

También podría resaltarse el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el desequilibrio en las obligaciones, puesto que dicho aspecto es recurrente en los

litigios sobre productos financieros⁷¹. En este sentido, el Alto Tribunal comienza su análisis recordando que es una «cuestión espinosa», puesto que no existe en el Derecho de la Unión Europea, ni en el Derecho nacional norma alguna que regule el desequilibrio entre los derechos y obligaciones en los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas⁷². Características que pueden predicarse de muchos contratos financieros⁷³, además de los préstamos con garantía hipotecaria.

A este respecto, la STS de 29 de abril de 2015 tajantemente rechaza la posibilidad de declarar el carácter abusivo de las cláusulas suelo por la existencia de un desequilibrio en relación con las cláusulas techo, al afirmar que: «no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o a la proporción que deban guardar las cláusulas «suelo» y «techo», y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio»⁷⁴.

En esa misma línea, en un pronunciamiento que parece constituir el *obiter dicta* de la STS de 9 de mayo de 2013, se indica que «la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos»⁷⁵.

Esta apreciación resulta particularmente interesante porque aclara el concepto de desequilibrio relevante a efectos del carácter abusivo (derechos y obligaciones de las partes con independencia del cumplimiento normativo⁷⁶) y además precisa que la vulneración, y por ende su control, se extiende a todas las fases (precontractual y contractual).

A estos efectos conviene recordar que el artículo 82 del TRLGDCU vincula el desequilibrio con las exigencias de la buena fe. Profundizando en este concepto de la buena fe y su relación con el control de abusividad, la STS de 9 de mayo de 2013 puntualiza que la buena fe «es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido»⁷⁷. Más concretamente, sobre los préstamos hipotecarios comenta que «es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto»⁷⁸. Por consiguiente, respecto a este tipo de producto, aunque aparentemente tal conclusión podría ser extrapolable al resto de contratos bancarios comercializados en una sucursal de una entidad bancaria, el Alto Tribunal sostiene que es manifiesto que las relaciones entre las partes contractuales están regidas por la confianza. Lo cual tiene especial relevancia para determinar la excusabilidad del error en la contratación de productos financieros, tal y como puede apreciarse en la jurisprudencia menor que ha resuelto ese tipo de pretensiones⁷⁹, puesto que una mayor confianza puede suponer exigir una menor diligencia en la contratación por parte del cliente. En este sentido, resulta conveniente precisar que parte de la jurisprudencia menor ha descartado la posibilidad de anular las cláusulas suelo por la concurrencia de un vicio en el consentimiento en esta clase de disputas⁸⁰.

Por otro lado, también resulta especialmente interesante el criterio fijado para determinar el incumplimiento de la buena fe: las condiciones de mercado para elementos esenciales y lo que el consumidor pueda legítimamente esperar para aspectos secundarios⁸¹. Así, a *sensu contrario* parece que puede inferirse que cuando se pruebe que las condiciones ofrecidas en el producto

financiero son de mercado, no puede declararse el carácter abusivo de las mismas por vulnerar la buena fe.

Otra apreciación interesante a este respecto se contiene en la STS de 9 de mayo de 2013, al comentar que «*no es preciso que exista un equilibrio «económico» o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo»*⁸². Por lo tanto, parece establecerse por el Alto Tribunal que el carácter abusivo no tiene por qué estar relacionado con la equidistancia entre el suelo y el techo, así como que la falta de transparencia no implica necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas⁸³. Lo cual puede entenderse que entra en cierta contradicción con el posicionamiento del Tribunal Supremo previamente expuesto respecto al concepto de desequilibrio y buena fe relacionado con las condiciones de mercado.

En esa misma línea, el Tribunal Supremo continúa diciendo que «*son lícitas las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de las cláusulas suelo y techo cuando se hace en mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo*»⁸⁴. Por consiguiente, el Alto Tribunal precisa que no es necesario que coexistan las cláusulas suelo y techo para considerar que estas no son abusivas, llegando incluso a criticar su cercanía en las estipulaciones del contrato porque pueden hacer creer al consumidor que una provisión es la contraprestación de la otra.

3. EL TIPO DE NULIDAD Y LA FALTA DE RETROACTIVIDAD

Esta es una cuestión especialmente controvertida sobre la que no ha habido un claro posicionamiento en la jurisprudencia menor⁸⁵. De hecho se han dictado dos votos particulares de magistrados del Tribunal Supremo sobre esta materia⁸⁶ y se han escrito varios artículos postulando diferentes posturas sobre la misma⁸⁷.

En este sentido hay que comenzar indicando que en la actualidad se reconoce la existencia de diversos tipos de nulidad, sin que cada uno de ellos tenga que implicar necesariamente el efecto devolutivo previsto en el artículo 1303 del Código Civil⁸⁸.

Conforme a la doctrina del Alto Tribunal la nulidad que procede por esta clase de abusividad es funcional y no estructural, puesto que su fundamento no deriva del incumplimiento de los requisitos que configuran el negocio jurídico, sino del control de contenido y de transparencia de las condiciones⁸⁹.

Además el Tribunal Supremo ha precisado que se trata de una ineeficacia relativa porque sus efectos se producen entre las partes (y no *erga omnes*), parcial porque solo afecta a la cláusula declarada abusiva e insubsanable⁹⁰.

No obstante lo anterior, lo particularmente controvertido sobre este tema ha sido el carácter irretroactivo de la nulidad, impidiendo que los consumidores afectados puedan reclamar el dinero abonado en virtud de la cláusula suelo con anterioridad a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013⁹¹. Con posterioridad a tal fecha sí se produce la ineeficacia puesto que «*no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo estas indagar y establecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo de tipos de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información*»⁹².

En este sentido la citada resolución de 9 de mayo de 2013, al igual que las posteriores que han confirmado la referida doctrina⁹³, establece expresamente la irretroactividad de su eficacia con base en que⁹⁴:

- Las cláusulas suelo son lícitas.
- La inclusión de las mismas en los contratos de préstamo hipotecario responde a la utilidad que tales estipulaciones pueden tener para ambas partes del contrato.
- Son cláusulas habituales.
- Ha sido pacífico su uso durante largo tiempo en el mercado⁹⁵. Aunque sobre este aspecto el Alto Tribunal en su Auto de 3 de junio de 2013 quiso matizar para evitar equívocos que «*la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia*»⁹⁶, aclarando que eso «*no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor*»⁹⁷. Este posicionamiento parece que podría ser importante no solo en relación con la normativa de consumidores y de condiciones generales de la contratación, sino incluso también respecto a la potencial aplicación de la confirmación tácita para los casos que se planteara la concurrencia de un vicio del consentimiento.
- La nulidad de las cláusulas se decreta por su falta de transparencia y no por la ilicitud intrínseca de sus efectos.
- La falta de transparencia deriva de la insuficiencia de la información y no de la oscuridad interna de la estipulación.
- Se ha cumplido con los requisitos normativos vigentes, como los recogidos en la OM de 5 de mayo de 1994.
- El ordenamiento permite la sustitución del acreedor.
- La retroactividad podría originar unos trastornos graves con transcendencia en el orden público económico.

Este criterio es contrario al mantenido por un relevante número de sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con el pago de las cuotas abonadas en virtud de la cláusula suelo⁹⁸, así como el postulado por la Comisión Europea. En este sentido, tenemos que recordar que respecto a la eficacia de la resolución de 9 de mayo de 2013, el Auto de 3 de junio de 2013 por el que se resuelve la solicitud de aclaración puntualiza que «*para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas*»⁹⁹.

Tal posicionamiento ha sido ratificado con posterioridad por las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015 respecto a las acciones individuales que se ejerciten, puesto que «*el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva*»¹⁰⁰.

Como se ha mencionado, la referida matización sobre el efecto «*hacia el pasado*» es lo que ha originado la mayor polémica dentro de la doctrina¹⁰¹ y las Audiencias Provinciales. Así algunas resoluciones de Audiencias Provinciales, y también algunos autores¹⁰², han estimado que lo procedente es declarar la irretroactividad de la nulidad, no condenando a la devolución de las cantidades ya

ingresadas en virtud de la cláusula suelo¹⁰³. No obstante, otras sentencias han considerado que la declaración de irretroactividad no es aplicable al supuesto que están resolviendo, porque la STS de 9 de mayo de 2013 se dicta en un proceso en el que se ha ejercitado una acción colectiva de cesación, únicamente en relación con las partes de ese proceso en el que no se ejercitó una acción de condena a la restitución¹⁰⁴. En este mismo sentido, habría que resaltar el posicionamiento mantenido por el magistrado del Alto Tribunal Francisco Javier ORDUÑA MORENO en sus votos particulares de las SSTS de 25 de marzo de 2015¹⁰⁵ y de 29 de abril de 2015, en los cuales postula una eficacia retroactiva con base en:

- La irretroactividad declarada en la STS de 9 de mayo de 2013 no afecta a las acciones individuales, ya que tal pronunciamiento judicial no debería producir efectos de cosa juzgada respecto a las acciones individuales.
- Resulta improcedente e insuficiente asumir en bloque los postulados de la STS de 9 de mayo de 2013 para las acciones individuales.
- Actualmente no hay riesgo de trastornos graves en las entidades financieras debido al saneamiento financiero efectuado.
- No hay regulada una respuesta general y automática en el ordenamiento para esta clase de supuestos, por lo que hay que resolverlos caso a caso.
- Es preciso atender al tipo de contratación, de acción, la finalidad tuitiva de la normativa aplicada y la nulidad funcional, relativa, parcial e insubsanable que resultaría de aplicación.
- La buena fe también es aplicable a la fase de oferta y perfección del contrato.
- El hecho de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 no hace perder su condición de cláusula sorpresiva o desconocida para el consumidor adherente.
- Se debería sancionar la vulneración cometida por la cláusula suelo desde el primer momento que se cometió.

Consecuentemente, parece que no hay una posición unánime sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo ni siquiera dentro del Alto Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, sí existe una doctrina clara y asentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la clase de nulidad y la falta de retroactividad, aunque se estén ejercitando acciones individuales.

4. AUSENCIA DE COSA JUZGADA RESPECTO A LAS ACCIONES INDIVIDUALES

Este es otro de los aspectos que ha suscitado cierta polémica, inicialmente como la posible concurrencia de litispendencia¹⁰⁶ entre al proceso relativo a la controversia instada por la acción colectiva que finalmente resolvió el Tribunal Supremo en su STS de 9 de mayo de 2013¹⁰⁷ y posteriormente sobre la posibilidad de que exista un efecto de cosa juzgada¹⁰⁸ en los procesos que ventilan acciones individuales que solicitan la nulidad de cláusulas suelo¹⁰⁹.

Esta cuestión es tratada con detalle por la STS de 29 de abril de 2015¹¹⁰, que rechaza la aplicación de los efectos de cosa juzgada puesto que:

- La STS de 9 de mayo de 2013 se pronuncia sobre las cláusulas suelo objeto de ese proceso.

- En la comentada controversia no se solicitó una eficacia *ultra partes*.
- En la referida disputa tampoco se planteó la pretensión de la restitución de las pretensiones.

Este posicionamiento también es compartido por el voto particular de los magistrados Francisco Javier ORDUÑA MORENO y Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ contenido en la citada sentencia¹¹¹, que enfatiza que la ausencia de cosa juzgada es una consecuencia inherente de la diferente naturaleza de las acciones colectiva de cesación y la acción individual de restitución.

Por consiguiente, según los pronunciamientos analizados parece que tiene que entenderse que la vía para ejercitar las acciones individuales no puede verse obstaculizada a nivel procesal por la excepción de cosa juzgada respecto a los procesos que ha resuelto el Alto Tribunal en la materia en los que se han ejercitado acciones colectivas. Lo cual no obsta a que la litispendencia y el efecto de cosa juzgada sí puedan plantearse respecto a acciones colectivas posteriores donde sí se pretende la devolución de las cantidades abonadas con motivo de la aplicación de las cláusulas suelo¹¹². Así esta problemática se ha complicado por la demanda que en el año 2010 interpuso la asociación de consumidores y usuarios ADICAE, ejercitando una acción colectiva contra prácticamente todo el sistema financiero, por una cantidad ingente de clausulados, todo a ventilar en el mismo proceso y Juzgado (núm. 11 de Madrid) y la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, que eleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones que directamente afectan a la suspensión y pervivencia de acciones individuales y colectivas por la problemática desatada por la demanda colectiva de ADICAE¹¹³. En este sentido parecía inicialmente que se había decretado el fin de la posibilidad de entablar acciones eficaces contra las cláusulas suelo, pero ahora aparentemente se ha flexibilizado el criterio en sede cautelar mediante los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil de 21 de noviembre de 2014¹¹⁴, de modo que se podría permitir en tal sede la suspensión de la aplicación de las cláusulas suelo.

III. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en este artículo, así como de lo postulado por las fuentes consultadas y analizadas en el mismo, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones sobre la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo insertas en los préstamos hipotecarios:

- I. Las condiciones generales que establecen un suelo en los préstamos hipotecarios no son ilícitas o abusivas *per se*.
- II. Tales cláusulas están sujetas a un doble control de incorporación al contrato, efectiva claridad y de transparencia necesaria para que haya un efectivo entendimiento del consumidor.
- III. A la hora de aplicar el referido control resulta irrelevante el cumplimiento de la normativa aplicable, el desequilibrio entre el techo y el suelo o la formación o trabajo del consumidor.
- IV. El momento relevante para aplicar el mencionado control de transparencia es el de contratación, debiendo realizar la entidad financiera el correlativo esfuerzo informativo para que se produzca la efectiva compresión de la carga económica y jurídica del suelo.

V. Se estima que una cláusula suelo no es transparente cuando:

- a) No avisa claramente que regula el objeto principal.
- b) Se oferta conjuntamente con el techo.
- c) No se realiza una simulación de funcionamiento con escenarios previsibles.
- d) No permite comparar el coste con otras opciones.
- e) Se regula dentro de otra información.

VI. La consecuencia jurídica de la falta de transparencia es una ineficacia funcional relativa, parcial e insubsanable.

VII. La señalada ineficacia no es retroactiva, decretándose la restitución de las cantidades abonadas por la cláusula suelo desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

VIII. Las acciones colectivas resueltas por el Tribunal Supremo no tienen efectos de cosa juzgada en los pleitos que se ventilan acciones individuales que instan la comentada devolución de las cantidades abonadas por los consumidores. Si bien, otras acciones colectivas y cuestiones prejudiciales planteadas sí pueden llevar aparejadas la estimación de las excepciones de litispendencia o cosa juzgada.

IX. La ausencia de retroactividad sobre las cantidades pagadas por los consumidores sigue generando fuerte controversia, incluso entre los magistrados del Tribunal Supremo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012). La cosa juzgada civil. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 299-341.
- DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 (BIB 2013, 1692).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2012). El inicio del proceso: la demanda. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 59-64.
- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013). Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 (BIB 2013, 1767).
- (2013). La modificación de la cláusula suelo en las hipotecas, *Revista Actualidad Aranzadi*, núm. 867/2013 (BIB 2013, 1268).
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, V. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739.
- JAVIER CORTES. L. (2014). Los contratos Bancarios (I) y (II). En: Menéndez, A. y Rojo, Á. (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, 12.^a ed., Civitas, Madrid, pp. 227-265.

- J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- LÓPEZ GIL, M. (2010). La cosa juzgada. En: Robles Garzón, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 435-442.
- MARÍN NARROS, H. D. (2014). Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios y la STS de 9 de mayo de 2013. En: Marín Narros, H. D. (coord.), *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, pp. 107-149.
- (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
- MATEOS FERRES, M. (2013). Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 (BIB 2013, 1766).
- MOLINA CABALLERO, M.ª J. (2010). El inicio del juicio ordinario. La demanda. En: Robles Garzón, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 290-292.
- ORDUÑA MORENO, F. J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871/2013 (BIB 2013, 2180).
- PÉREZ CONESA, C. (2013). Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 4/2013, (BIB 2013, 1407).
- SOLA PASCUAL, A. (2013). Cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios ¿condiciones generales nulas? STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013 (BIB 2013, 1164).

V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 3 de junio de 2010
- STJUE de 21 de marzo de 2013

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 1 de julio de 2010
- STS de 21 de noviembre de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 9 de mayo de 2013
- ATS de 3 de junio de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid, Sec. 9.ª, de 10 de julio de 2009
- SAP de Huelva, Sec. 1.ª, de 29 de diciembre de 2010

- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 8 de febrero de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 14 de febrero de 2011
- SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011
- SAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011
- SAP de Murcia, Sec. 1.^a, de 21 de noviembre de 2011
- SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 12 de diciembre de 2011
- SAP de Burgos, Sec. 3.^a, de 2 de febrero de 2012
- SAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 4 de marzo de 2012
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 8 de mayo de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 13 de julio de 2012
- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 13 de septiembre de 2012
- SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 7 de diciembre de 2012
- SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013
- SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 5 de marzo de 2013
- SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013
- SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 9 de julio de 2013
- SAP de Ciudad Real, Sec. 1.^a, de 11 de julio de 2013
- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013
- SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 28 de octubre de 2013
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 21 de noviembre de 2013
- SAP de Murcia, Sec. 1.^a, de 10 de diciembre de 2013
- SAP de Badajoz, Sec. 3.^a, de 14 de enero de 2014
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 27 de febrero de 2014
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 4 de marzo de 2014
- SAP de Málaga, Sec. 6.^a, de 12 de marzo de 2014
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 13 de marzo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014
- SAP de Albacete, Sec. 1.^a, de 28 de abril de 2014
- SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 8 de mayo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 19 de mayo de 2014
- SAP de Granada, Sec. 4.^a, de 6 de junio de 2014
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 7 de julio de 2014
- SAP de Cádiz, Sec. 5.^a, de 20 de noviembre de 2014
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2015
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 12 de marzo de 2015
- SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 24 de marzo de 2015
- SAP de Segovia, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2015
- SAP de Toledo, Sec. 1.^a, de 28 de mayo de 2015

NOTAS

¹ Cfr. CRESPO, A., El 97% de la gran banca europea registra costes por litigios, *Expansión Digital*, publicado el 12 de julio de 2015.

² Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, V. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, JAVIER CORTES. L. (2014). Los contratos

Bancarios (I) y (II). En: Menéndez, A. y Rojo, Á. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, 12.^a ed. Civitas; Madrid, pp. 227-265. J. Jiménez Sánchez, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.^º, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 120-131.

³ Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, MARÍN NARROS, H. D. (2014). Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios y la STS de 9 de mayo de 2013. En: Marín Narros, H. D. (coord.), *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, p. 107.

⁴ Cfr. SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2013, MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, p. 108. A favor de la validez de este tipo de cláusulas *vid. SSAP* de Burgos, Sec. 3.^a, de 2 de febrero de 2012, de Madrid, Sec. 19.^a, de 13 de julio de 2012 y de Ávila, Sec. 1.^a, de 7 de diciembre de 2012 entre otras. En contra, *vid. SSAP* de Zamora, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2013 y de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de julio de 2012.

⁵ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, pp. 105-149, PÉREZ CONESA, C. (2013). Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 4/2013, (BIB 2013, 1407), GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, *op. cit.*

⁶ *Vid. SSAP* de Cádiz, Sec. 5.^a, de 20 de noviembre de 2014, de León, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2015, de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 24 de marzo de 2015, de Segovia, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2015, de Toledo, Sec. 1.^a, de 28 de mayo de 2015, entre otras.

⁷ Cfr. párrafo 144 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin perjuicio de lo anterior, se pueden observar manifestaciones similares en la SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015.

⁸ Este criterio ha sido seguido por la mayoría de las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013. Aunque otras Audiencias Provinciales se habían pronunciado en contra. Cfr. SSAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 (casada por la STS de 9 de mayo de 2013), de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013.

⁹ En sentido contrario se manifestaban algunas sentencias como la SAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011.

¹⁰ Que es amplio y ha sufrido numerosas modificaciones (especialmente en aspectos procesales para mitigar los efectos de la crisis económica en los deudores hipotecarios). *Vid. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A., op. cit.*, pp. 130-131, que alude a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de 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.

¹¹ 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. Esta norma impone

diversas obligaciones en relación con la transparencia de los contratos y precios (arts. 4 y 5), así como respecto a la publicidad (art. 12), folleto informativo (art. 13), información previa a la contratación (art. 14), la oferta vinculante (art. 16) y el contrato (art. 17). Como puede observarse, dentro de los citados artículos no se encuentran los requisitos de transparencia que ha establecido el Tribunal Supremo en las sentencias comentadas en este trabajo. Así, el artículo 4 respecto a la transparencia del contrato señala:

«1. *Las empresas deberán tener a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen. Los consumidores no tendrán que afrontar ningún gasto ni asumir compromiso alguno por su recepción. Esta información deberá estar disponible en la página web de las empresas, si estas disponen de ella, y en los establecimientos abiertos al público u oficinas en que presten sus servicios.*

2. *La accesibilidad de las personas con discapacidad a la información prevista en el apartado anterior deberá garantizarse en los términos exigidos legal o reglamentariamente.*

Por su parte, el precepto 14 relativo a la información precontractual dice:

«1. *La empresa deberá suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos la siguiente información:*

a) *En cuanto a la propia empresa:*

- *Identidad, número o código de identificación fiscal, razón social, domicilio social y actividad principal de la empresa.*
- *En su caso, página web de la empresa y su carácter de franquiciado.*
- *Póliza de seguro de responsabilidad civil o aval y entidad aseguradora o de crédito con la que se haya contratado.*
- *El Registro, autonómico o estatal, en el que la empresa esté inscrita y su número de registro.*

b) *En cuanto al préstamo o crédito hipotecario ofrecido:*

- *Una descripción de las principales características del contrato de préstamo o crédito.*

• *El precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo.*

• *Una advertencia que indique que el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como que el precio del contrato se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En todo caso, el consumidor, a través de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de interés asumido.*

• *La indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma. No obstante en el caso de que estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar cuáles son y su cuantía.*

• *Las modalidades de pago y de ejecución.*

c) *En cuanto al contrato de préstamo o crédito hipotecario:*

1.º *Los supuestos en que existe el derecho a obtener una oferta vinculante conforme a lo previsto en el artículo 16, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo.*

2.º *Información acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes para resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a la legislación que resulte aplicable y a las condiciones del contrato, incluidas las compensaciones que pueda contener el contrato en ese caso.*

3.º *En cuanto a los medios de reclamación, a qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos.*

4.º *Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, en este caso a elección del consumidor, cuando esta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.*

5.º *Legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato.*

2. *La información prevista en este artículo se prestará por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información.*

3. *El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos 61 y 65 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.*

4. *Las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia de consumo, podrán determinar reglamentariamente cualquier otra información, compatible con la legislación comunitaria sobre la materia, que la empresa deba comunicar al consumidor de forma previa al contrato».*

¹² Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en lo sucesivo, «Orden EHA/2899/2011»).

¹³ Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos. Algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales estimaban que esta normativa evidenciaba que la cláusula suelo era una condición general. Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013.

¹⁴ En contra de lo postulado previamente por diversas Audiencias Provinciales. *Vid.* SSAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013), de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013. En concreto, la primera sentencia comentada consideraba que el cumplimiento de la referida normativa bancaria garantizaba la plena información, la libre formación de la voluntad, la ausencia de imposición e incluso que las cláusulas suelo no sean contrarias a la buena fe. En sentido opuesto se han pronunciado otras Audiencias Provinciales, generalmente siguiendo el criterio de la STS de 9 de mayo de 2013. *Vid.* SSAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013 y de 18 de junio de 2013.

¹⁵ *Vid.* SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013.

¹⁶ Cfr. párrafo 148 de la STS de 9 de mayo de 2013.

¹⁷ Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015.

¹⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo de la STS de 29 de abril de 2015 sobre cláusulas suelo y SSTS de 18 de abril de 2013 y de 12 de enero de 2015 en general.

¹⁹ Cfr. STS de 29 de abril de 2015.

²⁰ Doctrina que ha sido comentada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.* Aunque también se han producido pronunciamientos en contra como la SAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013).

²¹ Cfr. Fundamento de Derecho Undécimo de la STS de 29 de abril de 2015.

²² *Vid.* SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013.

²³ *Vid.* MATEOS FERRES, M. (2013), Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 (BIB 2013, 1766), DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 (BIB 2013, 1692).

²⁴ Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013. De la misma manera se han pronunciado algunas sentencias en relación con la novación, como las SSAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 8 de mayo de 2012 o de Cáceres, Sec. 1.^a, de 28 de octubre de 2013, en la que se pactó una novación con una bajada del tipo contemplado en la cláusula suelo, pero en todos los contratos se contenía la misma cláusula de limitación de tipos de interés.

²⁵ Cfr. SAP de León, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2015.

²⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en adelante «LCCG».

²⁷ Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015. Doctrina que ha sido analizada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, y las Audiencias Provinciales, como reflejan las SSAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 y de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013. En concreto, la primera sentencia citada comenta en relación con las cláusulas suelo que «*la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCCG sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis*», «*su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria. Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los Tribunales*».

²⁸ Cfr. párrafo 203 de la STS de 9 de mayo de 2013.

²⁹ Siguiendo lo señalado en la STJUE de 21 de marzo de 2013 y el IC 2000. Aunque esos postulados no parecen plenamente aplicables a toda la normativa que regula los préstamos hipotecarios con consumidores que ha sido anteriormente citada.

³⁰ Cfr. párrafo 174 de la STS de 9 de mayo de 2013 y STS de 29 de abril de 2015.

³¹ Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 29 de abril de 2015.

³² Doctrina que ha sido estudiada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.* Aunque también ha habido pronunciamientos en contra de las Audiencias Provinciales. Cfr. SSAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013) y de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013.

³³ Cfr. GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013). Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 (BIB 2013/1767), GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013). La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *Revista Actualidad Aranzadi*, núm. 867/2013 (BIB 2013, 1268), PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.*

³⁴ Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013 y de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013, entre otras.

³⁵ Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 13 de septiembre de 2012, de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013 y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a G., *op. cit.*

³⁶ Cfr. párrafos 189 y 190 de la STS de 9 de mayo de 2013.

³⁷ Cfr. párrafo 192 de la STS de 9 de mayo de 2013. Doctrina que ha sido seguida por las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013.

³⁸ *Vid.* STJUE de 3 de junio de 2010 y STS de 1 de julio de 2010, entre otras.

³⁹ Doctrina que ha sido estudiada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, GARCÍA DE PABLOS, J. F., «La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas», *op. cit.*, centrándose en la claridad de la cláusula y en la comprensión de la carga económica y jurídica. Y también por las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013.

⁴⁰ Cfr. párrafo 200 de la STS de 9 de mayo de 2013. Criterio seguido por las Audiencias Provinciales, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013, que indica que «se trata de analizar la información que fue suministrada al consumidor respecto de la cláusula suelo y, sobre todo, su influencia en el precio del préstamo».

⁴¹ Cfr. párrafo 196 de la STS de 9 de mayo de 2013, SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015. Pero algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, como la SAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013), sí analizaban el posible desequilibrio, considerando que el mismo tiene que ser examinado desde una perspectiva jurídica y no económica. Por dicha razón, estimaban que en estos casos no se producía ningún desequilibrio relevante a efectos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo «LGDCU»), porque con la introducción de cláusulas suelo y techo se acota la variabilidad de los intereses en ambos sentidos y no existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites.

⁴² Cfr. párrafo 229 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁴³ Como señala la doctrina que ha analizado esta sentencia. Cfr. GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), «La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas» *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 29 de abril de 2015.

⁴⁵ Cfr. párrafos 201 y sigs. de la STS de 9 de mayo de 2013, SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015 y SAP de León, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2015.

⁴⁶ Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014 y de 25 de marzo de 2015.

⁴⁷ Cfr. párrafo 215 de la STS de 9 de mayo de 2013, entre otros. Lo cual parece implicar que toda la doctrina contenida sobre la transparencia de las cláusulas suelo no sería aplicable en casos donde no haya consumidores, como en los supuestos en los que el adherente sea una persona jurídica que contrata el préstamo dentro su actividad empresarial. Así, el Tribunal Supremo comenta que «las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de interés». Cfr. párrafo 217 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, para las Audiencias Provinciales parece no tener gran relevancia el hecho de que el contrato lo haya suscrito

una persona jurídica. Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 3 de junio de 2013. Y ello a pesar no solo de que previsiblemente conocen cómo operan estas cláusulas, sino que además sería discutible que conforme a determinada jurisprudencia menor tales mercantiles tengan la condición de consumidor. A su vez habría que indicar que según algunos autores la nulidad de las cláusulas suelo decretada por la STS de 9 de mayo de 2013 se basa en la aplicación de la normativa de consumidores (GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), *Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, op. cit.*). Lo cual reforzaría la conclusión de que el referido control noaría aplicarse en estos casos. *Vid.* a favor de que sea considerado consumidor SSAP de Murcia, Sec. 1.^a, de 21 de noviembre de 2011 y de 10 de diciembre de 2013. Y en sentido contrario, SSAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 4 marzo de 2012, de La Coruña, Sec. 4.^a, de 5 de marzo de 2013 y de Cuenca, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 2013. Así, la SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013, estima que la persona jurídica que suscribe el préstamo y las personas físicas que otorgan la fianza no son consumidores, pero aplica igualmente la doctrina contenida en la STS de 9 de mayo de 2013, argumentando que «*no tratándose la prestamista de consumidora, no sería aplicable el doble control de transparencia que se desarrolla en la sentencia TS 241/13 (RJ 2013, 3088), pero ello ni impide que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre el consentimiento contractual. (...) En este caso, teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un hostal de una estrella, las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no podemos sino confirmar, aun por razonamientos jurídicos diferentes, la sentencia de instancia*». Aunque lo cierto es que la citada sentencia alude reiteradamente a la doctrina contenida en la STS de 9 de mayo de 2013. Con un enfoque diferente, la SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 2013, aunque también cita a la STS de 9 de mayo de 2013, considera que la falta de condición de consumidor motiva que no resulte de aplicación al caso la Ley 2/2009 ni la Orden de 5 de mayo de 1994. Todo ello sin perjuicio de la relevante precisión que realiza en cuanto al régimen normativo, al no considerar igualmente aplicable la LMV ni la Orden EHA/2899/2011 (esta última por razones temporales relacionadas con su entrada en vigor). Por consiguiente, únicamente entiende que es aplicable la LCGC, lo que debe implicar que solo se efectúe un control de incorporación.

⁴⁸ Así algunos autores han señalado que la STS de 9 de mayo de 2013 ha creado «*los parámetros que han de valorarse para determinar la falta de transparencia de una cláusula suelo*». Cfr. MATEOS FERRES, M., *op. cit.*

⁴⁹ Cfr. párrafo 210 de la STS de 9 de mayo de 2013. En esa línea algunas resoluciones judiciales ya habían apuntado la relevancia de la reciprocidad y la ausencia de la misma debido a la desproporción económica. Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013. Aunque para ello parece que realizan una valoración retrospectiva de los hechos, incurriendo en el conocido como *hindsight bias*, que ha sido criticado por las Audiencias Provinciales (SAP de Huelva, Sec. 1.^a, de 29 de diciembre de 2010) e incluso parece que por el Tribunal Supremo (STS de 21 de noviembre de 2012).

⁵⁰ *Vid.* PÉREZ CONESA, C., *op. cit.* y GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), *La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, op. cit.*, reproduciendo

un párrafo de la STS de 9 de mayo de 2013 en el que se traslucen que el Alto Tribunal entendía que el reparto no era equitativo porque previsiblemente la cláusula techo no entraría juego. Lo cual puede suponer una contradicción con lo expuesto en la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la irrelevancia del equilibrio entre las cláusulas techo y suelo, que se expone en este artículo.

⁵¹ Vid. párrafos 212, 216 y sigs. de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁵² Cfr. párrafo 211 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁵³ Cfr. párrafo 212 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁵⁴ Cfr. párrafo 212 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁵⁵ Cfr. SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015.

⁵⁶ Cfr. SSAP de Cádiz, Sec. 5.^a, de 20 de noviembre de 2014, de León, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2015, de Vizcaya, Secc. 4.^a, de 24 de marzo de 2015, de Segovia, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2015, de Toledo, Sec. 1.^a, de 28 de mayo de 2015, entre otras.

⁵⁷ Lo cual no obsta para que haya habido pronunciamientos de Audiencias Provinciales que hayan estimado que las cláusulas suelo no pueden comprenderse tras su lectura, como la SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 8 de mayo de 2012.

⁵⁸ Cfr. párrafo 218 de la STS de 9 de mayo de 2013, que en concreto dice «*la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percibirse de su importancia, se revela así engañoso*».

⁵⁹ Cfr. párrafo 218 de la STS de 9 de mayo de 2013, que en particular señala «*el diferencial del tipo de referencia, en que la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor*».

⁶⁰ Estos criterios han sido particularmente comentados por la doctrina como parámetros para determinar la falta de transparencia. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, SOLA PASCUAL, A., *op. cit.*, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.* Y también por las sentencias de Audiencias Provinciales que se han dictado tras la STS de 9 de mayo de 2013, como las SSAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013, de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013 y de Cáceres, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013.

⁶¹ Esta exigencia informativa ya fue señalada por el Banco de España y es tenida en cuenta por las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013.

⁶² Cfr. párrafo 256 de la STS de 9 de mayo de 2013. A estos efectos el Tribunal Supremo puntualiza que ese deber de información no comprende las previsiones a medio y largo plazo debido a la imprevisibilidad de las mismas. Cfr. párrafo 264 de la STS de 9 de mayo de 2013. En sentido similar se pronuncia algún sector doctrinal, como GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, *op. cit.*

⁶³ Cfr. párrafos 263 y 264 de la STS de 9 de mayo de 2013. A este respecto, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a ha criticado que, a pesar de las afirmaciones contenidas en la STS sobre la imposibilidad de afirmar la abusividad en abstracto o la existencia de un desequilibrio en general, el Alto Tribunal acaba en la práctica efectuando el análisis de dicha manera. Cfr. *op. cit.*

⁶⁴ Aspecto especialmente tenido en consideración por algunas Audiencias Provinciales e incluso por el Banco de España. Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013 y de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013.

⁶⁵ Cfr. STS de 29 de abril de 2015, SSAP de Badajoz, Sec. 3.^a, de 14 de enero de 2014, de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2014, de Granada, Sec. 4.^a, de 6 de junio de 2014 y de Cáceres, Sec. 1.^a, de 7 de julio de 2014 y de León, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2015.

⁶⁶ Cfr. párrafo 12 del Auto citado. El carácter abstracto también ha sido mencionado por resoluciones posteriores como la STS de 29 de abril de 2015. A estos efectos, resulta interesante comentar que algunos autores han interpretado la STS de 9 de mayo de 2013 entendiendo que el Alto Tribunal declara que «*para apreciar la falta de transparencia, bastaba con que uno de los descritos supuestos concurriese de forma clara, siempre que ello no fuese un hecho aislado del resto de circunstancias que hubieren presidido la contratación*». Cfr. DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.* Lo cual no parece ajustarse exactamente a la literalidad de lo dispuesto en el citado ATS y a la interpretación del mismo que han efectuado algunas sentencias, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013 y otros autores. Cfr. GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.* Asimismo, habría que indicar que en línea con lo señalado en el Auto de 3 de junio de 2013, algunas sentencias posteriores han seguido resaltando de necesidad de «acomodar» la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 al caso concreto (SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 28 de octubre de 2013).

⁶⁷ Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013 y de León, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2015, entre otras.

⁶⁸ Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013, STS de 8 de septiembre de 2014.

⁶⁹ Cfr. párrafos 237 y 238 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁷⁰ A este respecto, ilustrativamente la SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013 remarca que «*no consta que el consumidor hubiera recibido 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 prever 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*». Aunque parece que algunas Audiencias Provinciales entendían que dicha información no era tan relevante, al estimar que un techo del 12% en un contrato a 30 años puede superarse debido a las variaciones importantes que sufre el elemento de referencia. Cfr. SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013.

⁷¹ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013), Los principales aspectos controvertidos en litigios sobre swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León, múltiples sentencias como las SSAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 8 de febrero de 2011 y de Asturias, Sec. 4.^a, de 14 de febrero de 2011.

⁷² Cfr. párrafos 243 y 244 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁷³ *Vid.* GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 69 y sigs. en relación con los swaps.

⁷⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Decimotercero de la STS de 29 de abril de 2015.

⁷⁵ Cfr. párrafo 245 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁷⁶ En consecuencia, parece irrelevante el desequilibrio entre las partes que suelen comentar las sentencias (SSAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 2 de mayo de 2011 y de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013) y parte de la doctrina especializada. Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 69 y sigs.

⁷⁷ Cfr. párrafo 253 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, las Audiencias Provinciales habían aplicado un criterio más general de la buena fe. Así, la SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2013 comentaba «*este último requisito que se refiere a la proporcionalidad, como señala la Audiencia de Cáceres, debe examinarse desde la perspectiva del principio de la buena fe contractual que*

se define como un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes a través de un conjunto de reglas no escritas pero conocidas por todos, que generan una confianza en que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad. En este caso, la buena fe se proyecta en la fase de redacción y celebración del contrato y obliga al predisponente a tratar leal y equitativamente a la parte adherente, cuyos intereses legítimos tiene que tener en cuenta, como se expone en el considerando 14 de la Directiva 933». A su vez, se tiene que comentar que otras Audiencias Provinciales no han aplicado ese criterio de condiciones de mercado, que parece tener un cierto contenido económico, centrándose en el contenido jurídico del contrato (SSAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 y de Cuenca, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 2013). En este mismo sentido, habría que comentar que la primera sentencia citada también indicaba que la desproporción «*exigiría cuando menos de un riguroso y completo dictamen pericial*», lo cual parece imponer una carga probatoria relativamente estricta, que en ese caso parece entenderse que recaía en el demandante.

⁷⁸ Cfr. párrafo 253 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁷⁹ *Vid.* a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sec. 9.^a, de 10 de julio de 2009 y de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011. En contra, SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 12 de diciembre de 2011.

⁸⁰ Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013.

⁸¹ Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 29 de abril de 2015.

⁸² Cfr. párrafo 257 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, se habían producido una serie de pronunciamientos dentro de la jurisprudencia menor que sí concedían una especial importancia a la falta de proporcionalidad entre el suelo y el techo. *Vid.* SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2013, en la que se critica especialmente que no constara que el consumidor había sido advertido por el fedatario público de la mencionada desproporción. La referida falta de proporcionalidad la fija la sentencia citada en que «*se trata de una cláusula que fija el valor suelo en el 4,45% y el del techo en el 12,50%, habiéndose de tener en cuenta que: 1) en el momento de la fijación de las mismas y su inclusión en el contrato, la entidad bancaria contaba con el historial de los tipos de interés y las previsiones relativas a la variación de los mismos. 3) Que la cláusula suelo estaba, en el momento de firmarse en contrato, en unas cifras muy próximas a las establecidas como suelo y que, como se recoge en la Sentencia recurrida, cualquier variación de la baja iba a implicar la limitación a la bajada de los tipos de interés aplicables al contrato. 4) Que la cláusula techo se establece en un tipo de interés muy alejado del Euribor vigente en el momento de firmarse el contrato (8 puntos de diferencia) y, por tanto, las probabilidades de que se llegara al mismo eran sino imposibles, de muy alta improbabilidad. 5) Que las cláusulas suelo incorporadas en los contratos, se han hecho efectivas en la realidad en la mayor parte de los contratos a los que se han incorporado y no así las cláusulas techo*».

De manera similar *vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, *op. cit.*, aludiendo a sentencias que habían considerado la desproporción tanto en la inexistencia del techo como en su diferencia con el suelo, SSAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 13 de septiembre de 2012 y de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 19 de noviembre de 2012. En el mismo sentido que la STS de 9 de mayo de 2013 se han pronunciado otras sentencias de las Audiencias Provinciales, como la SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013.

⁸³ Según indica la doctrina a la hora de analizar la STS de 9 de mayo de 2013. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*

⁸⁴ Cfr. párrafo 258 de la STS de 9 de mayo de 2013. Esta confusión ha sido calificada como engañosa por algunas sentencias de Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013. De forma similar sobre la licitud genérica de la cláusula suelo ya se había pronunciado previamente la jurisprudencia menor, como la SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2013, y continúo haciéndolo después de la STS de 9 de mayo de 2013 aunque dicha resolución declarara la nulidad de la cláusula, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013.

⁸⁵ Cfr. SAP de Segovia, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2015 y MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, p. 108. *Vid.* en contra de la irretroactividad SSAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 27 de febrero de 2014 y de Cáceres, Sec. 1.^a, de 4 de marzo de 2014. A favor de la misma *vid.* SSAP de Málaga, Sec. 6.^a, de 12 de marzo de 2014 y de Jaén, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014.

⁸⁶ Cfr. SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

⁸⁷ *Vid.* ORDUÑA MORENO, F. J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871/2013 (BIB 2013, 2180), MATEOS FERRES, M., *op. cit.* y DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.*, entre otros.

⁸⁸ Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, SAP de Segovia, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2015. En concreto el citado artículo 1.303 del Código Civil dispone: «*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*». Dentro de los ejemplos y razones esgrimidos para sustentar la ausencia de efecto retroactivo se encuentran el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, provisiones que imponen la conservación de los efectos consumados como el artículo 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, exigencias del principio de seguridad jurídica impuestas por diversas sentencias del Tribunal Constitucional como las SSTS de 12 de febrero de 1996 y de 28 de marzo de 2011, previos pronunciamientos del Alto Tribunal que justificaban la irretroactividad en la seguridad jurídica, buena fe y riesgos de trastornos graves como la STS de 13 de marzo de 2012, justificaciones de enmiendas a proyectos de Ley como la presentada por el Grupo Parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya verds respecto al artículo 2 del Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo. Aunque estas argumentaciones son rebatidas en gran medida por los votos particulares contenidos en las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

⁸⁹ Cfr. STS de 25 de marzo de 2015, SSAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 12 de marzo de 2015, de Segovia, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2015, ORDUÑA MORENO, F. J., *op. cit.*

⁹⁰ Cfr. párrafos 265 y sigs. de la STS de 9 de mayo de 2013 y Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 25 de marzo de 2015.

⁹¹ Cfr. SAP de Segovia, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2015 y MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, p. 108, ORDUÑA MORENO, J., *op. cit.*, MATEOS FERRES, M., *op. cit.* y DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.*, entre otros. La fecha de publicación se suele entender que es el 9 de mayo de 2013. Cfr. http://www.aytojaen.es/portal/p_20_contenedor1.jsp?seccion=s_fdes_d4_v2.jsp&contenido=14593&tipo=6&nivel=1400&layout=p_20_contenedor1.jsp&codResi=1&codMenu=207&codMenuPN=4&codMenuSN=100&codMenuTN=197 o <http://>

www.abogacia.es/2015/04/17/el-ts-declara-que-se-restituira-el-dinero-de-clausulas-suelo-a-partir-del-9-de-mayo-de-2013/. Aunque otras fuentes fijan la fecha de publicación en el 10 de mayo de 2013. [http://www.romeroreyabogados.com/pdf/016-Nota-Resumen-ejecutivo-STS-9-de-mayo-de-2013-\(14-05-13\).pdf](http://www.romeroreyabogados.com/pdf/016-Nota-Resumen-ejecutivo-STS-9-de-mayo-de-2013-(14-05-13).pdf). Todas estas webs fueron consultadas el 20 de septiembre de 2015 a las 13:05 h.

⁹² Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 25 de marzo de 2015 y Fundamento de Derecho Decimoquinto de la STS de 29 de abril de 2015.

⁹³ Cfr. SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

⁹⁴ Cfr. párrafo 293 de la STS de 9 de mayo de 2013. *Vid.* PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, que destaca el riesgo de trastornos graves en el orden público sobre los demás aspectos tratados en la citada resolución. Este aspecto también es comentado por otros autores. *Vid.* SOLA PASCUAL, A., *op. cit.*, GARCÍA DE PABLOS, J. F., La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.*

⁹⁵ Así la STS de 9 de mayo de 2013 siguiendo al IBE apunta que ya antes del 2004 el porcentaje de préstamos hipotecarios con cláusula suelo alcanzaba casi el 30% de la cartera. Cfr. párrafo 293.

⁹⁶ Cfr. párrafo 19 del comentado Auto. De manera similar, *vid.* SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 8 de mayo de 2012, de Cáceres, Sec. 1.^a, de 28 de octubre de 2013 (refiriéndose también a una novación) y GARCÍA DE PABLOS, J. F., La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.*, comentado la STS de 9 de mayo de 2013. Aunque algunas Audiencias Provinciales habían tenido especialmente en cuenta este factor y el hecho de que el inmueble adquirido no constituyera una vivienda habitual para desestimar esta clase de pretensiones. Cfr. SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2013.

⁹⁷ Cfr. párrafo 18 del citado Auto.

⁹⁸ Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013, de Álava, Sec. 1.^a, de 9 de julio de 2013, de Ciudad Real, Sec. 1.^a, de 11 de julio de 2013, de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013, de Álava, Sec. 1.^a, de 21 de noviembre de 2013, de Málaga, Sec. 6.^a, de 12 de marzo de 2014, de Murcia, Sec. 4.^a, de 13 de marzo de 2014, de Albacete, Sec. 1.^a, de 28 de abril de 2014, de Jaén, Sec. 1.^a, de 19 de mayo de 2014, de Asturias, Sec. 4.^a, de 8 de mayo de 2014.

⁹⁹ Cfr. párrafo 13 del Auto referenciado, que es también citado por las Audiencias Provinciales que resuelven esta clase de disputas, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013. Esta misma preocupación de la imposibilidad de una nulidad automática generalizada ya la habían manifestado las Audiencias Provinciales, como refleja la SAP de Sevilla, Sec. 5.^a, de 7 de octubre de 2011 y lo ha comentado la doctrina, como GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.* Aunque en la práctica, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales sí parece que están decretando la nulidad con cierto automatismo. *Vid.* SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 3 de junio de 2013.

¹⁰⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo de la STS de 25 de marzo de 2015. En la citada resolución además se precisa en cuanto a la concurrencia del riesgo de trastornos graves en el caso de las acciones individuales que «*la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto*». Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la citada resolución.

¹⁰¹ Particularmente crítica se ha mostrado MATEOS FERRES, M., *op. cit.*, que analizando algunos pronunciamientos de primera instancia como las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 19 de junio de 2013, del Juzgado

núm. 4 de Orense de 13 de mayo de 2013 o del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013, comenta esencialmente que:

• La aplicación del artículo 1303 del Código Civil necesariamente debe implicar la restitución. No obstante, podría entenderse que dicho artículo está previsto para la nulidad de todo el contrato, que no es la consecuencia jurídica que declara la doctrina del Tribunal Supremo analizada ni la que habitualmente se pretende en este tipo de litigios, puesto que en caso contrario el consumidor tendría que abonar todo el dinero percibido en virtud del préstamo. Y es que la aplicación del referido precepto solamente a una cláusula quizás debería conllevar un análisis más profundo de lo que implica la restitución recíproca, puesto que podría sostenerse que la entidad bancaria también realizó concesiones al incorporar la cláusula suelo.

• Con base en el artículo 223.2 de la LEC (en lo sucesivo, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) entiende que la STS de 9 de mayo de 2013 no puede extender los efectos de cosa juzgada hasta el punto de impedir la restitución de lo abonado al amparo de tales cláusulas en los posteriores juicios que puedan iniciar otros consumidores. Esta opinión es compartida por el voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015.

• La referida STS de 9 de mayo de 2013 no es un único cuerpo dogmático ni tiene efectos *ultra partes*.

• No procede la aplicación analógica realizada por el Tribunal Supremo de otras normas que prevén la irretroactividad, ya que (i) no existe laguna legal que lo justifique, (ii) no existe igualdad jurídica entre el caso cuestionado y las normas analógicas aplicadas, (iii) la analogía no puede implicar tergiversar la ley o cambiar su sentido, (iv) no resulta de aplicación la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional que cita el Alto Tribunal en su sentencia de 9 de mayo de 2013.

• La nulidad de la cláusula suelo no crea un trastorno grave al orden público, sino que únicamente tiene efectos perjudiciales para la banca. El voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015 declara en la actualidad tal riesgo ha desaparecido debido al saneamiento financiero que se ha venido efectuando en los últimos años.

• Vulneración del principio de congruencia y de justicia rogada, puesto que entiende que la retroactividad no fue una cuestión planteada en todo el proceso.

De forma similar se pronuncian otros autores, como DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.*, indicando que los bancos no deben beneficiarse de la nulidad originada por ellos en virtud del principio general del Derecho *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*, y que en este supuesto ha habido mala fe por parte de las entidades de crédito, por cuanto según este autor (i) estas incorporaron las cláusulas techo a sabiendas que jamás operarían, mientras que introdujeron las cláusulas suelo sabiendo que con toda probabilidad se acabarían aplicando, (ii) a pesar de que desde el año 2010 se habían dictado «numerosas» sentencias declarando la nulidad de las cláusulas suelo, los bancos continuaban empleándolas. No obstante, durante ese tiempo también se habían dictado sentencias de Audiencias Provinciales que desestimaban este tipo de pretensiones. De hecho, esto es reconocido por los citados autores (*op. cit.*). A su vez es preciso señalar que algunas Audiencias Provinciales han estimado que la aludida mala fe es irrelevante a estos efectos (SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013). Estos autores además de los pronunciamientos de primera instancia previamente citados, también aluden a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga, de 20 de mayo de 2013.

¹⁰² A este respecto, el magistrado del Tribunal Supremo Francisco Javier ORDUÑA MORENO (*op. cit.*) comenta que:

- La ineficacia parcial del contrato declarada en la STS de 9 de mayo de 2013 resulta coherente con la aplicación excepcional de la nulidad radical que contempla nuestro sistema jurídico (STS de 15 de enero de 2013) y con el hecho de que la nulidad no derive de un vicio estructural del consentimiento prestado, sino de la señalada falta de transparencia.

- La propia legislación habilita al juzgador a aclarar la eficacia del contrato o integrar el contrato (arts. 9.2 y 10 de la LCGC y 83.2 del TRLGDCU). Es decir, mediante este argumento se rebate el posicionamiento antes expuesto de MATTEOS FERRES sobre la vulneración del principio de congruencia y de justicia rogada. En esa línea, Francisco Javier ORDUÑA MORENO indica que la acción de cesación ejercitada está dirigida a obtener una condena de cesar una conducta y prohibir su reiteración futura. Aunque algún autor curiosamente sostuvo que el Alto Tribunal en su STS de 9 de mayo de 2013 precisamente prohibía a los juzgados integrar o moderar el contrato. Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, *op. cit.*

- La moderación de la ineficacia en relación con la irretroactividad con base en el principio de seguridad jurídica se ha sostenido por el Tribunal Constitucional (STC de 28 de marzo de 2011) y el Tribunal Justicia de la Unión Europea (STJUE de 21 de marzo de 2013) en sentencias anteriores.

- «*La retroactividad de la declaración de nulidad de una determinada cláusula no opera como una regla general, ni debe ser aplicada de forma autónoma sin relación de continuidad con la estructura de eficacia contractual ya desplegada*».

- La ineficacia funcional contemplada en el artículo 8.1 de la LCGC no se rige por el régimen típico de la nulidad del contrato, y es que dicho tipo de nulidad únicamente se aplica cuando no se ha podido evitar la subsistencia del contrato.

- La eficacia funcional establecida en la regulación aplicada se realiza desde y por la validez del contrato en toda su unidad sistemática.

- Desde la perspectiva analítica que rige en esta materia se comprende que la nulidad radical no opera en la contratación bajo condiciones generales de la contratación como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que debe adaptar su sanción al peculiar juicio de la ineficacia funcional.

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que comentar que posteriormente este mismo autor rechaza el efecto retroactivo en el caso de las acciones individuales en sus votos particulares de las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

¹⁰³ *Vid. SSAP de Cádiz, Sec. 5.^a, de 13 de mayo de 2013, de Cáceres, Sec. 1.^a, de 3 de junio de 2013, de Cáceres, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 27 de febrero de 2014 y de Cáceres, Sec. 1.^a, de 4 de marzo de 2014.*

¹⁰⁴ Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013, de Málaga, Sec. 6.^a, de 12 de marzo de 2014 y de Jaén, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014.

¹⁰⁵ En este caso junto al magistrado Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

¹⁰⁶ Sobre el concepto y configuración de la litispendencia *vid. artículos 222, 400, 416 y 421 de la LEC y MOLINA CABALLERO, M.^a J. (2010). El inicio del juicio ordinario. La demanda. En ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed. Tecnos, Madrid (pp. 290-292) y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2012). «El inicio del proceso: la demanda». En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 59-64.*

¹⁰⁷ Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2013 que desestimaba esta excepción, SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.^a, Comentarios a las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015 disponible en http://www.pgprocuradores.com/noticias/Pradera_Gonzalez_Procuradores_Barcelona_Comentarios_sentencias_TS_24_25_marzo_2015.pdf, consultado el 20 de septiembre de 2015 a las 12:56 h.

¹⁰⁸ Sobre el concepto de cosa juzgada *vid. artículo 222 de la LEC*, LÓPEZ GIL, M. (2010). La cosa juzgada. En: ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed. Técnicos: Madrid, pp. 435-442, y DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012). «La cosa juzgada civil». En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 299-341.

¹⁰⁹ Cfr. sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013.

¹¹⁰ Cfr. Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de la citada sentencia.

¹¹¹ Cfr. apartado segundo del señalado voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015.

¹¹² Cfr. SAP de SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 13 octubre de 2014, que es analizada en el siguiente blog <http://www.fernandezboira.com/blog/cosa-juzgada-y-litigiosidad-accion-individual-vs-accion-colectiva-en-clausulas-suelo-comentario-la-sentencia-de-131014-de-la-seccion-15-de-la-audiencia-provincial-de-barcelona/> consultado el 20 de septiembre de 2015 a las 13:55 h.

¹¹³ En concreto se formulaban las siguientes preguntas:

1. ¿Puede considerarse un medio o mecanismo eficaz conforme al artículo 7.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CE?

2. ¿Hasta qué punto ese hecho suspensivo supone un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del artículo 7.1 de la citada Directiva a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato?

3. El hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7.3 de la Directiva Comunitaria 93/13/CE?

4. ¿O, por el contrario, el efecto suspensivo del artículo 43 LEC es ajustado al artículo 7 de la Directiva 93/13/CE al entender que los derechos del consumidor están plenamente salvaguardados por esa acción colectiva, arbitrando el ordenamiento jurídico español otros mecanismos procesales igualmente eficaces para la tutela de sus derechos y por un principio de seguridad jurídica?

¹¹⁴ Disponible en http://icater.org/pdfs/UH/AcordMercBCN_211114.pdf, consultada el 20 de septiembre de 2015 a las 14:00 h.