

**CLÁUSULA SUELO:
ACCIONES PARA SU ELIMINACIÓN
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES
INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Estimad@ compañer@:

En España, según los datos facilitados al Senado en 2010, se estima que hay cerca 1.700.000 préstamos hipotecarios que, entre su prolijo clausulado, albergan la imposición al usuario de condiciones referidas al límite de variaciones del interés variable: las denominadas “cláusulas suelo”. Esto supone que una de cada tres hipotecas concertadas han incluido esta controvertida condición, con el resultado de un generoso beneficio para la entidad financiera predisponente en perjuicio del usuario adherente, que en la inmensa mayoría de los casos, ni siquiera tenía conocimiento de su existencia.

Objeto de una fuerte crítica doctrinal y por parte de los defensores de los derechos de los consumidores y usuarios, tras diversas resoluciones judiciales que comenzaban a declarar su carácter abusivo, la reciente STS de 9 de mayo de 2013 –insólita en algunos extremos–, lejos de pacificar el debate, ha añadido nuevos elementos para la polémica. Mientras tanto, los organismos de vigilancia y control de mercado y el legislador –con independencia de la anilina que de tinte a su color político– continúan su mirada distraída en otros quehaceres, en tanto que miles de familias se desangran mes a mes en una agónica situación de crisis económica. Según los datos manejados por las asociaciones de consumidores y usuarios en los últimos años, las entidades financieras han percibido cerca de 10.000 millones de euros como consecuencia de la aplicación de estas cláusulas.

La banca, consciente del colosal importe que ha percibido de modo indebido y de la magnitud del número de procedimientos judiciales a los que puede enfrentarse ha optado en su mayor parte por tratar de frenar las reclamaciones de los usuarios bien suprimiendo su aplicación, bien proponiendo modificaciones en los préstamos. Sin embargo se mantienen firmes en denegar la devolución de las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación. Ni tan siquiera, mediante una minoración de las futuras cantidades a recaudar durante el resto de la vigencia de los miles de préstamos que mantiene aún activos. Tampoco sabremos cuantas ejecuciones hipotecarias se han producido, escondiendo en las entrañas de las escrituras, ante la silente contemplación del fedatario público, la cláusula suelo o intereses de demora que también han sido declarados abusivos por los tribunales hace apenas pocas semanas. Sin duda, la expulsión del clausulado contractual – y por tanto de las liquidaciones bancarias practicadas– de este tipo de condiciones, podría haber modificado radicalmente los balances entre usuario y entidad financiera y haber salvado a miles de familias de la pérdida de sus hogares.

En este escenario, no es extraño, que en los próximos meses asistamos a una avalancha de miles de demandas judiciales que reclamen la justa devolución de los importes pagados en excesos. El objetivo de esta ponencia es ofrecer a los compañeros una visión actualizada de este conflicto y suscitar

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

elementos útiles que permitan el ejercicio práctico de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios afectados.

Como en anteriores jornadas de esta incipiente Sección de Consumo, se ofrece este pequeño opúsculo para facilitar el trabajo sereno de cuantos ejercemos la abogacía al regreso a nuestros despachos. Y con el mismo espíritu de convertirse en un instrumento práctico, alejado de la mera docencia ya superada en tiempos de facultad, procuraremos ir actualizando esta “guía” a la luz de las resoluciones judiciales, contribuciones doctrinales o incluso disposiciones normativas que pudieran afectarle.

Recuerda que si estás interesado en recibir estas actualizaciones puedes inscribirte en la Sección de Consumo –que construimos entre todos– enviando un correo electrónico indicando tu número de colegiado a consumo@icam.es

*Eugenio Ribón Seisdedos
Abogado ICAM*

1. EL CONSUMIDOR O USUARIO COMO ELEMENTO DE SINGULAR PROTECCIÓN.

- 1.1. Brevísimas reseñas a la evolución histórica de la noción de consumidor o usuario.
- 1.2. Noción jurídica española. La importancia de llamarse *consumidor*.
- 1.3. Acotación comunitaria del concepto jurídico de consumidor e integración en la noción nacional.
- 1.4. El denominado *consumidor medio*.

2. APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO PROTECTOR DEL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS.

- 2.1. Intervención normativa en el sector financiero: una necesidad histórica, presente y futura.
- 2.2. De la protección de los intereses económicos de los usuarios. Y en particular de los servicios financieros, bancarios y del préstamo hipotecario.

3. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

- 3.1. Autonomía de las partes *versus* justo equilibrio.
- 3.2. Normativa sobre condiciones generales de la contratación.
- 3.3. Ámbito de aplicación.
- 3.4. Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Transparencia.
- 3.5. Reglas interpretativas.
- 3.6. El control de las condiciones generales de la contratación.
- 3.7. El registro de condiciones generales.

4. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICIÓN ABUSIVA EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

- 4.1. Aproximación conceptual a las cláusulas abusivas.
- 4.2. Categorías de cláusulas abusivas.
- 4.3. Consecuencias de eficacia de las cláusulas abusivas.
- 4.4. Contrato de préstamo hipotecario y cláusula suelo.
- 4.5. Fundamentos sustantivos para la declaración del carácter abusivo de la "cláusula suelo".
 - 4.5.1. Desequilibrio por falta de reciprocidad.
 - 4.5.2. Desequilibrio por falta de transparencia.
- 4.6. ¿Es posible la "retroactividad" y la recuperación de los importes abonados en exceso por aplicación de la cláusula suelo"?

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

4.7. Subsidiariamente, de la compensación de las cantidades percibidas por la entidad demandada con las debidas por el usuario afectado. Nulo impacto al “orden público económico”

4.8. ¿Afecta sólo a consumidores la cláusula suelo?

4.9. Cuantificación del importe a reclamar.

5. EJERCICIO PROCESAL PARA LA ELIMINACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS.

5.1. Jurisdicción y competencia. ¿Existe alguna distinción por razón de la entidad financiera demandada?

5.2. Capacidad y legitimación.

5.3. Postulación y representación.

5.4. Procedimiento. Acumulación de acciones. Cuantía.

5.5. Excepciones procesales: litispendencia y cosa juzgada.

5.6. Valoración de la prueba.

5.7. Intereses.

5.8. Nuestro “suplico”.

1. EL CONSUMIDOR O USUARIO COMO ELEMENTO DE SINGULAR PROTECCIÓN. APROXIMACIÓN A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE CONSUMIDOR.

1.1. Evolución histórica de la noción de consumidor o usuario.

Como suele suceder en tantas áreas de nuestro Derecho, los primeros antecedentes que apuntan un interés público en la protección del ciudadano en su actividad de consumo es situada en el Derecho Romano, tal y como describe el insigne Profesor JUAN IGLESIAS¹. Interesante también resulta la preocupación que denota la Novísima Recopilación² en la tutela de la salud pública, tanto en su aspecto preventivo como sanatorio de los daños generados, ordenando la reparación de los perjuicios que causan a la salud las vasijas de cobre, el plomo de los estañados, las de estaño con mezcla de plomo, etc.

Sin embargo, prescindiendo de estos antecedentes más remotos, lo cierto es que la protección del consumidor como sujeto específico de derechos merecedor de una singular protección es más bien próxima sin que alcance el siglo de historia. Su origen se halla en la sociedad norteamericana. Y su evolución en la Europa comunitaria.

1.1.1. El origen: Estados Unidos.

La idea de consumidor como sujeto específico de derechos comienza a forjarse a finales del siglo XIX en Estados Unidos, con el nacimiento en la ciudad de Nueva York de la primera Liga de Consumidores en el año 1891. Pocos años más tarde, en 1927, la publicación del libro *Your Money's Worth*³, esboza lo que en 1936 sería la aparición de la *Consumer's Union of United States*⁴. La importancia de esta obra fue transcendental en el nacimiento de la *Consumer's Union*, marcando sus pautas de actuación, en lo que se ha venido conociendo con posterioridad como *consumers testing association*. Este sistema exportado a Europa, ha sido seguido por la poderosa *Association Belge des Consommateurs –Test Achats-*, inspiradora del grupo CONSEUR, en cuyas aguas bebe la española *Organización de Consumidores y Usuarios*⁵. Se trata de un sistema de asociaciones de consumidores que basan su intervención en el análisis y comparación de productos, ofreciendo sus resultados a los usuarios a través de la suscripción a diversas publicaciones

¹ IGLESIAS, J. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona 1987, p.383.

² Vid. Libro III, Título XI, Ley VI.

³ CHASE, STUART. *Your Money's Worth: A Study in the Waste of the Consumer's Dollar*, New York, 1927.

⁴ Más información en www.consumersunion.org

⁵ Asociación de consumidores fundada en 1975 por el fallecido abogado madrileño Antonio García de Pablos. Actualmente forma parte del Consejo de Consumidores y Usuarios. La OCU está integrada en la estructura de *Euroconsumers-CONSEUR* compuesta por las asociaciones hermanas de Bélgica (*Asociación Belga de Consumidores-Test Achats*), de Italia (*Altro Consumo*), Portugal, (DECO), Francia (ESTCF-GSCB) y Luxemburgo.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

(*Consumer Bulletin* en el caso de la *Consumers' Union*, *Qué acheter*, en el supuesto de *Test'achats* o *Compra Maestra* de la española OCU –Edocusa-).

Para muchos sin embargo, el es famoso discurso del Presidente J. F. Kennedy, el 15 de marzo de 1962 (convertido posteriormente en día mundial del consumidor), el que marcó el hito del verdadero reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios.

1.1.2. La evolución europea.

Aunque Alemania ya había adelantado a comienzos de siglo importantes normas⁶, sus Tribunales comenzaban a fallar de modo vanguardista a favor de los usuarios, e incluso había existido algún conato de representación colectiva de los consumidores⁷, en Europa en general la eclosión del movimiento consumerista es más tardía que en el continente americano, y aún pudiéramos decir que se encuentra incluso en fase de consolidación en no pocos aspectos.

Al margen de los movimientos cooperativistas ingleses de *Los Justos Pioneros de Rochdale* destacados por SÁNCHEZ REYES⁸, en nuestra época más cercana, es Dinamarca, quien en 1947, crea el primer Consejo de Consumidores, extendiéndose desde este país a los vecinos noruegos la idea proteccionista del consumidor, donde en 1953 nacía el Consejo Noruego de Consumidores. Reino Unido erige en 1959 la primera comisión de trabajo para la salvaguarda de los intereses de los consumidores, cuyo fruto legislativo, como respuesta a una incipiente demanda social, sería un par de años más tarde la *Consumer Protection Act*. En Francia, ve la luz en el año 1966 el *Institut National de la Consommation*. Suecia aprueba en 1970 sus leyes sobre actuación en el mercado y sobre el tribunal del mercado y Bélgica un año más tarde en 1971 promulga una ley sobre prácticas comerciales de claro corte consumerista.

1.1.2.1. El consumidor *ciudadano*.

En este clima de concienciación social sobre la idea de consumidor, pero como un concepto aún jurídicamente indeterminado, surge una primera interpretación amplia y flexible, que equipara consumidor con el término "*ciudadano*". Para los defensores de esta interpretación extensa todos somos consumidores (discurso Kennedy). Esta concepción encuentra sus orígenes en una de las primeras resoluciones del Consejo de la antigua Comunidad Económica Europea que preconizaba "*de ahora en adelante, ya no se considerará al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes*

⁶ Ley contra la competencia desleal de 7 de julio de 1909 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*)

⁷ En la República de Weimar impulsado por las asociaciones de amas de casa llegó a constituirse un Consejo de Consumidores (*Konsumentenrat*), integrado en el Consejo Nacional de Economía, extinguiéndose con el triunfo del régimen nazi.

⁸ SÁNCHEZ REYES, C. (Coord. SORIA, J.) *Asociaciones de consumidores: así son, así opinan*. Madrid, 2001, p. 21.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, puedan afectarle directa o indirectamente⁹. Esta corriente, si bien es cierto que ha calado con éxito en algunos países de nuestro entorno, dando lugar a importantes movimientos ciudadanos con mentalidad consumerista, como es el caso notable del italiano *Cittadinanza Attiva*¹⁰, ha ido alejándose progresivamente del prisma utilizado por el legislador comunitario para desarrollar la política protectora de los consumidores y usuarios.

1.1.2.2. El consumidor *cliente*.

En un sentido más restrictivo, se ha pretendido asimilar la condición de consumidor a la de "*cliente*". Bajo esta óptica, serían consumidores todos aquellos que contrataran con un empresario la adquisición de bienes o servicios. Sin embargo, tampoco puede satisfacerse una interpretación tan abierta, pues incluye en su concepción al empresario que adquiere unos productos para revenderlos a terceros, actuando como un agente activo del tráfico mercantil. De no entenderlo así habríamos de aceptar como una relación de consumo, la establecida entre dos profesionales que contratan entre sí en el ejercicio de su actividad, cuando en realidad, nos inclinamos por entender que es más correcto en este supuesto hablar simplemente de una relación mercantil. No podemos olvidar que el concepto de consumidor nace indisolublemente unido a la idea de una relación bilateral en que una de las partes, de modo ajeno a su actividad habitual, y en una situación de mayor debilidad contrata un bien, producto o servicio con quien si es un profesional del comercio. Siguiendo esta corriente, al equiparar cliente con consumidor, se obvia esa situación de especial fragilidad generadora de la conciencia social y legislativa que demandaba una mayor protección del agente débil en el proceso de contratación, las verdaderas víctimas del conjunto de abusos y daños que señalaban FERRIER¹¹ o GUILLEN CARAMES¹².

1.1.2.3. El consumidor *destinatario final*.

Más restringida es la interpretación de consumidor o usuario como *destinatario final*, entendiéndose como tal aquél que adquiere los bienes o servicios para su uso privado, sin introducirlos nuevamente en el tráfico

⁹ Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa al Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores. (D.O. nº C 92).

¹⁰ *Cittadinanza Attiva* nace en el año 1978, tras la Recomendación del Consejo de Europa, y al amparo del Art. 118 della Costituzione Italiana "*Stato, regioni, province, città metropolitane, comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà*", teniendo como objetivo la participación pública de los ciudadanos-consumidores. En la actualidad, dirigida por Giovanni Moro, hijo de Aldo Moro. Más información en <http://www.cittadinanzattiva.it/>

¹¹ FERRIER, D y CAS, G. *Traité de droit de la consommation*, Paris, 1986, p.2.

¹² GUILLEN CARAMES, JAVIER. *El Estatuto Jurídico del Consumo*, Madrid, 2002, p.45.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

mercantil. Resulta coherente con esta noción, admitir no sólo el consumidor jurídico o aquel que directamente ha adquirido el bien o servicio para su uso privado, sino también el consumidor material, esto es quien sin contratar lo usa o lo consume (por ejemplo por recibirlo como regalo). Este es el concepto que por lo que respecta a nuestro estudio, ha de centrar nuestra atención.

En la mayoría de los estados de nuestro entorno, esta tercera postura que asimila consumidor con *destinatario final*, ha sido la que finalmente se ha impuesto en las normas de consumo generalistas, aunque para determinados aspectos (Ej. responsabilidad civil por productos defectuosos), es frecuente encontrar la asimilación de consumidor con *cliente*, en un intento legislativo de ampliar la órbita protectora de la norma para situaciones especialmente calamitosas.

1.2. Noción jurídica española. La importancia de llamarse consumidor.

En España, desde el punto de vista jurídico, la noción de consumidor o usuario parece en principio clara según la definición recogida en el artículo 3 TRLGDCU: *“A efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*.

La nueva definición simplifica sin duda el tradicional concepto que ofrecía el anterior artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, criticado como recuerda BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO¹³ por su complejidad y falta de técnica jurídica, cuyo tenor literal disponía: *“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*.

A *sensu contrario*, disponía el conforme reza el artículo 1.3 de la Ley del 84 que *“No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”*. Hoy, tras la reforma operada por el RD Legislativo 1/2007, se ha optado por la formulación en positivo de la definición de empresario, entendiéndose por tal a los efectos de esta norma en su artículo 4 *“a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”*.

¹³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor” en *Hacia un Código del Consumidor*, Manuales de formación continuada del CGPJ nº 34, Madrid, 2005, p. 29.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Frente a la aparente transparencia de la norma referida, la realidad es más compleja como muestra la vacilante jurisprudencia existente. En primer lugar, parece oportuno recordar que la condición de consumidor se adquiere no solo por la adquisición del bien o producto, o la contratación del servicio, actividad o función -consumidor jurídico-, sino también, como hemos anticipado, por su disfrute o utilización -consumidor material- (piénsese en quien recibe el producto o servicio como un regalo).

Por lo que respecta a las personas físicas no suele plantear mayores problemas que la distinción de aquellos casos en los que el reclamante ejerce una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, en cuyo caso está clara la exclusión, pese a la aplicación minoritaria de alguna resolución¹⁴. Por el contrario deniegan correctamente la invocación de consumidor, desestimando la acción por un erróneo planteamiento basado en tal concepción supuestos como los referidos a la adquisición de camiones (SAP de Guadalajara de 12 de septiembre de 2003, SAP de Córdoba de 14 de diciembre de 2005, la SAP de Navarra de 11 de abril de 2005 o la SAP de Gerona de 16 de octubre de 2006); de propietarios de bares y restaurantes (cfr. SAP de Córdoba de 27 de febrero de 2003, SAP de Zaragoza de 6 de julio de 2004 o SAP de Valencia de 14 de febrero de 2005); o de agricultores (vid. SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2000 en la que se rechazaba la aplicación de la privilegiada normativa de consumo al agricultor adquirente de semillas de remolacha para integrarlas en su actividad agraria o la SAP de Almería de 12 de mayo de 2004 con idéntico supuesto de hecho salvo que la simiente era de pepino). También la SAP de Navarra de 7 de noviembre de 2003, razona la inaplicación de la LGDCU a una empresa de almacenamiento de pescado por su integración del producto en el mercado ante los daños generados por la interrupción del suministro eléctrico. O curiosa sin duda resulta la SAP de Murcia de 27 de julio de 2005 al rechazar la aplicación de la normativa tuitiva de consumidores al adquirente de una máquina de impresión digital por integrarla en el negocio que regenta el actor, aunque llamativamente razona que si hubiera sido una fotocopiadora para su empresa entonces si hubiera gozado de la condición de consumidor.

Supuesto aparte sería el del profesional que adquiere un bien o contrata un servicio pero lo realiza en su condición de destinatario final o para un uso compartido profesional y privado. En este caso habrá de analizarse el elemento subjetivo desde la óptica de su actuación ulterior en el mercado o su consideración de *destinatario final*. En este sentido resulta interesante el razonamiento aportado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2005 al analizar la compra por un agricultor de material de construcción para el tejado de su granja, en la que además de mantener su actividad comercial, albergaba su vivienda. En esta resolución el tribunal comunitario solo reconoce la aplicación de la privilegiada

¹⁴ Vid. La SAP de Valencia de 15 de febrero de 2003 referida al adquirente de un camión o la SAP de Barcelona de 29 de julio de 2004 en la que se admite la condición de consumidor a una empresa que contrata diversos teléfonos móviles para mantener el contacto con sus empleados.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

condición de consumidor si el uso profesional tiene un carácter residual respecto de la satisfacción del interés privado. Así se expresa: *“Una persona que ha concluido un contrato referente a un bien destinado a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en los artículos 13 a 15 del mencionado Convenio –Convenio de Bruselas–, salvo si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel despreciable en el contexto global de la operación de que se trate, de tal forma que el aspecto extra profesional que predomine no tendrá incidencia a estos efectos”*.

Las mayores dificultades surgen en el análisis de determinadas personas jurídicas. ZAFRA VICTOR¹⁵, se refiere a las personas jurídicas como *“un ser de existencia legal, susceptible de derechos y obligaciones, o de ser término subjetivo en relaciones jurídicas”*. Por su parte, el artículo 35 del Código Civil, reconoce que son personas jurídicas:

“1º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

La solución en todo caso no es sencilla pues admite múltiples posibilidades susceptibles de interpretaciones diversas que requerirán un estudio pormenorizado de cada caso (colegio público, asociación, fundación, congregaciones e institutos religiosos, sindicato...), incluso aún cuando el sujeto protegido carezca de personalidad jurídica (v. gr. comunidad de propietarios¹⁶) o se haya forzado su interpretación extensiva. Un ejemplo de las reticencias existentes en amplios sectores empresariales para la asunción de la consideración de consumidor o usuario a determinadas personas jurídicas nos lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 12 de junio de 2000, en la que una operadora de telefonía pretendía la anulación del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Irún, acogiendo la reclamación de Cruz Roja por no estar conforme con la facturación de determinadas llamadas a servicios de tarificación adicional. La Audiencia Guipuzcoana, sin embargo otorga a Cruz Roja la protección invocada considerándola consumidora. En el mismo sentido la SAP de Teruel de 31 de octubre de 2002, reconoce a un sindicato el carácter de consumidor y la SAP de Burgos de 15 de febrero de 2001 a un Centro Policlínico.

¹⁵ ZAFRA VICTOR, M. *Diccionario Básico Jurídico*, Granada, 1991, p. 302.

¹⁶ Vid. STS 3 de octubre de 1996; STSJ de Navarra de 29 de marzo de 2003; SAP de Murcia de 23 de enero de 2001; SAP de Castellón de 10 de julio de 2002; SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 2006; SAP de Cantabria de 2 de julio de 2007; SAP de Ciudad Real de 30 de abril de 2008; SAP de Asturias de 11 de diciembre de 2009.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

VATTIER¹⁷, como los más prestigiosos autores de la doctrina francesa cual representan CALAIS-AULOY y STEINMETZ¹⁸, ha planteado incluso la posibilidad de ampliar la consideración de consumidor a aquellas personas jurídicas que realizan una contratación fuera de su ámbito de competencia o actuación ordinaria. En la misma línea, el propio Parlamento Europeo ha sugerido recientemente a la Comisión que examine la necesidad de proteger a las PYME de las prácticas comerciales agresivas¹⁹. A pesar de que en nuestro vecino galo ha tenido mayor acogida esta idea, desde un principio en España se ha rechazado la ampliación de la privilegiada consideración de consumidor por nuestro Tribunal Supremo, como evidencian sus Sentencias de 12 diciembre de 1991; 16 de diciembre de 1998; 16 de octubre de 2000 o 31 de octubre de 2000.

Para RODRIGO BERCOVITZ²⁰ sin embargo, el consumidor es protegido porque, estando abocado a consumir, no puede evitar contratar bienes y servicios, mereciendo por ello una especial tutela frente a quien ingresa voluntariamente en el mercado con ánimo de lucro, aunque en ocasiones tenga que actuar fuera de su especialidad profesional o empresarial, o en condiciones de inferioridad.

Del análisis del precepto, y con las cautelas que requiere el estudio pormenorizado de cada caso, podríamos concluir que encontrarán también cobertura en el elenco legislativo consumerista, aquellas personas jurídicas que sin finalidad de lucro²¹ ni destinarlos al tráfico mercantil adquieren bienes o contratan cualquier suerte de servicios, encontrándose en una situación de desequilibrio respecto del empresario. Ahora bien, frente a esta tónica dominante expuesta, nótese que la nueva redacción dada al precepto se refiere al consumidor como la persona que actúa en el ámbito ajeno a una actividad profesional, no a su actividad profesional. Y, en la misma línea el empresario queda definido como la persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional. Sin duda este punto será capaz también de generar ríos de tinta de discusión y es posible que la interpretación de los tribunales haya de modular en un futuro próximo la noción de consumidor que se deduce de la norma, o mejor aún, que se produzca una reforma legislativa en el sentido de acotar el ámbito subjetivo de la ley, verdaderamente a aquellos que o bien no la integran de un proceso productivo, o al menos la adquieren de

¹⁷ Vid. VATTIER FUENZALIDA, C, Introducción y noción jurídica del consumidor, en las *Jornadas sobre la problemática jurídica de consumo*, Valladolid, 1992, pp. 19-21.

¹⁸ CALAIS-AULOY, J y STEINMETZ, F. *Droit de la consommation*, Paris, 2003, pp. 10 y ss.

¹⁹ Vid. Transposición, aplicación y ejecución de las Directivas 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales y 2006/114/CE sobre publicidad engañosa comparativa (DOUE C46 de 24 de febrero de 2010).

²⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 95.

²¹ Nótese que autores como PAZ-ARES y ALFARO AGUILA REAL (Cfr. PAZ-ARES, C. y ALFARO AGUILA REAL, J. en CASAS BAHAMONDE, M^a. E; RODRIGUEZ PIÑERO, M. y BRAVO FERRER –Dirs.- *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 2009, p. 982), sostienen que el ánimo de lucro no es un requisito del concepto de empresa.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

modo ajeno a su actividad empresarial o profesional si es que cabe discusión sobre el punto anterior. Habrán de ser por el momento sin embargo los tribunales, insistimos, los que acometan esta “evolución”, si procede, toda vez, que pretender inferir ésta de la norma la ampliación de la noción de consumidor, supondría aceptar el exceso del mandato encomendado en la Disposición Final Quinta de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios²², por la que se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. El exceso en el ejercicio de la delegación recepticia constituiría según advierten GARCIA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ²³ una infracción, tal y como también se ha pronunciado nuestro máximo garante constitucional de modo reiterado, entre otras ocasiones, a través de su Sentencia 29/1982, de 31 de mayo²⁴ o 51/1982, de 19 de julio²⁵.

En otro orden, aunque sea con mayor ánimo clarificador dialéctico que jurídico, precisar que la referencia conjunta a consumidores o usuarios carece de trascendencia práctica, toda vez que ambas han desembocado en un concepto unívoco con independencia que este se refiera a productos, actividades o servicios, resultando ambos equivalentes a efectos de su tutela, y ello aún coincidiendo con el profesor ALBERTO BERCOVITZ²⁶ en el reconocimiento de la protección que merecen también aquéllos sujetos que hagan uso de servicios proporcionados por la Administración Pública.

Corolario de lo expuesto es que uno de los problemas que se plantean con mayor frecuencia en la práctica, al analizar las reclamaciones presentadas, es la invocación del carácter de usuario por quien no goza de tal condición. Existe una notable confusión en cuanto al alcance de la noción de consumidor o usuario, que como advierte ISABEL SEGURA²⁷, conviene aclarar antes de adentrarnos en cualquier análisis posterior. La cuestión no es baladí, pues tan solo quien cumpla las cualidades establecidas como consumidor o usuario podrá invocar con éxito la normativa privilegiada consumerista, acceder al arbitraje institucional de consumo como forma alternativa de resolución de conflictos o acogerse a los beneficios procesales dispensados a favor de los consumidores, sostener la aplicación de determinados plazos más generosos para el ejercicio de acciones en su favor (garantías) o rigurosos en su contra (compraventa civil – mercantil –arts. 1967.4 CC; art. 326.1 CCom-)... Es, la importancia de llamarse *consumidor*.

²² BOE nº 312, de 30 de diciembre de 2006.

²³ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1995, p. 259.

²⁴ BOE nº 153, de 28 de junio de 1982.

²⁵ BOE nº 197, de 18 de agosto de 1982.

²⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 26.

²⁷ SEGURA RODA, ISABEL. *Nosotros, los consumidores*, Barcelona 2001, p.19.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

1.3. Acotación comunitaria del concepto jurídico de consumidor e integración en la noción nacional.

Admitiendo la norma española, al igual que hace la griega²⁸, el reconocimiento de la condición de consumidor o usuario tanto a personas físicas o naturales como jurídicas, en contra de la tónica comunitaria²⁹, se ha censurado por algún destacado sector doctrinal la asimetría que esta situación provoca³⁰. Esta divergencia, se ha acentuado con motivo de la interpretación del Tribunal de Justicia del concepto de consumidor, definido en el artículo 2 b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas (STJCE, de 22 de noviembre de 2001). En esta resolución, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por el *Giudice dipace di Viadana (Italia)*, el tribunal comunitario entiende que la Directiva debe aplicarse únicamente a personas físicas.

No obstante la desarmonía existente entre la normativa española y la comunitaria, ello no es óbice como bien es sabido para que cada Estado pueda ampliar la esfera de protección al usuario en el proceso de transposición de la norma comunitaria, mediante la aplicación del conocido *principio de minimis* en virtud del artículo 153.5 del Tratado, debiendo admitirse por tanto la concepción española de consumidor sin mayores reparos.

1.4. El denominado *consumidor medio*.

Finalmente, hemos de referirnos por la importancia creciente que ha ido adquiriendo, al nuevo concepto de «*consumidor medio*», acuñado por la jurisprudencia comunitaria³¹ como aquel *normalmente informado y*

²⁸ Vid. KARAKOSTAS, Y. *La protection du consommateur*, Atenas, 1997, p. 35.

²⁹ La normativa comunitaria restringe de modo sistemático, desde hace diez años, la condición de consumidor a la persona física. Así se observa en las Directivas Comunitarias que expresamente se refieren a ello: Artículo 2.b) de la Directiva 93/12/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOL núm. 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34); Artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOL núm. 280, de 29 de octubre de 1994, pp. 83-87); Artículo 2.e) de la Directiva 98/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOL núm. 80, de 18 de marzo de 1998, pp. 27-31); Artículo 1.2.a) de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: (DOL núm.171, de 7 de julio de 1999, pp. 12-16); Artículo 2.e) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (DOL núm. 178, de 17 de julio de 2000, p.p. 1-16).

³⁰ VV.AA. (Dir. CARRASCO PERERA, A), *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, p. 24.

³¹ Vid. Asunto C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV contra Clinique Laboratoires SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH (1994) Rec. I-317; Asunto C-210/96, Gut Springheide GmbH contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (1998) Rec. I-4657.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

razonablemente atento y perspicaz. Con esta noción, que aspira a consagrarse como concepto jurídico³², se pretende reforzar la ponderación por parte de los tribunales nacionales de las actuaciones que les sean sometidas, adecuando su respuesta al conocimiento que pueda tener un consumidor activo, con conocimiento de sus derechos pero también de sus obligaciones.

Huelga profundizar en que una gran parte del movimiento consumerista contempla con profundo recelo esta nueva línea por entender que en la práctica puede suponer un mayor margen de tolerancia hacia conductas contrarias a los intereses de los consumidores. En todo caso lo que parece evidente desde una perspectiva consumerista que ha de informar el resto del ordenamiento es que salvo que la actividad comercial vaya dirigida a un segmento muy concreto de usuarios a los que pueda presumirse un nivel determinado de formación, la actividad comercial deberá ser escrupulosamente respetuosa con cualquier posible destinatario de la misma. De cualquier modo, resulta preocupante la idea de segmentar en varios grupos a los consumidores y que los menos *atentos, perspicaces e informados*, que justamente serían los que precisarían mayor tutela, queden excluidos de la protección hasta ahora otorgada por no alcanzar el nivel medio exigido de discernimiento y responsabilidad ¿consumidores de segunda?

1.5. El consumidor o usuario como ahorrador o cliente minorista.

Apuntada la condición de consumidor y usuario y la de empresario, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 TRLGDCU, la cuestión en liza ha de ser examinado en clave consumerista. Consagran el principio *pro consumatore* lo establecido en los artículos 153 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, 51.1 y 53.3 CE. Nos hallamos ante reglas impuestas a los poderes públicos, que en consecuencia habrán de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, vinculando en suma al legislador (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y al juez y poderes públicos (SSTC 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero).

A su vez, merced a las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE, y en su virtud conforme al artículo 78 bis LMV, con evidente espíritu clasificatorio entre inversores profesiones y usuarios o ahorradores finales, establece la obligación a las empresas de servicios de inversión de clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas.

De este modo, tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar

³² Vid. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas desleales») (DOL núm. 149, de 11 de junio de 2005, pp. 22-39).

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

correctamente sus riesgos. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea. Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.

c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;

2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;

3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros. Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras. Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

e) Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas. La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;

2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;

3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Por el contrario, conforme a lo establecido en el artículo 78.4 BIS LMV se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales, entre los que obviamente se encuentran los usuarios cuyos ahorros son fruto de su trabajo durante prolongados años de esfuerzo, pertenecientes a universos distintos de una sociedad gestora, fondo de titulización, entidades de capital riesgo, Banco Mundial...

Así, pues tal y como concluyera la SAP de Baleares, Sección 5ª, de 2 de septiembre de 2011, es indiscutible la aplicación reforzada de los principios tuitivos de los intereses de los consumidores. Transcribimos su razonamiento:

“Resulta, además, que en el caso no se ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlos como consumidores y usuarios de los servicios bancarios por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la LGDCU”.

2. APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO PROTECTOR DEL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS.

2.1. Intervención normativa en el sector financiero: una necesidad histórica, presente y futura.

La regulación jurídica de la “intermediación financiera” se remonta al origen de las primeras normas jurídicas que conocemos, resultando una constante histórica universal en todas las civilizaciones.

El Código de Hammurabi establecía un límite del 20% para de interés para los créditos comerciales, si bien el Estado concedía préstamos al 12,5%. En la India, el Código de Manú y sus *Dharma Sastra (o Manusmriti)* fijaba distintos tipos diferenciales para las operaciones de préstamo según la casta a la que perteneciera el prestatario, de modo que a los brahmanes no podía exigírseles un tipo superior al 2% mensual, mientras que para otras castas resultaban permisibles tipos superiores hasta alcanzar el 5%. Aparte de ello, el *Manusmriti* castigaba la imposición de intereses en situaciones de indigencia del prestatario, así como limitaba la acumulación de cargas financieras al doble del principal.

Un 5% también fue lo que exigió Temístocles a Filostéfano, particular de Corinto, como interés por el préstamo que le concedió a su regreso de las guerras persas, según relata MONTANELLI³³. PLATÓN³⁴ reprobaba la usura por considerarla enemiga del *bienestar social*, para ARISTÓTELES³⁵ era simplemente antinatural y ARISTÓFANES³⁶ o PLUTARCO³⁷ la asimilaban simple y llanamente a un *robo*.

Las leyes hebraicas contenidas en la Biblia prohibían totalmente el préstamo a interés³⁸. En la Iglesia Católica se ha mantenido tradicionalmente una postura opuesta a la usura. Desde la prohibición que Clemente V realizara en 1311 a las reflexiones expresadas en 1891 a través de la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII, considerada la primera de carácter social: “*usura devoradora... un demonio condenado por la Iglesia pero de todos modos practicado de modo engañoso por hombres avarientos*”. Y la posición del Corán es tajante si cabe con mayor claridad: “*Allah ha permitido el comercio, pero ha prohibido la usura*”³⁹.

En Roma, según nos relata TITO LIBIO⁴⁰, la denominada *usura unciaria*, se expresaba a través de la prohibición contenida en las Doce Tablas de cobrar más de un onza por as al mes. En el año 398 de Roma, los tribunos

³³ Vid. MONTANELLI I. *Historia de los griegos*. Barcelona, 2003.

³⁴ PLATÓN, Leyes 742.

³⁵ ARISTÓTELES, Política, 1258 b 1, -2-8.

³⁶ ARISTÓFANES, Las Nubes, 1283 sqq.

³⁷ PLUTARCO, Moralia, sobre el préstamo 829.

³⁸ Vid. Éxodo XXII-25 ; Levítico XXV-35; Deuteronomio XXIII-19 y 20.

³⁹ Corán, 2, 275.

⁴⁰ Vid. TITO LIBIO, Libro VI.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Duelio y Menenio, minoraron el interés a media onza por mes, denominándose así usura semiuniciaria. SENECA⁴¹ o CICIERÓN⁴² compararon la usura con el asesinato. Y Justiniano, emperador de Bizancio, merece la honra de haber sido el primero en instaurar una reglamentación precisa en materia bancaria, fijando con carácter general⁴³ la tasa de interés en un 6% anual.

A partir de la Edad Media, los cambistas se establecen en las diferentes ferias, ofreciendo sus servicios con un simple banco y un tablón de madera como instrumento para el desarrollo de las operaciones, que era conocido como *banca*. El cambista esta entonces sujeto a un férreo control administrativo garante de honradez y buenos usos, sancionándose al infractor que desviaba su actuación de modo abusivo o deshonesto con la expulsión del sistema, para lo cual a modo de escarnio público se partía su mesa de operaciones inhabilitándole para este comercio, acotándose para ello la denominación de *banca rota* que ha perdurado hasta nuestros días aunque sea en un sentido diverso.

La poderosa familia florentina de banqueros Medici, al igual que sus coetáneos Peruzzi, Acciaiuoii, Aibizzi, Buondelmonti, Cerchi, Capponi y Frescobaldi negociaban con unos tipos de interés que oscilaban entre el 15% y el 30%. Con el establecimiento de las letras de cambio en el siglo XVI, ligadas al desarrollo de las ferias, se impone la aplicación de un tipo de interés del 3% por feria, lo que equivaldría al 12% anual.

La creación de una red de una red de erarios y montes de piedad impulsada por el Conde-Duque de Olivares a comienzos del siglo XVII, estableció a favor de estos la exclusiva de otorgar préstamos consignativos y tomar ahorros a interés. Nadie podría ofrecer dinero en lo sucesivo a un tipo superior al 5%, así como tampoco se podría ofrecer dinero a un interés fijo.

A partir de mediados del siglo XVII, florecen los primeros bancos en sentido moderno. Surgen entonces el Riksbank en Suecia en 1656 o el Banco de Inglaterra en 1694. En España, el primer banco moderno español es el Banco Nacional de San Carlos, que aún de capital privado, fue fundado por Real Cédula del Rey Carlos III, el 2 de junio de 1782, quedando afecto a la protección real. En 1844 se crearon otros dos bancos con facultad de imprimir y poner en circulación papel moneda: el Banco de Isabel II y el Banco de Barcelona. En 1846 se creaba el Banco de Cádiz, con el objetivo de difundir en la ciudad los billetes del Banco de Isabel II. Tras la crisis financiera de 1847 y rayano el riesgo de suspensión de pagos por el Banco de Isabel II, más comprometido con el crédito al sector privado de la economía, se produce la fusión de los Bancos de Isabel II y de San Fernando, dando así lugar al Banco Español de San Fernando, que tomaría en 1850 tras su extensión a provincias el definitivo nombre de Banco de España.

⁴¹ SENECA, De Beneficiis, VII, x.

⁴² CICERON, De Officiis, II, XXV, acerca de Cato.

⁴³ Los préstamos marítimos se permitía pudieran alcanzar hasta un 12% anual por razón de su mayor riesgo. Por el contrario, los otorgados a Iglesias no podían superar el 3% anual.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Con el desarrollo de la banca moderna, pronto se evidenciaría la necesidad de rescatar antiguas limitaciones normativas a la imposición de intereses desmesurados o prácticas indeseables.

Frente a la conocida autonomía de la voluntad de los contratantes consagrada en el artículo 1255 CC, ya a comienzos del pasado siglo, el leonés Gumersindo Azcárate logró limitar la práctica de imposición de préstamos con intereses desorbitados amparados en la supuesta libertad de pactos, a través de la célebre Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908.

Principia la norma estableciendo la nulidad de los préstamos usureros en los términos siguientes: *“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias”*.

A partir de este pronunciamiento se ha venido distinguiendo tres tipos de préstamos usurarios:

- a) Aquéllos que albergan la imposición de un interés superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.
- b) Aquéllos en que se consignan condiciones tales que resulten leoninos, de cuyas circunstancias se pueda inferir que el prestatario se ha visto forzado a su aceptación a causa de su situación angustiosa, inexperiencia o limitación de sus facultades mentales.
- c) Aquéllos en que se consigne como entregada una cantidad mayor a la efectivamente recibida.

La lectura del precepto citado nos evoca por un lado la actual consideración de cláusula abusiva, entendiéndola en consonancia con lo dispuesto en el artículo 82.1 TRLGDCU (antiguo art. 10 bis LGDCU) aquella *estipulación no negociada individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente, que en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. Por otra parte el aprovechamiento de una situación angustiosa, de inexperiencia o del capitidismo nos permite enlazar su espíritu con la descripción de prácticas desleales (engañosas o agresivas) contenido en el artículo 5.4 de la Directiva

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de *Prácticas Comerciales Desleales* (DPCD)⁴⁴.

Puestas en relación ambos preceptos, a título ilustrativo, nos hallamos ante un supuesto de posible concurrencia normativa. URUEÑA MARTINEZ⁴⁵ realiza un excelente análisis sobre esta cuestión en la línea de la excelente calidad de los estudios sobre consumo que se vienen desarrollando desde la Universidad de Castilla-La Mancha. Coincidimos no obstante con la tesis sostenida por GARCIA CRUCES GONZÁLEZ⁴⁶ y GARCÍA CANTERO⁴⁷ al entender que la usura no es más que un supuesto de condición abusiva de crédito o práctica comercial agresiva en algunos casos, que engrosará el grosero abanico de las padecidas por los usuarios de los servicios financieros.

2.2. De la protección de los intereses económicos de los usuarios. Y en particular de los servicios financieros y bancarios.

Tal y como apuntaba CHULIÁ⁴⁸, ante el panorama desolador de nuestra legislación bancaria, es esencial que los jueces y magistrados no se dejen seducir por interpretaciones doctrinales que debiliten aún más la posición del usuario de servicios bancarios. Si el mercado no es capaz de asignar adecuadamente los recursos y el legislador no interviene con un Derecho de contratos moderno y eficaz, sólo queda el recurso al juez, quien aún con los mediocres materiales normativos de que dispone, ha de impartir justicia logrando que estén a la altura de los tiempos.

Merecen especial tutela los intereses económicos de los consumidores según reconocen los artículos 8 b) y 19 TRLGDCU. *A fortiori*, los servicios bancarios y financieros, son calificados como *servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*, conforme a lo dispuesto por el Anexo I, letra C, ap. 13 del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, lo que se traduce en el imperativo de una aplicación reforzada de los principios consumeristas que afectan a este servicio.

En el ámbito bancario, la diligencia exigida a las entidades de crédito es la de un *bonus argentarius*, como experto en la actividad. En este sentido, la STS de 15 de julio de 1988 declara que la diligencia exigible, no es la del *bonus parter familiae*, sino la que le corresponde, como banco, comerciante y

⁴⁴ DOL nº 149, de 11 junio 2005.

⁴⁵ URUEÑA MARTINEZ, M. *Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa*, Septiembre de 2003. <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/9.pdf>

⁴⁶ GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *Préstamo, usura y protección de los consumidores*, en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 30, Madrid, 1998, p. 317.

⁴⁷ GARCÍA CANTERO, G. *Préstamo, usura y protección de los consumidores*, en Actualidad Civil nº 3. Madrid, 1989. p. 209.

⁴⁸ CHULIÁ, F.V. «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias» en CUÑAT EDO, V. (Dir.) *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, Estudios de Derecho Judicial nº 55, Madrid, 2004, p. 67.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

experto, es decir, aquélla que es propia de un *bonus argentarius*, dotada de una específica competencia técnica. Las entidades financieras ocupan una posición privilegiada tanto por el singular conocimiento técnico que poseen para el desarrollo de una actividad compleja como por la especial confianza de los clientes que acuden a ellas para depositar sus fondos, de suerte que también en el ámbito sajón se ha llegado a afirmar que la pericia bancaria – conocida con el anglicismo *skill*- exigible a las entidades de crédito, es mucho mayor que la exigible a cualquier otra entidad.

Por otro lado, las entidades, según ya apuntara SALANITRO⁴⁹ al realizar una actividad de especial importancia económica, han de acreditar una cualificación superior al de otras actividades y, por ello, les es exigible una responsabilidad adecuada a la importante función que se les encomienda, no solo desde el punto de vista administrativo, sino también en la relación negocial con sus clientes. Por este motivo, según razonan HERAS HERNÁNDEZ⁵⁰ y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA⁵¹ la mayor diligencia exigida a las entidades de crédito, puesta en relación con las exigencias de buena fe, acorde con la naturaleza de las relaciones contractuales bancarias, dan como resultado una especial responsabilidad, muy cercana a la responsabilidad por riesgo del profesional, por los hechos que las entidades de crédito realicen dentro del ámbito de su actividad y que únicamente cesará en los supuestos de negligencia probada del cliente.

Expuesta la anterior premisa que advierte de la dificultad de los consumidores para lograr primero un contrato equilibrado y en último lugar unas medidas judiciales correctoras, si fuera preciso, descenderemos a algunos de los supuestos más comunes en la práctica forense que envuelven las relaciones del consumidor o usuario con el sector bancario. Y en particular en el marco del contrato de préstamo hipotecario.

El contrato de préstamo hipotecario de vivienda, es un contrato bancario, oneroso y conmutativo, perteneciente a la categoría de la contratación en masa, al ser redactado con base a las condiciones generales de la contratación predispuestas por la entidad de crédito disponente o prestamista, caracterizado por la constitución de una garantía real sobre un bien inmueble (la hipoteca) en aseguramiento del mismo, de tal suerte que permite el reconocimiento al acreedor de un derecho de realización de valor sobre un perteneciente al deudor o a un tercero (*ius distrahendi*). Dada su naturaleza constitutiva en su formalización exige necesariamente escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.

⁴⁹ SALANITRO, N. *Le banche e i contratti bancari*, Milán 1978, pp. 254 y ss.

⁵⁰ HERAS HERNÁNDEZ, M^a M. “El modelo de responsabilidad civil de las entidades financieras en función de su profesionalidad” en Cuadernos de Derecho y Comercio nº 27, Madrid, 1998, p. 215.

⁵¹ MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L. en CUÑAT EDO, V. –Dir.- *Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias*, Estudios de Derecho Judicial nº 55, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 186 y ss.

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

Sin perjuicio de la normativa específica tuitiva de los derechos de los consumidores y usuarios, con carácter sectorial se asienta en su regulación esencialmente sobre el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria y Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

3. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Tal y como recopila DURAN RIVACOBA⁵², con una variada denominación como la de *contratación uniforme*⁵³, *típica*⁵⁴, *seriada*⁵⁵, *estándar*⁵⁶, *contratos en masa*⁵⁷, *tipo*⁵⁸, *normados*⁵⁹, *en serie*⁶⁰, o la más popularizada por SALEILLES⁶¹ como *contratos de adhesión*⁶², hoy orientada merced a la doctrina alemana hacia la terminología de *condiciones generales de la contratación*⁶³, resulta notorio en nuestros días la imposición de un sistema de contratación por el empresario con un clausulado general a cuyo sometimiento se ve avocado el consumidor.

El celeberrimo jurista FEDERICO DE CASTRO desgranó en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1960, en tiempos aún en que no existía sensibilidad sobre este particular, la esencia de las condiciones generales de la contratación, por lo que cualquier ensayo posterior quedará avocado a seguir la sombra del maestro, motivo por el cual optamos directamente por transcribir su pensamiento al razonar que se

⁵² DURAN RIVACOBA, R. en AZPARREN LUCAS, A. (Dir). *Hacia un Código del Consumidor*, Madrid, 2006, p. 164 y ss.

⁵³ PAGADOR LÓPEZ, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Madrid, 1999, p. 15.

⁵⁴ POLO SÁNCHEZ, E. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, p. 31.; ORDUÑA MORENO, F.J. en VVAA, *Contratación y comercio electrónico*, Valencia, 2002.

⁵⁵ ORDUÑA MORENO, F.J. "Derecho de la contratación y condiciones generales (I)" en Revista de Derecho Patrimonial nº 4, 2000, p. 21.

⁵⁶ BERNITZ, U. "Consumer Protection and Standard Contracts" en *Scandinavian Studies in Law*, 1977, p. 11 y ss; ROPPO, E. *Contratti Standard*, Milán, 1989, p. 16 y ss;

⁵⁷ DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, L. en VVAA, *Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Madrid 1996, p. 29; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. en VVAA, *Curso de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Madrid, 2000, p. 389 y ss; ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Barcelona 2002, p. 389 y ss.

⁵⁸ CLAVERIA GOÁLBEZ, L.H. "La predisposición del contenido contractual" en Revista de Derecho Privado, 1979, p. 671.

⁵⁹ GARCIA AMIGO, M. *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, p. 13.

⁶⁰ URÍA GONZÁLEZ, R. "Reflexiones sobre el contrato mercantil en serie" en Revista de Derecho Mercantil, 1956, p. 221 y ss.

⁶¹ SALEILLES, R. *La déclaration de volonté*, Paris, 1902, p. 299 y ss.

⁶² KESSLER, F. "Contracts of Adhesion –Some Thoughts About Freedom of Contract", 43 *Columbia Law Review* nº 629, 1943; RADOFF TODD, D. "Contracts of adhesión: An essay in reconstruction" *Harvard Law Review* nº 6, Vol. 6, 1983;; VIGURI PEREA, A. *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión*, Granada, 1995, p.6; ROYO MARTÍNEZ, M. "Contratos de adhesión" en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, p. 54 y ss; OSORIO GALLARDO, A. "Crisis en la dogmática del contrato" en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, p. 1175; LLODRÁ GRMALT, F. *El contrato celebrado bajo condiciones generales: un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido*, Valencia, 2002, p. 29; DE LA MAZA GAZMURI, I "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?" en Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. nº 1, 2003.

⁶³ GARCIA AMIGO, M. *op. cit.*, p. 138 y ss.; DE CASTRO Y BRVO, F. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975, p. 54; OTERO LASTRES, J.M. "La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación" en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, p. 759 y ss.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

designan como tales condiciones a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales y comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar (...) mediante tales condiciones se eliminan a priori los tratos previos entre las partes; una de estas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos.

Las notas esenciales configuradoras de las condiciones generales de la contratación, siguiendo la clásica enunciación ofrecida por SCHMITTHOFF⁶⁴ serían las siguientes:

- a) Unilateralidad.
- b) Predisposición.
- c) Carácter definitivo y abstracción.

Estas notas como veremos, se han trasladado a la normativa sobre condiciones generales de la contratación, ofreciéndose en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)⁶⁵, la siguiente definición:

Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

3.1. Autonomía de las partes versus justo equilibrio.

Desde los tiempos de DOMINICIO ULPIANO⁶⁶, se ha aceptado como uno de los principios generales del derecho la obligación del mantenimiento de los pactos acordados (*pacta sunt servanda*).

La validez de los pactos entre privados ha sido algo en principio no cuestionado por el legislador, que los entendía inatacables con carácter general⁶⁷. La expansión de esta idea del codificador francés⁶⁸ hacia el resto de

⁶⁴ SCHMITTHOFF, C.M. "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions" en *International & Comparative Law Quarterly*, 1968, p. 551.

⁶⁵ BOE nº 89, de 14 de abril de 1998.

⁶⁶ ULPIANO aborda el mantenimiento de los pactos en su comentario al título edictal *De pactis conventis*, en el que transcribe el tenor literal del edicto: "pacta conventa serbabo" (conservaré los pactos convenidos).

⁶⁷ Decimos con carácter general porque existe alguna posibilidad en ocasiones de moderación judicial, como es ante de responsabilidad por negligencia del artículo 1103 CC, el de establecimiento de cláusulas penales previsto en el art. 1154 CC, la responsabilidad exigida al mandatario ex 1726 CC o incluso la facultad otorgada al juez de reducir las deudas de juego en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

los ordenamientos de nuestro entorno, incluido por supuesto el español a través del artículo 1091 CC (*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*) ha perdurado hasta nuestros días como una máxima.

Este blindaje contractual se presentaba sobre una construcción basada en la autonomía de la voluntad de las partes. De este principio, como es sabido es tributario el artículo 1255 CC (*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*). Sin embargo, tal y como advertiera NEUHAUS⁶⁹, la autonomía de la partes pierde su significado cuando se convierte en dominio del fuerte sobre el débil.

Cuando quiebra pues la autonomía de la voluntad de las partes y el contrato viene impuesto por quien ostenta la posición de fuerza sobre el débil, este se presenta de modo desigual, favorable a sus intereses, sin trasladar a la contraparte prestaciones equivalente a las irrogadas en beneficio propio. Nos hallamos pues ante una manifiesta situación de desequilibrio. En la contratación en masa impuesta en la actualidad para la gran generalidad de los bienes y servicios adquiridos por los consumidores, este desequilibrio agudizaba la degradación de la posición del consumidor hasta límites intolerables que hacían necesaria una intervención normativa externa al contrato capaz de paliar los manifiestos abusos que padecía el usuario. Como acertadamente razonaba GINER PARREÑO⁷⁰, la tarea del legislador estriba hoy en día en decidir el grado de función distributiva que deben cumplir las normas en materia de contratos.

Ya nuestro Tribunal Supremo, a través de su Sentencia de 5 de julio de 1997, adelantándose a lo que sería la regulación española sobre condiciones generales de la contratación, advertía del importante desequilibrio que suponía la aceptación de toda condición general impuesta: *“La calificación de este contrato es de un contrato de adhesión entendiéndose por tal aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, pero no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero si es indudable su control legal y judicial para que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho”*.

⁶⁸ El artículo 1134 del CC francés mantiene: “Los pactos celebrados legalmente tienen fuerza de ley entre los que los pactaron. Los mismos no pueden revocarse sino es por el consentimiento mutuo, o por las causas que la ley autorice”.

⁶⁹ NEUHAUS, P.H. *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tubinga, 1976, p.257.

⁷⁰ GINER PARREÑO, C. “Condiciones generales de la contratación. Autonomía privada y competencia” en Estudios sobre Consumo nº 32, 1995, p. 18

3.2. Normativa sobre condiciones generales de la contratación.

Una vez firme el propósito de todas las instituciones europeas en paliar el desequilibrio existente en los contratos de adhesión y tras intensos debates con todos los sectores implicados, veía finalmente la luz la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁷¹, auténtico hito normativo para la protección del consumidor. La filosofía pues de esta Directiva, tal y como matiza O'CALLAGHAN⁷² es la protección del consumidor, no respecto a las condiciones generales de los contratos, sino concretamente respecto a las cláusulas abusivas.

Lamentablemente, en España hubimos de esperar merced a la haraganería de nuestro legislador a 1998 para ver transpuesta la Directiva Comunitaria, a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Pese a la parsimonia legisladora en la transposición de la norma, que por otra parte parece inexplicable en tanto que es reiterada en materia de consumo (Ley de Regulación de Viajes Combinados, Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos, Ley sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, Ley de Crédito al Consumo, Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo...), ha de reconocerse el indiscutible mérito de la misma, que no obstante sus carencias técnicas como evidencia la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004⁷³, supone un valioso instrumento para la erradicación de las cláusulas abusivas. Actualmente, sin perjuicio de la pervivencia de la LCGC, ha de tenerse presente la incorporación de las disposiciones relativas a cláusulas abusivas al Título II, del Libro II (arts. 80 y ss.) 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 normas complementarias (TRLGDCU en los sucesivos)

En el concreto ámbito de la contratación telefónica, electrónica o telemática, la LCGC despliega sus efectos a través del RD 1906/1999, de 17 de diciembre⁷⁴.

3.3. Ámbito de aplicación.

Los primeros artículos de la LCGC se orientan a delimitar el ámbito de aplicación de la norma, lo que al margen de la oportunidad que ofrece a los docentes universitarios para la discusión y censura, no deja de ser muy agradecido por los juristas que nos dedicamos a su aplicación práctica.

⁷¹ DO L nº 95 de 21 abril 1993.

⁷² O'CALLAGHAN X. "Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la Ley 7/1998, de 13 de abril)" en Estudios sobre Consumo nº 54, 2000, p. 84.

⁷³ Recurso de incumplimiento. Asunto C-C 70/2003.

⁷⁴ BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1999.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

El ámbito objetivo de la norma viene dado por la propia definición de condiciones generales de la contratación ya avanzada anteriormente y recogido en su artículo 1: *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

FUENTE NORIEGA⁷⁵ extrae de esta definición en la línea de lo que ya concluyera SCHMITTHOFF, anteriormente citado, los requisitos que deben cumplir las condiciones generales de la contratación para ser consideradas como tales:

- a) Contractualidad.
- b) Predisposición.
- c) Imposición
- d) Generalidad.

El ámbito subjetivo de la norma, determinado por el artículo 2.1 LCGC establece que resultará de aplicación a los contratos celebrados *entre un profesional –predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente- .* Ello implica que a diferencia de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1997, en la que tiene su origen, el legislador nacional ha extendido su aplicación en virtud del *principio de minimis* de la Directiva tanto a los contratos celebrados con consumidores como con cualquier otro contratante.

Por lo que respecta al ámbito territorial, el artículo 3 de la Ley dispone que *se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española, y que también se aplicará a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales.*

Finalmente la ley manifiesta de modo expreso que no resultará de aplicación a *los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.* La Exposición de Motivos de la norma justifica esta exclusión en las características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual. Igualmente quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la norma ex art. 4.2 *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 vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.*

⁷⁵ FUENTE NORIEGA, M. en LEON ARCE, A. *Derechos... op.cit.* p. 191

3.4. Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación.

Con objeto de asegurar la debida transparencia y garantizar el conocimiento por el adherente de las condiciones generales de la contratación, la LCGC, a través de sus artículos 5 y 7 establece el denominado *control de incorporación*.

El artículo 5 LCGC parece distinguir tres grandes supuestos: a) contratos celebrados por escrito; b) contratos no formalizados por escrito; y c) contratos celebrados de modo telefónico o electrónico. En todos los casos, advierte que las cláusulas generales habrán de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

En cuanto a los contratos celebrados por escrito, para entender aceptadas las condiciones generales de la contratación el adherente deberá haber sido informado previamente de estas con la facilitación de un ejemplar, suscribiendo este hecho en el contrato. Se establecen pues tres requisitos:

- a) Referencia expresa contractual a la existencia de condiciones generales de la contratación.
- b) Facilitación de un ejemplar al adherente. Ello podrá cumplirse tanto por inserción íntegra de las condiciones en el propio contrato, como por entrega previa o coetánea⁷⁶ en un documento adjunto, más no por mera remisión.
- c) Aceptación por el adherente. Se discute sin embargo la necesidad de que las condiciones generales deban ser firmadas de modo específico o baste la suscripción del contrato en el que se refiera su existencia, por observarse una discordancia⁷⁷ entre lo dispuesto en el artículo 5.1 (*Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas*) y la letra a) del artículo 7 (*No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de*

⁷⁶ La SAP de Madrid de 11 de julio de 1995 rechaza en el contrato de abono telefónico la remisión a las normas del *Reglamento de Servicio*, aprobado por la Delegación de Gobierno, obrante en las páginas de la guía telefónica.

⁷⁷ Aunque la redacción inicial de ambos preceptos preveía la firma de las condiciones generales, en el desarrollo del *iter* parlamentario, la introducción de la enmienda nº 79 en el Congreso a instancia de CIU y su aceptación con modificación de uno solo de los preceptos provocó el asimétrico resultado puesto de manifiesto (BOCG, Serie A, nº 78-6, de 23 de octubre de 1997, p. 40).

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5).

Una particularidad interesante en los contratos formalizados por escrito con condiciones generales de la contratación y elevados a escritura pública es la posibilidad prevista en el artículo 5.2 LCGC que dispensa a las partes de transcribir las condiciones generales al documento público, siempre que se deje constancia de ellas en la matriz e incorporen como anexo. Sin embargo para este particular la LCGC exige al notario que compruebe tanto el conocimiento de estas condiciones generales por los adherentes como su aceptación. En este punto debe reclamarse una intervención más activa de los fedatarios públicos como garantes también de la legalidad, con una mayor diligencia efectiva de su labor de información a los otorgantes. No en vano ha de recordarse que el artículo 147 del Reglamento Notarial⁷⁸ impone al notario del de prestar *asistencia especial al otorgante necesitado de ella*. Así como *asesorar con imparcialidad a las partes y velar por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios*. Resulta lamentable para el prestigioso cuerpo de notarios la generalización en la relajación del cumplimiento de estos deberes. Resulta ilustrativa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1994 que se expresaba del modo siguiente: *cabe recordar que en cumplimiento de su función de control de legalidad, deberá el Notario denegar la autorización del instrumento público cuando el contrato sea en todo o en parte contrario a las leyes (en especial, por lo que se refiere al caso que nos ocupa, las disposiciones de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) o se prescinda por los interesados de requisitos necesarios para la plena validez de los mismos*. También en este punto insiste nuevamente el TRLGDCU, que a través de su artículo 84 y trasladando la redacción original del 10.6 LGDCU ordena a los notarios y registradores, *en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizar ni inscribir aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales, así como informar a los consumidores en los asuntos de especialidad y competencia*.

El segundo de los supuestos previstos por el artículo 5 ya anunciábamos se refería a los contratos no formalizados por escrito. En su ordinal tercero dispone: *“Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de*

⁷⁸ BOE nº 189, de 7 de julio de 1944. La redacción dada al art. 147 responde a la modificación introducida por RD 45/2007, de 19 de enero (BOE nº 25, de 29 de enero de 2007).

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración". Se pretende en suma asegurar el conocimiento por parte del usuario de todas aquellas condiciones (en particular las limitativas) que aún en supuestos de dinámico tráfico comercial forman parte del contrato. Resulta evidente que gran parte de nuestras actividades cotidianas, por fortuna, no requieren la formalización de un contrato escrito y en estos supuestos se busca no obstante reforzar el derecho de información del usuario.

Finalmente el actual artículo 5.4 LCGC⁷⁹ referido a la contratación electrónica y telefónica, introduce como importantísima novedad que en estos supuestos *será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.*

El desarrollo reglamentario que advierte la norma viene dado por el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. En cuanto al mismo, nos remitimos al apartado específico de contratación electrónica dedicado en el capítulo de comercio electrónico.

Tras la STS de 9 de mayo de 2013, el nudo gordiano de los denominados requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación se ha centrado en el principio de transparencia, valorando en éste si la inclusión de la condición litigiosa ha pasado de modo inadvertida para el consumidor por su forma de presentación. A esta cuestión dedicaremos por tanto un capítulo específico al analizar el caso concreto de la cláusula suelo.

3.5. Reglas interpretativas.

La LCGC introduce con mejor voluntad probablemente que necesidad técnica unas reglas interpretativas ante una posible contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares. En primer lugar otorga prevalencia a las condiciones particulares sobre las generales, pues como con razón ha apuntado ALFARO AGUILA-REAL⁸⁰, las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad de las partes que las generales. Sin embargo a renglón seguido introduce una excepción fallando a favor del adherente en función de las que resultaren para éste más beneficiosas, así como en caso de oscuridad, ambigüedad o dificultad interpretativa de las condiciones (interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*).

⁷⁹ Primigenio artículo 5.3 hasta la nueva enumeración operada por el artículo 99 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2001).

⁸⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 299.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Decimos que la redacción obedece más a una expresión de buena voluntad, aunque cierto es que lo que abunda no daña, que a una necesidad técnica, toda vez que el precepto no viene a introducir ninguna novedad que no albergara ya el Código Civil en sus artículos 1281 a 1289, y en especial el artículo 1288: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”, o que no previera la LGDCU (vid. art. 10.2 “*En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*”).

3.6. El control de las condiciones generales de la contratación.

El artículo 7.1 de la Directiva imponía a los Estados miembros el deber de establecer *medios adecuados y eficaces para el cese de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre los profesionales y los consumidores*. Esta indeterminación de la Directiva en cuanto a los medios para conseguirlo permite, como acierta BUSTO LAGO⁸¹ al valorar, que los diversos legisladores nacionales puedan optar por el establecimiento tanto de vías administrativas como judiciales. Nuestra LCGC, sin perjuicio de la posible tutela administrativa, opta por el establecimiento de acciones colectivas de cesación, retracción y declarativa.

En orden a una mejor sistemática en nuestra exposición, abordaremos su desarrollo posteriormente en un apartado específico dedicado a las acciones colectivas.

3.7. El Registro de Condiciones Generales.

Con la voluntad de ahondar en la publicidad y transparencia de las distintas condiciones generales de la contratación, la Directiva impuso la creación de un registro público, bajo la batuta de un Registrador de la Propiedad y Mercantil. Como advierte el dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, es un Registro de cláusulas contractuales y sentencias cuya finalidad primordial es proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas y evitar que se incluyan en los contratos celebrados con los consumidores, sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la ley. Cumple el mandato de su desarrollo reglamentario el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁸², si bien tuvo que padecer una seria modificación con motivo de sendos recursos contencioso administrativo interpuestos por el Colegio Notarial de Cataluña, estimado parcialmente por la

⁸¹ BUSTO LAGO, J.M. “El control abstracto de las condiciones generales de los contratos” en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 360, Pamplona, 1998, p. 1

⁸² BOE nº 306, de 23 de diciembre de 1999.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

STS de 12 de febrero de 2002 y por el Colegio de Abogados de Barcelona, también estimado parcialmente por STS de 19 de febrero de 2002.

El principio general que rige en cuanto a la inscripción de condiciones generales de contratación es que esta es facultativa por parte del predisponente. *En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley*, apunta el artículo 11.2 LCGC. Únicamente como excepción, *el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación.*

Del Registro de Condiciones Generales de la Contratación dimanarán los siguientes efectos:

a) El profesional que realiza el depósito tendrá a su favor de hecho la legitimación en el tráfico comercial derivada de la publicidad registral en tanto no se contravenga por una declaración judicial.

b) Prescribirán las acciones colectivas de cesación y retractación por el transcurso de cinco años computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva.

Esto no excluye (dado el carácter imprescriptible de las acciones individuales) que las acciones colectivas puedan ser ejercitadas en todo caso durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o de no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual, que es imprescriptible.

c) Los notarios y registradores de la Propiedad no autorizarán ni inscribirán contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencias inscritas.

d) Pueden llegar a tener una eficacia prejudicial cuando constituyan doctrina legal, de manera que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de las acciones colectivas vincularán a todos los jueces en ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la sentencia, y siempre que se trate del mismo predisponente.

e) Finalmente, existe la posibilidad de someter la cuestión a dictamen de conciliación por parte del registrador de Condiciones Generales de la Contratación.

4. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICION ABUSIVA EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

El objetivo de la LCGC, como es lógico, no es combatir el uso de condiciones generales de la contratación, algo que hemos de aceptar como consustancial al mercado de nuestro tiempo, sino expulsar de estas el clausulado abusivo.

4.1. Aproximación conceptual a las cláusulas abusivas.

Conforme a lo dispuesto en el vigente artículo 82 TRLGDCU, que recogiera la antigua redacción del art. 10 bis LGDCU *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*

De la lectura del precepto transcrito se infiere la necesaria concurrencia de cuatro elementos para la valoración de una determinada cláusula como abusiva, a saber:

a) Hemos de hallarnos ante lo que hemos denominado contratos de adhesión, sin posibilidad para el consumidor o usuario de negociación. Esto es, ante condiciones generales de la contratación.

b) El adherente, al menos a la luz del artículo 82 TRLGDCU, ha de tener la condición de consumidor o usuario a los efectos previstos en el artículo 3 TRLGDCU.

c) La cláusula ha de ser contraria a la buena fe⁸³.

d) Su inclusión ha de conllevar en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante en la relación negocial.

No obstante, en orden a una adecuada ponderación de estos elementos, el propio artículo 82.3 TRLGDCU advierte que *el carácter abusivo de una*

⁸³ Se entiende jurisprudencialmente que la buena fe es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal (SSTS de 26 de octubre de 1995; 6 de marzo de 1999; 30 de junio y 25 de julio de 2000, entre otras) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (STS de 22 de septiembre de 1997). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (SSTS de 16 de noviembre de 1979; 29 de febrero y 2 de octubre de 2000); de cumplimiento de las reglas de conducta insitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SSTS de 26 de enero de 1980; 21 de septiembre de 1987 y 20 de febrero de 2000).

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Así ha sido enfatizado también por la SAP de Murcia (Sección 1ª), de 26 de junio de 1996 al concluir: “Cuando el objeto del mentado contrato es un vivienda, por la trascendencia económica y social de dicho objeto (...) hay que tener presente no sólo una interpretación general de las normas generales de la contratación y las específicas del contrato referido, favorables a la efectividad de ese derecho, sino la abundante y compleja normativa desarrollada con tal fin, velando por los intereses de los compradores, la parte más débil en la contratación”.

En este punto ha de recordarse, que tal y como dispusiera el artículo 1288 CC: *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.* Y *a fortiori*, en el caso concreto de las relaciones entre empresarios y consumidores, según se deduce de la lectura del artículo 80.2 TRLGDCU, en el ejercicio de acciones individuales ha de fallarse a favor del adherente en función de las interpretaciones que resultaren para éste más beneficiosas, así como en caso de oscuridad, ambigüedad o dificultad interpretativa de las condiciones (interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*).

4.2. Categorías de cláusulas abusivas.

Sin duda, a pesar de las críticas que recibió de una gran parte de la doctrina, una de las novedades más significativas de la Directiva, y en consecuencia de la LCGC en su transposición, fue la inclusión de un listado enunciativo de cláusulas que el legislador considera abusivas en todo caso. De hecho la norma española incrementaba el listado hasta en 29 cláusulas respecto de las 17 previstas en la Directiva. De este modo, junto a la consideración genérica de cláusula abusiva de toda aquella, que como hemos recogido enunciaba el artículo 10 bis LGDCU, se presentaba al adherente sin previa negociación individual, y que en contra de las exigencias de la buena fe causa en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, se ofrecía una relación de condiciones sobre las que el legislador no alberga duda alguna causan ese desequilibrio pernicioso para el usuario. Ello habría de suponer excluir el clausulado tachado por el legislador de toda ponderación judicial, pues el juzgador no tendrá sino que proceder a la aplicación de la sanción sin ofrecer su particular interpretación. Frente a la censura que ello ha merecido, entendemos que sin duda aporta seguridad jurídica y descende de modo concreto, sin necesidad mayores circunloquios, a ofrecer una solución práctica a los problemas que padecía el usuario. Habiendo manifestado nuestra complacencia con la presentación de un listado enunciativo de cláusulas que hayan de reputarse en todo caso como abusivas, a pesar de la detracción impuesta por parte de la doctrina, si hemos

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

sin embargo de coincidir con ALFARO AGUILA-REAL⁸⁴ al lamentar su ubicación técnica inicial en cuanto que parecía inadecuada vista su trascendencia su remisión a la Disposición Adicional. Hoy merced a la refundición del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, encuentran acomodo en sus artículos 82 a 91.

Ha de tenerse en cuenta que el listado ofrecido por la norma tenía un mero carácter enunciativo, no exhaustivo, de lo que cabe deducir que, junto a las comprendidas en éste, podrían existir cuantas otras inclinen la balanza, sin justa causa ni reciprocidad, a favor del predisponente.

Tras la modificación normativa operada en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2007, los artículos 85 y siguientes del TRLGDCU, comprenden de modo sistemático el antiguo listado en diferentes categorías de cláusulas que habrán de reputarse, en todo caso, abusivas, siendo éstas:

- I. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.
- II. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor.
- III. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.
- IV. Cláusulas abusivas sobre garantías.
- V. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- VI. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

4.3 Consecuencias de eficacia de las cláusulas abusivas.

La declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, y por tanto su nulidad, exige, siempre y cuando sea posible la subsistencia del contrato y ello no perjudique al consumidor, expulsar del marco contractual impuesto aquélla condición cuya lesividad para el adherente se ha concluido. Con esta declaración de nulidad, se han de eliminar, de acuerdo con la máxima clásica *quod nullum est nullum effectum producit*, también por tanto todos los efectos derivados de su aplicación.

Este principio es que rige también en materia de condiciones generales de la contratación que son declaradas abusivas, tal y como recuerda la STJUE de 21 de marzo de 2013. De este modo, la estimación de la demanda, debe conllevar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la eliminación de la cláusula declarada abusiva y sus efectos, sin que ello implique la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal.

⁸⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. "El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado" en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 67, de 1997, p. 839 y ss.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

A partir de este sencillo esquema nos encontramos un problema por la deficiente regulación que encierra el artículo 83.2 TRLGDCU. Este precepto indica: *que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.*

Esto es, a tenor de lo previsto en el artículo 83.2 TRLGDCU, se concede al juzgador la facultad moderadora respecto de los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, frente a esta previsión del legislador español, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2.012 (Asunto C-618/2010), respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora. Dicha resolución sostiene que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad, sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, Asimismo, manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva.

El TJUE razona que el artículo 83 TRLGDCU se opone a la Directiva comunitaria al atribuir al juez la facultad de integrar el contrato una vez que declara la nulidad de una cláusula abusiva, pues de este modo se pondría en peligro la consecución del objetivo disuasorio que persigue el artículo 7 de la Directiva. Y tiene razón sin duda el TJUE, pues de integrarse en el contrato, los responsables de la imposición de las cláusulas abusivas estarían tentados a persistir en su empleo, conscientes de que en el peor de los casos, de declararse la nulidad de la cláusula, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello, la respuesta legislativa y judicial ha de ser limitarse a dejarla sin efecto frente al consumidor sin que haya de permitirse su moderación judicial⁸⁵. Este mismo posicionamiento ha sido consolidado en la reciente STJUE de 30 de mayo de 2013 (Asunto C-488/2011).

En consecuencia, según apunta la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto;

⁸⁵ En este sentido se pronuncia también a raíz del fallo del TJUE la SAP Islas Baleares, Sección 3ª, de 28 de noviembre de 2012.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias; el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida.

El artículo 1303 del Código Civil no parece ofrecer duda en cuanto que impone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. Incidiremos sobre este particular más tarde con relación a la famosa cuestión de la “irretroactividad” para la recuperación de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo. Tan peculiar manifestación merece un capítulo en exclusiva.

4.4. Contrato de préstamo hipotecario y cláusula suelo.

Según informe de la Asociación Hipotecaria Española⁸⁶, el 99,1% de los préstamos concedidos con la vivienda con garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable. Las variaciones provocan lógicamente una incertidumbre al consumidor, que es quien menos conocimientos técnicos posee de la relación contractual y en consecuencia asume un mayor riesgo. A pesar de ello, de conocerse su existencia, podría ser asumida esta incertidumbre en tanto se posee la expectativa del beneficio de las bajadas en los tipos aún a pesar del también factible riesgo de subida. Con objeto de delimitar ese riesgo se suele establecer por las entidades financieras tanto límites máximos como mínimos a la variación de los tipos de interés. Si la acotación es a la baja se fija un tipo de interés “suelo” con los que el banco se asegura un beneficio mínimo con independencia de las fluctuaciones de los tipos en los mercados. Por el contrario, en la acotación al alza se establece un “techo” a la subida del tipo pactado que establecerá las cantidades a pagar por el cliente en caso de que el mercado haya sobrepasado esa barrera de interés fijada. La filosofía de este sistema, contemplada en abstracto, puede ofrecer atractivos para ambas partes.

Si bien no existe una fórmula o modelo único de redacción en las diversas entidades a la hora de plasmar la cláusula suelo, todas ellas siguen una redacción bien similar, soliendo localizarse en la estipulación 3 bis, con la denominación “límite a la variación del tipo de interés variable” bajo una fórmula similar a la que transcribimos a continuación, copiada de un contrato del BBVA que ha sido declarada abusiva por SAP de Madrid, Sección 28, de 26 de julio de 2013:

⁸⁶ vid. *Resumen Anual del Mercado Hipotecarios 2009*, en <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2008/09/02/3680.pdf?version=2>

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS



“En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el “tipo de interés vigente” en el “periodo de interés”. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL”.

En esta misma resolución se abordó igualmente la nulidad de otra cláusula suelo del BANCO POPULAR que presentaba la siguiente redacción:



“No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CINCUENTA POR CIENTO”

El problema surge cuando existe un desequilibrio entre el “techo” y el “suelo” fijado por la entidad financiera, que recordemos es quien se halla en mejor predisposición para su ponderación por su privilegiada posición de actora principal en los mercados. La bajada de los tipos de interés en los últimos años ha puesto de manifiesto la desigualdad de las partes contratantes en evidente perjuicio para el consumidor. Si los suelos son altos y los techos también altos, la entidad financiera, se alza en una posición aventajada pues asume un mínimo o insignificante riesgo profesional, mientras que el usuario se ve perjudicado porque la bajada de los tipos está limitada para él por la cláusula suelo. Y en cambio, la subida se encuentra poco limitada con el consiguiente desequilibrio de los contratantes. La horquilla entre la cláusula suelo y la cláusula techo ofrecerá la clave para la valoración de la condición general desde la perspectiva del desequilibrio.

Resulta ingenuo sin duda apelar a la libre voluntad de las partes para la aceptación o rechazo de la cláusula suelo. De una parte, porque según constata una reciente encuesta realizada entre usuarios de servicios bancarios⁸⁷, el 87% de los usuarios hipotecados no fue informado por su Banco de la inclusión de la citada cláusula al formalizar su préstamo hipotecario. Y, de otra, tal y como se deduce de la constatación efectuada por el Banco de España en su informe emitido a solicitud de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en relación con la moción 662/73 aprobada por el Pleno del Senado, publicado en la edición del Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010 (páginas 12 a 26), la creciente instalación de las cláusulas

⁸⁷ Cfr. El Mundo de 10 de octubre de 2011, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/04/suivienda/1317727333.html?a=7f37977f84d2a8c70c348beedb4dba86&t=1319473763>

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

de limitación en las escrituras, permite concluir que el prestatario no podrá eludir en ningún caso su incorporación si pretende acceder a un diferencial competitivo.

Aunque parece que seguimos centrando la solución del problema en la incontenible diarrea legislativa en lugar de la exigencia del cumplimiento de la ya existente (sobradamente suficiente) y de la dotación de medios a los organismos de vigilancia y control de mercado sin ataduras que denoten la ausencia de voluntad política para el cumplimiento de sus funciones, tras la aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁸⁸, se introducen previsiones específicas con relación a la imposición de la cláusula suelo. Así su Exposición de Motivos señala *se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar al máximo las obligaciones de transparencia y difusión de información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación.* En el artículo 25 de la citada Orden EHA/2899/2011 se dispone que *en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.*

Lo cierto es que este tipo de normas orientadas sobre el papel a reforzar los principios de información y transparencia, por la experiencia cosechada de quien suscribe, con frecuencia, se acaban convirtiendo en escudos protectores de los responsables del sector que se pretende regular. Tenemos el reciente ejemplo de los denominados “test de conveniencia” y “test de idoneidad” tan famosos en los casos de los afectados de las participaciones preferentes. La suscripción de estos test por los afectados –en los casos en que no han sido directamente pre-redactados por las entidades financieras- se ha esgrimido por parte de éstas como un elemento de defensa para justificar la información facilitada al usuario. La realidad sin embargo es bien distinta, el usuario acabará firmando cuantos documentos les presenten reconociendo con mil y una firmas que estaba informado, que el producto era adecuado a su perfil e incluso que prefería pagar un poco más de hipoteca cada mes por sentirse un feliz cliente de tal o cual entidad. No se apunta al quebranto de la buena fe objetiva, que es un principio elemental de las relaciones contractuales, sino que se opta por una profusa regulación que bajo el manto de apariencia de superior tutela del usuario va socavando sus futuras posibilidades de defensa. Así en un futuro, podrán remitir al usuario un centenar de hojas descriptivas de las condiciones generales de la contratación, otros tantos modelos económicos de simulación con ininteligibles, gráficas de posible evolución de los tipos de interés en euro, yen o dinares y concederle el plazo de un mes para su estudio adjuntando los teléfonos y direcciones de todas las OMICs de España,

⁸⁸ BOE nº 261, de 29 de octubre de 2011.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Asociaciones de Consumidores y Colegios de Abogados. El resultado será el mismo.

4.5. Fundamentos sustantivos para la declaración del carácter abusivo de la “cláusula suelo”.

En principio, la polémica condición general denominada “cláusula suelo” parecía perfectamente valorable por el órgano judicial, pues tras la respuesta ofrecida por la STJUE de 3 de junio de 2010, a la cuestión planteada por el ATS de 20 de octubre de 2008, sobre la compatibilidad de los artículos 8 y 4.2 de la Directiva 93/12 y artículos 2.3 y 4.1 del Tratado, se disipaba cualquier duda sobre la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas que, aunque estuvieran redactadas de forma clara, definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

Nuestro Tribunal Supremo parecía haber concluido, en Sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, que a la vista de la interpretación del artículo 4.2 del Directiva realizada por la STJUE de 3 de junio de 2010, no puede impedirse el control, por los órganos jurisdiccionales españoles, del carácter abusivo de ninguna cláusula, no negociada individualmente conforme a la legislación española, sobre la base del art. 4.2 de la Directiva, y ello con independencia de que la cláusula verse sobre elementos esenciales del contrato, o no.

Coincidimos con la Magistrada MARTÍNEZ GALLEGO, cuando razona que de este modo el control jurisdiccional no incidiría, propiamente, en elementos que solo pueden determinarse por el mercado, en atención a consideraciones económicas, sin que ello pueda cercenar la posibilidad de apreciar la existencia de desequilibrio si una y otra parte asumen riesgos desiguales, en relación con las fluctuaciones de índice de referencia empleado para determinar el tipo de interés, que queda dentro del ámbito de lo estrictamente jurídico.

A mayor abundamiento cabe señalar que ya la SAP de Madrid, de 22 de marzo de 2007 se había manifestado discrepante en la consideración de la cláusula suelo como una cláusula de carácter esencial, cuando concluía: *“la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatorio el tipo de interés variable previsto en el contrato”*.

Desde otra perspectiva diferente a la opinión expresada pero finalmente conducente a la viabilidad del análisis de la legalidad de la cláusula suelo, el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Barcelona, en su Auto de 31 de mayo de 2013 señalaba que ha de recordarse que ni la Ley 26/84, ni su posterior Texto

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Refundido operado en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2007, habían transpuesto la limitación del artículo 4.2 de la Directiva que enunciaba que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución. Esta misma circunstancia es advertida por la SAP de Álava, Sección 1ª, de 9 de julio de 2013:

“Por otro lado, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, autoriza a los estados miembros a no adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato. España no ha usado tal opción, como recordó la STJUE de 3 de junio de 2010 STJUE de 3 de junio 2010 (C-484/08), caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid , que declara nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad. La misma directiva incluye entre sus considerandos la obligación de los profesionales que predisponen cláusulas generales la de "cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta". Tal recordatorio es preciso porque la citada sentencia autoriza al juez nacional, en particular al español (parágrafo 41), a sopesar la desproporción de las cláusulas del contrato suscrito con un consumidor, pues dice su parágrafo 42 "En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

Finalmente, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo permite realizar un control de equivalencia de las prestaciones en sus STS 4 noviembre 2010 y 29 de diciembre de 2010, que declararon nulas las cláusulas "de redondeo". La última de ellas expresa al respecto en su Fundamento Jurídico Quinto que "la Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2.010 , núm. 663, declaró abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

En definitiva, atendiendo a las exigencias de la directiva señalada, a nuestro propio ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia citada del

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y considerando que la cláusula litigiosa se inserta en un contrato entre consumidor y un profesional, sin que conste negociada individualmente, refiriéndose al objeto del principal de dicho contrato, como es el interés a abonar por el préstamo recibido, es posible el control del eventual carácter abusivo de cláusulas limitativas del tipo de interés como la que se analizan en el caso de autos”.

Frente a ello, nuestro Tribunal Supremo, primero a través de su Sentencia de 18 de junio de 2012 y recientemente en virtud de la Sentencia del Pleno de la Sala Civil de 9 de mayo de 2013, lejos de apaciguar este debate, parece enrocarlo al apuntar que los elementos esenciales no pueden ser objeto de control de contenido, pero sí de inclusión y transparencia. Y con ello, considerando la cláusula suelo como un elemento esencial del contrato, desvía nuevamente el debate hacia la exclusión del control de su equilibrio para centrarse en la transparencia. Todo apunta a que este debate entre el TS y TJUE no está aún cerrado de modo definitivo. Y mucho me temo, que pueda acabar con una modificación normativa orientada a salvar estos escollos, que en lugar de elevar la ajada protección del consumidor acabe ahondando más en sus miserias. Téngase en cuenta sobre este particular el efecto directo y de primacía del derecho comunitario. Tal y como resolvía la STJUE de 14 de diciembre de 1982 (asuntos acumulados 314/81; 315/81; 316/81 y 83/82) *todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia. En el caso de que la sentencia declare la incompatibilidad con el Tratado de determinadas disposiciones legislativas de un Estado miembro, ello supone, para las autoridades que participan en el ejercicio del poder legislativo, la obligación de modificar las disposiciones de que se trate, de manera que estas últimas sean conformes a las exigencias del Derecho comunitario”.*

De cualquier modo, dos han sido por tanto los argumentos esenciales barajados para cuestionar la validez de las cláusulas suelo: a) el desequilibrio que entrañaban por falta de reciprocidad; y b) la falta de transparencia con que habían sido incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. El TS, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, declara expresamente que son “per se” lícitas y no abusivas, si bien pueden llegar a serlo por falta de transparencia a tenor de las circunstancias concretas que concurran. Con ello, aclara poco y suscita aún más dudas si cabe en una resolución tan brillante en ocasiones – como es lógico por la excelencia jurídica de sus miembros- como turbia en otras –acaso por el temblor que supuso a sus miembros enfrentarse abiertamente a un caso de las dimensiones económicas del examinado-.

No obstante, en mi modesta opinión, existen razones bastantes, como veremos seguidamente, para continuar invocando ambos motivos para lograr la declaración de nulidad.

4.5.1. Desequilibrio por falta de reciprocidad.

Personalmente, sin dudar nunca de la falta de transparencia que abordaremos seguidamente y que honestamente, creo que podría ser extendida a tantas otras estipulaciones predispuestas de los contratos bancarios, pues dudo mucho que por su inserción en los prolijos condicionados permitan al usuario adherente apreciar su existencia y distinguir su relevancia, lo cierto es que siempre me incliné y aún persisto en defender el manifiesto desequilibrio que implican la inmensa generalidad de las cláusulas suelo existentes.

Nuestra mejor doctrina ya se había anticipado a la valoración de este tipo de cláusula al eco de la repercusión mediática que ha tenido lugar en los últimos meses. Así LUCEÑO OLIVA⁸⁹, PÉREZ CONESA⁹⁰ o MORENO LISO⁹¹ ya apuntaba la razonabilidad de la defensa de *“que en los contratos que existan cláusulas suelo sin contraprestación de cláusula techo, o cláusulas suelo con límites muy altos (perjudica al usuario) y cláusulas techo con límites muy altos (perjudica al usuario), en relación al tipo oficial fijado en cada periodo, podrán declararse abusivas porque vulnera el justo equilibrio de las partes en perjuicio del consumidor”*.

El propio Banco de España también reconocía el desequilibrio existente entre las partes derivado de este tipo de cláusulas cuando manifestaba: *“En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o de las acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos”*⁹².

Cuando las entidades financieras establecen una horquilla distante entre cláusula suelo y techo variable como pueda ser a título ilustrativo del 2,25% al 15% nominal anual, la comparación de ambos índices evidencia sin necesidad de esfuerzos un severo desajuste entre los polos impuestos. Así tal y como razonara la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010, *“(…) considerando el tipo de partida de un préstamos superior al suelo señalado y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el techo señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario por no decir sencillamente imposible. Es realista pensar, y razonable, que una variación sensible (varios puntos, dos o tres por ejemplo) al alza por encima de tal suelo, y aún lejos del 12 o 15% de techo señalado, no*

⁸⁹ LUCEÑO OLIVA, L. “¿Son abusivas las «cláusulas suelo» en las hipotecas?” en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 814/2011

⁹⁰ PÉREZ CONESA, C. “Nulidad de cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.2/2011.

⁹¹ MORENO LISO, L. “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios” en Diario La Ley nº 7514, de 22 de noviembre de 2010, Madrid

⁹² vid. Informe del Banco de España, BOCG, Senado nº 457, p. 19, punto 3.3

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

podiere ser afrontada por nadie o muy pocos”. Es decir se reputa notorio y a simple vista, que las limitaciones al alza y a la baja no son semejantes...”.

En el mismo sentido ha sido valorada por la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León, de 11 de marzo de 2011, en la que atinadamente se razona: *“A fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el artículo 82.3 de la LGDCU , en cuya virtud “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”. Y es precisamente el presente marco contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de dicho índice por encima del 12% en el que la demandada viene fijando el límite superior en los contratos de préstamo hipotecario que redacta”.*

E incluso, a nivel administrativo, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Vitoria Gasteiz, en Sentencia de 19 de septiembre de 2012, estimó la comisión de una infracción grave de consumo impuesta por la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco, tipificada en el vigente artículo 49.1.i TRLGDCU, por la utilización de esta cláusula abusiva en los contratos de CAJA DE AHORROS DE NAVARRA.

Así las cosas, lo cierto es que en tanto que el escenario económico real, desterraba en la práctica la posibilidad de aplicación de la cláusula techo en perjuicio de la entidad financiera, la aplicación de la cláusula suelo en detrimento de los usuarios era un hecho previsible por la entidad bancaria como experta en la intermediación financiera, razón por la cual la insta en sus contratos tipo a partir del año 2006. A título ilustrativo nótese que constando establecido en un contrato un tipo de interés de Euribor +0,70%, y habiéndose fijado el Euribor en el mes de marzo de 2010, en el 1,215%, ello significa que los usuarios no podrían beneficiarse del descenso de tipos ($1,215+0,70= 1,915\%$), ante el límite mínimo del 2,25% fijado por la entidad bancaria, con una pérdida real de más de un cuarto de punto de impacto en sus cuotas hipotecarias. Por el contrario, y tomando como ejemplo el valor máximo del Euribor desde el año 2005, observamos que en la época de mayor tensión en julio de 2008, llegó a alcanzar un record de 5,393%, remoto al 15% que predicaba el Banco como techo, e inalcanzable so pena de una auténtica hecatombe económica y social, pues no es preciso ser un experto analista para aventurar que con una subida de tal calibre muy pocos consumidores serían capaces de mantener sus compromisos de pago con el Banco.

La convicción de la imposibilidad de alcanzar los elevados techos establecidos –en aquéllos casos en que acompañan al suelo- se evidenciaría con cualquier análisis de riesgos de la entidad que sin duda alguna, de producirse aquél escenario y tener que enfrentarse el usuario a tan

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

desmedidas cotas de interés, no le hubiera concedido el préstamo hipotecario por la elevadísima posibilidad de que su pago le resultara simple y llanamente imposible. Tomemos el ejemplo de un usuario que pretende la concesión de un préstamo hipotecario de 200.000 euros a 30 años y apliquémosle el suelo del 2,25% y el techo del 15%. Si realizamos esta sencilla operación con cualquier simulador de hipotecas de los que existen con frecuencia en portales inmobiliarios, en el primer caso abonaría una cuota mensual de 828 euros. En el segundo, si ha de entrar el techo como elemento de contención se habría situado ya en los 2.832 euros. Esto es, muy pocas familias que se hubieran endeudado previendo el pago de la cuota de 828 euros propuesta por su banco serían capaces de abonar 2.832 euros mensuales por la misma vivienda. Y lo que es tan cierto como esta realidad, prácticamente ningún banco les habría concedido en préstamo hipotecario para pagar 2.832 euros si sus ingresos no rozaran como mínimo los 8.000 euros. En otras palabras, si a una familia media de las miles de hipotecadas en nuestro país se le multiplica por tres su cuota hipotecaria ya le puede importar poco que le establezcan un techo del 15% o del 94% porque no va a ser capaz en ningún caso de afrontar la aquélla cuota. Esta sencilla simulación evidencia el manifiesto desequilibrio entre las partes.

CAPITAL	PLAZO (AÑOS)	INTERÉS	CUOTA
200.000	30	2,25%	828
200.000	30	15%	2.832

Han sido numerosas las resoluciones judiciales que apuntaban por la misma razón de falta de equilibrio la nulidad de la cláusula suelo (SSAP de Alicante, Sección 8ª, de 10 de febrero y 13 de setiembre de 2012; SAP de Burgos, Sección 3ª, de 23 de marzo de 2012; SSAP de Cáceres, Sección 1ª, de 10 de julio; 18 de julio; y 5 de octubre de 2012; SAP de Baleares, Sección 5, de 19 de noviembre de 2012; SAP de Zaragoza, Sección 5, de 8 de mayo de 2012; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 21 de diciembre de 2011; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba, de 16 de noviembre de 2012; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga, de 20 de diciembre de 2011; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca, de 2 de febrero de 2012), si bien evitaremos un recorrido por todas ellas habida cuenta de que tras el nuevo escenario establecido por la STS de 9 de mayo de 2013, nos interesará centrarnos en cual ha sido el devenir judicial *a posteriori*.

Dentro del elenco de resoluciones posteriores a la tan repetida STS de 9 de mayo de 2013, que persistan en la apreciación de la falta de equilibrio, la primera en pronunciarse resultó ser la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Orense nº 4, con competencia mercantil, de 13 de mayo de 2013:

“(…) supone una clara falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la baja practicada por la entidad bancaria demandada, pues con la cláusula suelo incluida en el contrato, se librera claramente a la demandada del perjuicio consistente en la percepción de un menor

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial. Así, sólo puede estimarse por esta juzgadora que el prestatario, por el contrario, no ve cubierto su riesgo de afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del Euribor y ello por lo desproporcionado del límite que sirve de techo.

Entendemos que ello supone una falta de reciprocidad, en perjuicio del consumidor, contraria a la buena fe, pues, habiéndose pactado un interés variable, la entidad bancaria quedaría protegida, frente a la posibilidad de cobrar un precio excesivamente bajo, por la cláusula en litigio, quedándole garantizado siempre el cobro de un precio mínimo, mientras que no se otorga al consumidor la misma protección, en el caso de que la subida del Euribor determine una subida del tipo de interés semejante o proporcional, de modo que, como ya hemos dicho, la entidad bancaria cobrará siempre un precio mínimo, sea cual sea el valor del índice de referencia, y por mucho que baje éste, mientras que el incremento del valor de dicho índice puede determinar la subida del tipo de interés casi ilimitadamente, en perjuicio del consumidor y en beneficio del banco al haberse fijado un techo muy superior al más previsible, vulnerando así las exigencias de la buena fe que deben presidir las relaciones entre las partes en el tráfico jurídico.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013, aún asumiendo la falta de transparencia reseñada por la STS de 9 de mayo de 2013, acoge también como motivo para estimar la nulidad la falta de reciprocidad que implica el establecimiento de la cláusula suelo, en esta ocasión del 4,45% y sin techo:

“En el presente caso, en el cual no sólo se ha probado que los actores no tuvieron una oportunidad real de negociar los términos de su contrato y, en particular, la rebaja o supresión de la mencionada cláusula suelo sin techo, sino que se ha acreditado que no existe contrapartida alguna de cláusula techo, el desequilibrio es más que evidente, con lo que no se respeta el principio de reciprocidad en que se asienta el equilibrio de derechos y obligaciones, al amparo de los artículos 82.1 y 82.4.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007”.

En Vitoria, la SAP de Álava, Sección 1ª, de 9 de julio de 2013, aún también sin dudarlo junto a la falta de transparencia la falta de reciprocidad que implica la cláusula suelo, determinando que es perfectamente posible la declaración de su carácter abusivo con base a esta circunstancia:

“Hay prueba de que los tipos de interés durante toda la duración del contrato fluctuaron poco y con tendencia descendente. Se aportó por la actora y no se ha impugnado (folio 592 del Tomo II de los autos), aunque basta cualquier consulta en la web para constatar lo que el Banco de España anuncia. Desde entonces el índice nunca ha variado

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

más del 5 % y con pequeñas fluctuaciones ha ido disminuyendo. La posibilidad de que al signarse el contrato la variación fuera superior al 7 %, y además al alza, era francamente improbable, de modo que no le falta razón a la sentencia recurrida. En el caso a que se refiere este litigio, pese a pactarse un interés variable de Euribor más 0,65 %, el contrato ha operado prácticamente durante toda su duración como un contrato a interés fijo del 4,25 %.

A esta situación ha aludido el ATS de 3 junio 2013 , que aclara la STS de 9 de mayo de 2013, que dice en su párrafo 17 que "La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito". La propia sentencia ya indicaba en su párrafo 224 que "Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza".

Todo lo dicho permite apreciar desproporción en la ejecución del contrato, vulnerando las previsiones del art. 82.4 TRLGDCU, que señala que "no obstante lo dispuesto en los apartados precedentes" son "en todo caso abusivas" porque "c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato" y "e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrató". Es decir, una norma no negociada individualmente y no consentida expresamente, contraria a la buena fe y adoptada en perjuicio del consumidor, que causa un desequilibrio importante en derechos y obligaciones, que son los requisitos que cristaliza el citado art. 82.1 para considerar, en general, una cláusula como abusiva.

Las previsiones de la cláusula, fijando un suelo muy alto en comparación con el índice que se tomó como referencia, es decir, muy cercano al mismo, y un techo desproporcionadamente alejado, y el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que remite al 82.3 TRLGDCU, permiten concluir que la cláusula controvertida merece, en atención al art. 84.2.d) de esta última ley, la consideración de abusiva.

Tal consideración lleva a la desestimación del respectivo motivo del recurso, pues además de falta de transparencia la cláusula pactada, en los términos en que se hizo, merece la calificación de abusiva que concluye con acierto la sentencia recurrida.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

El préstamo hipotecario concertado a interés variable deviene en la práctica a interés fijo de modo encubierto, asegurando la elevada rentabilidad bancaria, cuando los índices de referencia aplicables se sitúan por debajo de los estipulados en el contrato de préstamo. La condición por tanto ha de reputarse abusiva por falta de reciprocidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 82.4.c) en concordancia con el 87 TRLGDCU.

4.5.2. Falta de transparencia.

La STS de 9 de mayo de 2013 parte de la base del cumplimiento de la normativa estatal sobre concesión de préstamos hipotecarios contenida en OM de 5 de mayo de 1994 que "comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja" y considera que dicha normativa *"garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor."* A ningún jurista con los pies en el suelo, se le escapa que ya esa presuposición de la que parte nuestro Alto Tribunal resulta quimérica cuando se desciende a la realidad. Ni en la gran mayoría de las ocasiones se comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, ni muchísimo menos se acompaña en otros tantos casos con la oferta vinculante facilitando el examen de la escritura pública durante los tres días anteriores al otorgamiento. Y desde luego, no he conocido en mi modesta experiencia notario alguno, de los que gentilmente trasladaban su despacho a las propias oficinas de la entidad financiera, que advirtieran sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja. En fin, prescindiendo de esta irrefrenable reflexión, lo cierto es que el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que *"Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC"*.

Más conectada con la realidad de lo acontece y concedora de la que acontece en la calle, acaso por la ventura del propicio clima de la Costa del Sol, resulta sin duda el razonamiento de la Magistrada Amanda Cohen Bencherit, quien en su Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013 no puede resultar más lúcida en su razonamiento:

"Esto es así en la teoría y en la letra de la Orden Ministerial. Sin

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

embargo, en la práctica, la oferta vinculante se traduce en un "firme usted aquí" y la información del Notario suele resumirse en una lectura apresurada en la Notaría de las cláusulas financieras, entre las que pasa inadvertida para el común de los mortales la cláusula suelo. Por tanto, esta Juzgadora estima que el hecho de que existiera una oferta vinculante previa no supone per se que la entidad demandada haya cumplido con su obligación de transparencia, no compartiendo la conclusión alcanzada por la AP Sevilla en su Sentencia de fecha 7 de octubre de 2011 , que decía que "Esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información , la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación...".

No se ha acreditado por la entidad demandada que haya informado perfectamente a su cliente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio."

Pero superado este primer filtro, considera la STS que ello no impide eludir el control de abusividad de una cláusula en contratos con consumidores en los que la transparencia de las cláusulas no negociadas incluye el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el 80.1 TRLGDCU cuando dispone que *"en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"*. Y en relación a ello considera que las concretas cláusulas que se analizaban en aquella sentencia no superan este segundo control de transparencia por las siguientes razones:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste*

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

La sentencia en este sentido en concreto resulta sin duda meritoria y todo un acierto al expulsar del contrato una condición que introducida *sibilinamente* pasaba desapercibida para el usuario alterando de modo grosero la esencia del contrato. Rompe así con la línea imaginaria que mantenía una parte significativa de la doctrina más positivista que cuasi equiparaba transparencia a incorporación al contrato desde un punto de vista meramente formal. Como destaca PERTIÑEZ VILCHEZ⁹³ uno de los aspectos más relevantes de la STS de 9 de mayo de 2013 es la consideración de que la obligación de transparencia en relación a la cláusula suelo no se agota en el cumplimiento de las obligaciones formales contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994. No se reprocha a las entidades financieras que la cláusula suelo no pueda ser comprensible en su redacción sino que se incorpora al contrato sin informar con la suficiente claridad al usuario y por lo tanto sin que su efecto se haya percibido por éste.

La STS, al analizar la predisposición de la cláusula suelo, concluye que estas cláusulas *"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 en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante."*

Y es que, *a fortiori*, aún es posible encontrar con frecuencia casos en los que el *engaño* al usuario alcanzaba cotas vergonzantes frente a la pasividad de todo tipo de organismos de control y silente intervención del notario autorizante, que ya fue objeto de nuestra modesta censura en el apartado 3.4 y de cuya responsabilidad en no pocos casos, por cierto, aún cabría mucho que discutir. Así, no son atípicos las escrituras de préstamos hipotecarios en los que fijándose aparentemente un tipo de interés determinado con referencia al Euribor en el propio momento del nacimiento del préstamo, éste ya comienza con la aplicación práctica de uno muy superior al supuestamente fijado. De esta realidad es buena muestra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 15 de mayo de 2013, que analiza el establecimiento de una cláusula suelo del, 3,5%, cuando advierte:

"Existe un diferencial del 1% conforme a dicha escritura lo que situaría a la fecha de subrogación en el 2,242%. Es decir que cuando se

⁹³ PERTIÑEZ VILCHES, F. "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario" en Indret Revista para el análisis del derecho nº 3/2013, Barcelona, julio 2013.

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

pacta el propio préstamo el mínimo ya está condicionado a un 3,5% (...) Es evidente entonces que existe una fijación mínima por encima del precio que se estaba pactando y que por ello el precio cobrado suponía una falacia por cuanto ya se sabía que no era el Euribor a un año con un diferencial del 1% sino, incluso en ese momento, el del 3,5%”

La ausencia de transparencia es ligada como recuerda también la SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 21 de mayo de 2013, a la *“falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de las mismas; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y no hay información, previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas”*.

También la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013, centrándose en la falta de transparencia atendiendo al criterio establecido por la STS de 9 de mayo de 2013, analiza conforme a estas pautas su ausencia para el consumidor adherente, explicitando incluso el carácter engañoso que presenta al acompañarse con un aparente techo, con el siguiente razonamiento:

“Resulta que examinada la cláusula Tercera Bis, la cláusula suelo aparece conjuntamente con la cláusula techo o tipo máximo de interés, un 12%, algo absolutamente irreal e imposible y que únicamente puede servir de señuelo para influir en el consentimiento del consumidor convencido de una apariencia de contraprestación a su favor (el techo frente al suelo, contraprestación que por los tipos pactados -3,75% a cambio de un 12%- es absolutamente ficticia o directamente engañosa).

(...)

Resulta igualmente que la cláusula suelo se inserta en una maraña de información sobre los intereses. La cláusula suelo se mezcla con el diferencial y no tiene autonomía alguna. Está en una cláusula tercera Bis, algo impropio y secundario cuando es determinante de la economía del contrato y que en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquéllos caso en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante”.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Jaén, con funciones mercantiles, en Sentencia de 17 de diciembre de 2013, acoge la pretensión de la demandante declarando tanto la nulidad de la cláusula suelo como la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación. En esta resolución, además de

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

mostrarse favorable a la retroactividad, el juzgador se detiene a analizar el carácter insuficiente del texto resaltado en negrita referido a la polémica cláusula suelo, razonando:

“Ciertamente que aparece en negrita parte de la cláusula de intereses, pero a lo largo de la escritura también aparecen palabras, frases o porcentajes en negrita y es de tener en consideración la extensión de la escritura pública (el gran número de folios escritos). No hay una especial llamada de atención, pues como se indica hay otras partes en el documento en negrita que no tienen mayor importancia, y lo que se ha suscrito en tal negrita, en lo referente al tipo mínimo, no hace que el lector preste la atención ante el repaso del clausulado.”

4.6. ¿Es posible la “retroactividad” y la recuperación de los importes abonados en exceso por aplicación de la cláusula suelo”?

Sin perder de vista que a medio y largo plazo para aquéllos usuarios que mantengan préstamos hipotecarios prolongados el objetivo seguramente más beneficioso resulta la eliminación de la aplicación de la cláusula suelo, ello como es lógico no obsta para que se pretenda la legítima recuperación de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la ilícita condición.

Tras el sorprendente fallo del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que, en un procedimiento mero declarativo y de cesación instado en defensa de los intereses generales de los consumidores, y sin plantearse ninguna de las partes en conflicto, se pronuncia declarando la irretroactividad del mismo en lo referido al reintegro de las cantidades abonadas. La confusión generada no puede ser más colosal. Como apunta AGÜERO ORTIZ⁹⁴ no ha hecho más que generar incertidumbre, sobre la eficacia de la declaración de nulidad y en particular, sobre si se puede recuperar o no las cantidades ya aportadas por aplicación de una cláusula declarada nula. El resultado de tan peculiar fallo, que seguidamente examinaremos ha sembrado de resoluciones judiciales asimétricas nuestra geografía, si bien por fortuna, las resoluciones judiciales parecen inclinarse mayoritariamente hacia la devolución de las cantidades abonadas en exceso por parte de los usuarios.

En el párrafo 283 y posteriores de la STS de mayo de 2013, la Sala – como no puede ser de otro modo- reconoce que:

“283. Como regla general, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos – o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiese existido y evitar así que de los mismo se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse

⁹⁴ AGÜERO ORTIZ, A. “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales” en www.uclm.es/centro/cesco

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

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.

284. *Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 , " [...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".*

285. *Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".*

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

En realidad, no es que como principia el fallo del Tribunal Supremo indicando que "como regla general" el artículo 1303 CC disponga que *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.* Es que más bien, no existe excepción y esta es la única consecuencia prevista legalmente, pues en los artículos siguientes a los que alude el in fine del 1303 del Código Civil no prevé otras consecuencias para este supuesto (no estamos hablando de que la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes –art. 1304 CC-; ni que su origen resida en la existencia de delito o falta común a los contratantes –art. 1305 CC-; ni que obedezca a la culpa de ambos contratantes mediando causa torpe –art.

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

1306 CC-; ni que no pueda devolverse la cosa por haberse perdido –art. 1307 CC-; ni que ambos se encuentren obligados a la devolución recíproca –art. 1308 CC-; ni que se haya confirmado válidamente el contrato –art. 1309 CC-. En definitiva, es que la única consecuencia prevista legalmente para este caso es la restitución de las cosas (cantidades indebidamente abonadas por el usuario) sin que exista otra “excepción” aplicable a la regla general. A partir de esta realidad jurídica, el Tribunal Supremo “innova” en derecho y construye su particular teoría de la “irretroactividad”, sin que ninguna de la partes en conflicto lo hubiera solicitado, a base de principios generales de muy cuestionable aplicación, para tratar de acomodar su fallo a lo que derecho no se prevé. A esta labor dedica seis párrafos, los enumerados como 287 a 292 en la Sentencia:

“287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que “[l] as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes” .

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre , de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre , 185/1995, de 14 diciembre , 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59).

La mayoría de la doctrina se ha manifestado estupefacta ante esta resolución. Como apunta GARCÍA MONTORO⁹⁵, el hecho de que las cantidades a restituir por parte de las entidades demandadas fueran muy elevadas no puede justificar la falta de retroactividad de la sentencia. PERTIÑEZ VILCHES⁹⁶ refiere que la lectura de la sentencia en este sentido causa estupor y desconcierto, con una argumentación más que cuestionable. HERNÁNDEZ GUARCH⁹⁷ abiertamente manifiesta que el Tribunal Supremo ha optado por vulnerar flagrantemente los principios más elementales del Derecho en detrimento de los consumidores afectados por la cláusula suelo, amparando que las entidades financieras se queden impunemente con las cantidades percibidas, calificando el fallo de aberración. DE PUIG MATEU⁹⁸ censura que la decisión del Alto Tribunal parece también desatender a un arraigado principio del Derecho, que proscribía que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza («*Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*»), máxime teniendo

⁹⁵ GARCÍA MONTORO, L. "Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las contraprestaciones" en www.uclm.es/centro/cesco

⁹⁶ PERTIÑEZ VILCHES, F. "Falta de transparencia..." Ob. cit.

⁹⁷ HERNÁNDEZ GUARCH, C. "La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas" en Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 6/2013, p. 136

⁹⁸ DE PUIG MATEU, J. "El adiós a la cláusula suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación" en Revista Aranzadi Doctrinal nº 5/2013.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

en cuenta que en tal caso la «torpeza» de tales entidades se produce en el seno del ejercicio de su actividad profesional y frente a un consumidor. Desafortunadamente, el Tribunal Supremo parece dejar en un segundo plano tales argumentos y bajo el estandarte del orden público económico, opta por arropar a quienes ya son reincidentes en la puesta en entredicho de los métodos que emplean al ejercer su actividad, frente a las potenciales consecuencias de su propio proceder. También CORDERO LOBATO⁹⁹ señala que ninguno de los ejemplos legales de limitación que se indican en la sentencia llevaría a concluir que el contratante de buena fe (el consumidor) deba soportar los efectos ya producidos en aplicación de una cláusula abusiva. Antes bien, precisamente por haber sido tan elevadas, y más aún ponderando la angustiada situación en que viven miles de familias por razón del sobreendeudamiento financiero –en gran medida inducido por las entidades crediticias- refuerza la ineludible devolución de aquéllas cantidades, so pena no sólo de reconocer un enriquecimiento injusto a favor de aquéllas entidades que impusieron la cláusula abusiva y por la que se han lucrado, sino tanto de despreciar los derechos del consumidor como de establecer un doble rasero en la comisión de abusos (si abusas poco te castigo pero si abusas mucho te perdono).

El argumento del TS para tratar de evitar la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula suelo resulta vergonzante e impropio de unos juristas de talla colosal como son sus magistrados. Retorcer la legalidad en perjuicio de los miles de consumidores afectados y en beneficio de la banca con un argumento como la salvaguarda del *orden público económico* supone despreciar miserablemente las penurias que padecen tantas de estas familias en su *orden privado económico*. No existe conflicto de *orden público económico* cuando se rescatan entidades privadas con dinero público, ni tan siquiera cuando se abonan casi 90 millones de euros de indemnización a un directivo condenado, pero ello constituye un muro insalvable si se trata de que Juan, María, Antonio o Lucía que apenas llegan a fin de mes puedan recuperar lo que les ha sido cobrado ilegalmente durante años y así alivien su situación económica. Tampoco existió conflicto de orden público económico en los miles de ejecuciones hipotecarias que han despojado a tantas familias de sus hogares con una liquidación de deuda inflada por la aplicación de la cláusula suelo. En estos momentos, mientras escribo estas líneas, pienso en una de esas familias cuyo expediente tengo encima de la mesa de mi despacho. Es un matrimonio con dos hijos, uno de ellos discapacitado. Con una cláusula suelo del 4,5% recibieron hace un par de meses el ultimátum conminatorio para el inicio de los trámites de ejecución por una deuda de cuatro mensualidades en una humilde vivienda de Fuenlabrada, tras haber quedado desempleado uno de ellos. Al examinar su caso me percate de la existencia de la cláusula suelo, unos intereses de demora desorbitados, vencimiento anticipado, etc. Descontando sólo el importe abonado en exceso como consecuencia de la cláusula suelo y compensando estas cantidades aún les debía su Banco las siguientes 18 mensualidades.

⁹⁹ CORDERO LOBATO, E. “Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recupera los pagos excesivos? en www.uclm.es/centro/cesco

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Algunas de estas entidades han informado a mayor escarnio del reparto de multimillonarios dividendos a sus accionistas, otras de la mejora de sus posiciones merced a la colocación de participaciones preferentes a cientos de miles de ahorradores, en la mayoría de los casos, a nuestros mayores que se privaron del menor capricho por la prosperidad de sus hijos. Efectivamente permitir estas injusticias es una cuestión que puede alterar el orden público, pero no el económico como sostiene el Tribunal Supremo.

Difundido el fallo, tampoco parece haber convencido el Alto Tribunal a la mayoría de los juzgados que habrán de enfrentarse a las demandas individuales de los usuarios afectados, habiéndose desatado una oleada de resoluciones que por uno u otro motivo admiten la retroactividad en el caso de las demandas formuladas por usuarios individuales. Y es que, al margen de la distinción que existe entre una acción colectiva y una individual, tal y como dispone el artículo 1 CC, si bien la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver atendiendo al sistema de fuentes establecido. Y hasta que nos lo quieran cambiar, prima la ley.

Las Sentencias del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Orense, con competencia mercantil, de 10, 13 o 21 de mayo de 2013 -posteriores por tanto al famoso pronunciamiento del TS acerca de la reciprocidad- analizan esta cuestión al hilo de la resolución dictada apenas 4 días antes por el Alto Tribunal, expresando su parecer en previsión de una eventual apelación. Así se manifiesta el juzgador orensano:

“(...) pudiera la parte demandada pretender de cara a una eventual apelación la aplicación del criterio establecido por el Tribunal Supremo en el tan reiterado Pleno de fecha e 9 de mayo de 2013, en relación a que la declaración de nulidad de cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario no afectarán a los pagos ya efectuados por los hoy demandantes y ello de conformidad con los argumentos que allí se indican. Ahora bien, esta Juzgadora no puede obviar que la aplicación del criterio retroactivo que allí se efectúa al margen de ser un pronunciamiento que efectúa la Sala sin que haya sido pedido por ninguna de las partes en primera o segunda instancia y sin que se haya permitido a las partes alegar lo que estiman al respecto, vulnera el principio de tutela judicial efectiva, pero es que a mayores pretender la aplicación analógica de la retroactividad trayendo aquí las previsiones contenidas en otras leyes (Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de Patentes...) solo es posible de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Código Civil cuando exista una laguna legal. En el caso concreto que nos ocupa no debemos olvidar que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil que no ha sido derogado ni modificado a la fecha y que obliga en casos como el que nos ocupa a la restitución de las prestaciones, pues establece

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

expresamente que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Apenas diez días después del pronunciamiento del juzgado orensano, el Mercantil nº 2 de Málaga, en Sentencia de 23 de mayo de 2013, rompía otra lanza a favor de los consumidores afectados por la cláusula suelo condenando a CAJAMAR CAJA RURAL SCC no sólo a su eliminación, sino también a la devolución a los prestatarios de las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro. Así se pronuncia la Juzgadora malagueña, en la que resulta interesante no sólo su razonamiento en cuanto a la falta de afectación de un riesgo específico para el sistema económico español sino también su llamada recordatoria sobre la primacía de la ley en el sistema de fuentes:

“Por último, como consecuencia de la nulidad declarada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula (artículo 1.303 Cciv), consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013, que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE, por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones, teniendo los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver los asuntos conforme al sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 Cciv), que establece la primacía de la Ley (artículo 1.303 Cciv) sobre la jurisprudencia (artículo 1 Cciv)”.

El Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona nº 1 en fecha de 31 de mayo de 2013, en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria desciende también a analizar el eventual efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Tras transcribir el pronunciamiento de la STS de 9 de mayo de 2013 en que se pronuncia en contra de la retroactividad de la sentencia por el consabido *riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*, acuerda sin embargo el efecto restitutorio a favor de los usuarios ejecutados con el siguiente razonamiento:

“En el presente caso no se aprecian, ello obstatante, razones de seguridad jurídica o de orden público económico para excluir el efecto clásico e inherente de la declaración de nulidad, el restitutorio. Más bien parece que admitir efectos jurídicos y económicos a cláusulas declaradas nulas en virtud de una normativa imperativa como la de consumo podría generar, en efecto, graves problemas de seguridad jurídica y económica, al menos a una de las partes afectadas. Es por ello que lógicamente procederá la restitución al deudor de todas las

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

cantidades que se le hayan cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada nula”.

Sin movernos de la ciudad condal, el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, en Sentencia de 7 de junio de 2013, reconoce igualmente la procedencia de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo:

“Asimismo, la declaración de nulidad de la cláusula supone la devolución a los actores de la cantidad de 16.147,46 euros, pagada por la aplicación de la cláusula, así como de las cantidades que se devenguen al amparo del artículo 1303 del Código Civil y de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de marzo de 2013.

Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 limita los efectos de la nulidad y declara que no cabe un automatismo absoluto en su aplicación, y la Sentencia del Tribunal Supremo ya indicada de 9 de mayo de 2013 no apreció la retroactividad y , por tanto, no condenó a las entidades financieras demandadas a devolver las cantidades pagadas por aplicación de la cláusula suelo anulada, considero que los motivos que determinaron la falta de devolución no se dan en este caso, pues de la prueba practicada se ha acreditado que la entidad financiera no ha cumplido los mínimos de información que le exige la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y ha supuesto un cambio significativo en las cuotas del préstamo, ello a pesar de que la cláusula pueda considerarse lícita y responda a u rendimiento mínimo de los activos”.

Resulta sin duda interesante también el planteamiento que sobre esta delicada cuestión realiza también la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013:

“Considero que dicha irretroactividad no es aplicable al caso de autos. No concibo la STS de 9 de mayo de 2013 como un único cuerpo dogmático que deba aplicarse en todos sus extremos. Si bien los criterios del Alto Tribunal los he aplicado en su integridad para declarar la abusividad de la cláusula, ello no me obliga a aplicar el criterio relativo a los efectos consecuentes de la nulidad por las siguientes razones:

-Porque la propia sentencia en sus f. 298 a 300 niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad.

-Porque en el caso resuelto por el TS no se ejercitó una acción de condena a las partes demandadas, como en el caso de autos. Se ejercitaba un acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro diferente a la que se dilucida en autos.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

- Porque en el caso de autos, por la dimensión de la reclamación, no se quiebra ni se pone en riesgo la seguridad jurídica en el entendido de conservar los efectos ya consumados y que no se produzcan trastornos graves con trascendencia para el orden público económico. No concurren los motivos ni las causas para aplicar la doctrina excepcional de irretroactividad de los efectos de una cláusula nula.

-Porque el art. 1303 CC resulta de aplicación al caso en que se declara la nulidad sin que una sentencia judicial pueda abrogar o derogar la Ley. No hay tampoco laguna legal que integrar e, insisto, en el presente caso por definición no concurre la excepcionalidad manifestada por el TS al conocer de una acción colectiva. En suma, en el caso concreto, la devolución de lo cobrado indebidamente en virtud de una cláusula nula es efecto legal imperativo e insoslayable.

En definitiva, una vez que ha sido declarada la nulidad de la cláusula suelo, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha nulidad tal y como recoge el artículo 1.303 del Código Civil . Es procedente estimar la acción de condena dineraria ejercitada por la actora”.

Con extraordinaria simplicidad y sentido común, en poco menos de tres folios, despacha la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 19 de junio de 2013 su condena frente a NCG BANCO SA por la que junto a la anulación de la cláusula suelo impone el reintegro de los 11.973 euros cobrados indebidamente por la entidad al usuario, junto con sus correspondientes intereses y costas.

“(…) el TS, haciendo uso de "la posibilidad de limitar la retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (parr. 293), termina declarando la irretroactividad "de (su) sentencia" (pronunciamiento décimo del fallo). A juicio de quien ahora resuelve, este pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC. Porque el TS "declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia", aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) "no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada" (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posteridad); ni (ii) "a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia" (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores). El TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos (básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento - art. 223.3 LEC.). Y no lo hace.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

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

En Vitoria, la AP de Álava, Sección 1ª, en Sentencia de 9 de julio de 2013 realiza también una brillante exposición en la que justifica debidamente la procedencia de la retroactividad en el caso del ejercicio de la acción individual promovida por un usuario frente al supuesto colectivo enjuiciado por la STS de 9 de mayo de 2013:

“Las acciones ejercitadas son distintas en el caso resuelto por el Tribunal Supremo y el aquí planteado. Su régimen jurídico diverso, aunque contenido en la misma norma. Desde luego que los efectos podrían haber sido parejos, puesto que el párrafo segundo del art. 12.2 LCGC permite que se acumule a la acción de cesación "como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones". Pero la demanda no plantea, vistos los términos de su solicitud que aparecen en el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, la acción accesoria de devolución de cantidad, como sucede en la acción de nulidad que ejerce el actor del procedimiento, parte apelada de este rollo de apelación.

Cuando se ejercita la acción de cesación la legitimación se restringe a las personas que menciona el art. 16 LCGC, es decir asociaciones y ministerio fiscal, mientras que la de nulidad puede ejercitarse individualmente. Además estas acciones de cesación son en general imprescriptibles (art. 19 LCGC), lo que no sucede con la acción de nulidad que aquí se examina. También es diversa la finalidad, pues la cesación pide la condena a que deje de surtir efecto "en lo sucesivo" (art. 12.2 LCGC), mientras que con el art. 8 se pretende declarar la nulidad y resolver sobre la eficacia del contrato.

Finalmente es diferente la eficacia del fallo, ex nunc o desde ahora, en el caso de la acción de cesación, es decir, a partir del momento en que se adopta hacia el futuro ("en lo sucesivo" dice el art. 12.2 LCGC), mientras que será ex tunc o desde siempre, en el caso de la acción de nulidad, pues tiene efecto retroactivo. Así lo aclara en las precisiones sobre la irretroactividad de su fallo que hace la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, en cuyo Fundamento Jurídico 17, apartado 2.4, párrafos 293 y ss, analiza "la irretroactividad de la

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

sentencia", y comienza diciendo "en el caso enjuiciado". Se refiere, por lo tanto, al fallo que contiene, no a otros supuestos. Además el apartado k del parágrafo 293 dice "k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves...", que además de aludir a esa sentencia, y no a otros casos, impide su aplicación al de autos, en el que poco riesgo genera a una entidad bancaria o a la economía nacional el modesto importe reclamado. En el parágrafo 294 dice la sentencia del Tribunal Supremo "Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia...", lo que determina que el punto 10 del fallo disponga "Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia...". Cuando se predica "presente" del sustantivo "sentencia" sólo puede concluirse, como ya ha anticipado el Tribunal Supremo durante todo el fundamento, que la declaración de falta de retroactividad se refiere al fallo, pues el art. 12.2 LCGC señala que la acción de cesación supone que las condiciones nulas no podrán usarse "en lo sucesivo".

En definitiva, acciones contempladas en la misma norma, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la de cesación que analizó el Tribunal Supremo en la sentencia tantas veces mencionada, tiene una legitimación activa restringida, es imprescriptible y surte efectos sólo hacia el futuro, pues su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una previsión contractual. Nada de eso acontece en el caso aquí analizado, en el que se ejercita una acción distinta, por un legitimado diverso, en un plazo diferente y con un resultado ajeno al que señalaba la tantas veces citada STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012.

(...)

Finalmente argumenta el banco apelante que la STS de 9 de mayo de 2013, impide acordar la devolución del importe puesto que la jurisprudencia que sienta, al ser la resolución dictada por el pleno, es de aplicación a este caso. Deben reiterarse, sin embargo, las consideraciones hechas en el fundamento jurídico tercero y cuarto de esta misma sentencia.

Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, es que la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los artículos 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc. El propio FJ 7º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otros casos.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo. En consecuencia, como señala la sentencia recurrida, la nulidad de la cláusula que suponía un límite a que se aplicara el interés variable pactado acarrea la obligación de restitución por el banco del importe indebidamente cobrado al aplicarla.

No hay razón para no hacerlo, porque los criterios que señaló la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 no concurren, en tanto que no se aprecia cómo puedan este caso concurrir el "riesgo de trastornos graves" a que alude, igual que hizo la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb. Ya se ha dicho que no parece que la economía nacional o del banco recurrente puedan padecerlos de modo sensible, y menos aún grave, por restituir al cliente unos 17.000 €.

Finalmente, es cierto que la STS de 13 de marzo de 2012, permite matizar la obligación restitutoria en caso de nulidad, pues dice "la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra - sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 541/2008, de 23 de junio - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes -sentencia 109/2009, de 26 de febrero-, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida".

Pues bien, en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CCv, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula -por abusiva y falta de transparencia-, la cláusula suelo, lo que supone la desestimación de este último motivo de la apelación y la del recurso en su totalidad.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

También la SAP de Alicante, Sección 8ª, de 23 de julio de 2013, al analizar el supuesto de la imposición de una cláusula suelo del 4% y una techo del 11% predispuesta en un contrato de Caja Castilla La-Mancha, alcanza la conclusión de que la cláusula suelo es nula de pleno derecho al no superar el control de transparencia destacando que el contrato produce la apariencia de un préstamo de interés variable, cuando en realidad se tratad de un préstamo a interés mínimo fijo, dada la inclusión de la cláusula suelo, destacando que los consumidores no recibieron información específica sobre posibles escenarios futuros que presentaran la previsible evolución de los tipos de interés. La Audiencia alicantina, a nuestro juicio con buen criterio, razona que si bien el fallo del TS cercenó la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad, ello aconteció en el marco de una acción colectiva, no siendo trasladables los efectos al supuesto de ejercicio de una acción individual. Transcribimos su Fundamento Jurídico:

“Pues bien, aun cuando es cierto que la STS en venimos a fundar jurídicamente la controversia que nos ocupa niega el efecto retroactivo a la nulidad que declara, dado que se hace ello en el marco de una acción colectiva de cesación y respecto únicamente a las partes de aquél proceso donde, además, no se ejercitó una acción de condena a la restitución sino sólo de nulidad y correlativa eliminación de las cláusulas así como de prohibición de uso futuro es por lo que entendemos que tal declaración de irretroactividad no es aplicable al caso que nos ocupa donde no sólo se ha ejercitado una acción de nulidad por abusividad en el marco de un contrato con consumidores sino que además, de forma explícita, se ha solicitado la retroacción de tal declaración a cuyos efectos deviene de aplicación el citado artículo 1303 del Código Civil sin que se de circunstancia jurídica alguna que permita la excepción del efecto previsto en dicha norma, razón por la que habiendo sido declarada la nulidad de la cláusula suelo/techo, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha nulidad conforme a las modificaciones que, sin la cláusula anulada resultaran de aplicación en revisión, conforme a los criterios establecidos en el propio contrato, y cuya cuantía se determinará, conforme a estas sencillas bases, en ejecución de sentencia”.

Una semana más tarde, el 30 de julio de 2013, era la Sección 1ª de la AP de Cuenca, la que desestimaba el recurso interpuesto por el Banco de Castilla La Mancha SA confirmando la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula suelo que había acordado el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Cuenca, si bien no ofrece en sus fundamentos las razones por las que se inclina por la retroactividad, más allá de confirmar la tesis del juzgador de instancia.

Capítulo especial merece el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Gijón de 30 de septiembre de 2013, en el que acordando el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por BBVA, ofrece hasta ocho argumentos –todos ellos sobradamente motivados y cargados de razón-

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

por los que ha de reintegrarse a los usuarios afectados las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula suelo. Su Fundamento de Derecho Sexto, no tiene desperdicio alguno y resulta inevitable su íntegra transcripción:

“Los efectos de la nulidad declarada son los previstos en el artículo 1303 del C.c, que establece que los contratantes deberán restituirse recíprocamente aquello que hubiese sido material del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses.

Es decir, la entidad bancaria demandante deberá reintegrar a los ejecutados aquello que haya cobrado de más, desde el inicio del contrato de préstamo, como consecuencia de haber aplicado indebidamente la cláusula suelo; y esa cantidad cobrada de más deberá compensarla con la deuda que mantienen los ejecutados, la cual justifica la reclamación contenida en la demanda de ejecución hipotecaria.

Debe aplicarse dicha norma, y no la irretroactividad de efectos declarada en la sentencia dictada con fecha de 9 de mayo de 2013 por la Sala primera del Tribunal Supremo, por las razones siguientes.

En primer lugar, porque el pronunciamiento de irretroactividad contenido en dicha sentencia incurre en incongruencia, dado que ninguna de las partes lo había solicitado. La propia sentencia viene a admitirlo justificando su conducta diciendo que «en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinante de la calificación de las cláusulas como abusivas»

Si el pronunciamiento peca de incongruente, únicamente puede tomarse como una declaración «obiter dicta».

En segundo lugar, porque el alcance de dicho pronunciamiento se limita a la misma sentencia, y así lo indica el Tribunal Supremo en distintos pasajes de la misma. En tal sentido, en el apartado décimo de su fallo dispone que «no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia» y en el párrafo 294 se declara que «consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de esta sentencia».

Por ello, dicha resolución no veda la posibilidad de decidir en un juicio posterior, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso,

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

si debe aplicarse o no la excepción a la regla general de la restitución de las prestaciones prevista en el art. 1303 CC.

En tercer lugar, porque para justificar jurídicamente dicha solución se recurre a la analogía, cuando ello no es posible en base a lo dispuesto en el artículo 4.1 del C.c dado que no hay ninguna laguna legal, por existir una norma que regula expresamente los efectos de la nulidad de un contrato, como es el artículo 1303 del C.C.

En cuarto lugar, porque la justificación de dicha medida no se encuentra en motivos jurídicos, sino de política económica o de oportunidad. Así lo declara el ponente al afirmar que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico». No es admisible que el orden público económico pueda anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones, que establece de manera inexorable el artículo 1303 CC.

En quinto lugar, porque el orden público económico no es fuente del derecho, ni criterio de interpretación de las normas jurídicas. Por ello, dicha justificación de la decisión no genera jurisprudencia, al no basarse en la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho como exige el artículo 1.6. del CC.

En sexto lugar, porque las fuentes del ordenamiento jurídico son las que establece el artículo primero del Código Civil. En este caso, la Ley, como fuente primigenia, establece un efecto muy concreto, y sin fisuras, a la nulidad contractual, sin que el Tribunal Supremo pueda derogar dicho efecto, porque no le corresponde asumir la función de Legislador.

En séptimo lugar, porque habiendo declarado el Tribunal Supremo que dichas cláusulas nulas se habían incluido en los contratos de préstamo de manera subrepticia, sabiendo los Bancos (o estaban obligados a saberlo) que las mismas eran contrarias a la buena fe, de conformidad con la legislación vigente en aquel momento, puede afirmarse que la conclusión del Tribunal no es coherente. Al final, lo que hace es premiar dicha actitud, pues no impone a los Bancos ningún coste económico por su conducta abusiva. Por el contrario, hace recaer dicho coste o carga económica en el consumidor cliente, castigando a la parte contratante que ha sido inocente, y cuya buena fe ha sido sorprendida por aquella entidad. El agresor es quien ha obtenido un beneficio durante la vida del contrato, debido a su mala fe y engaño, y no obstante, se le concede un premio, de hecho, declarando la irretroactividad de la cláusula declarada nula.

No puede protegerse a las entidades financieras que han empleado cláusulas suelo de manera poco transparente, calificadas por

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

el Tribunal Supremo como «engañosas» y se invoque el principio de seguridad jurídica para evitar que asuman los efectos económicos de una declaración de abusividad que le es imputable. Es impropio declarar que la víctima de una agresión sea obligada a asumir, en todo o en parte, el coste económico que conlleva la reparación de las lesiones, daños y perjuicios sufridos por dicha agresión.

La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de junio de 2012 se refiere al efecto disuasorio que la declaración de nulidad de la cláusula, con todas sus consecuencias, ha de tener en la conducta de los profesionales. Dicho efecto no se producirá en caso de reconocerse una facultad de moderación de las consecuencias de dicha cláusula abusiva, privándole de los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente cobradas. Se otorgaría a los profesionales una ventaja en empleo de una cláusula abusiva que ha sido declarada judicialmente nula.

Además, el hecho de mantener la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, supone reconocer efectos vinculantes a las cláusulas suelo, a pesar de ser nulas, lo que no es posible jurídicamente.

En octavo lugar, porque declarar que la nulidad de las cláusulas suelo declaradas abusivas no pueden aplicarse con efectos retroactivos contraviene el artículo sexto de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, según el cual «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional...». Dicha desvinculación no sólo debe entenderse en relación con los efectos futuros, sino también respecto de los efectos ya consumados”.

En tierras cántabras, ha sido su Juzgado Mercantil, a través de la Sentencia de 18 de octubre de 2013, la que también se ha sumado a la cada vez más abrumadora tesis favorable a la denominadas “retroactividad”. Sostiene al respecto el juzgador:

“No obstante, en el supuesto enjuiciado, no se trata de una acción colectiva sino individual, además de que como se ha visto, no se ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos de la normativa sectorial (OM de 5-5-94), que la entidad de los efectos de la nulidad está lejos de producir un grave trastorno en la economía nacional y que la cláusula ha jugado solo en contra del consumidor y nunca del banco. Entiendo que no le cabe al Juez nacional modular o integrar los efectos de la nulidad por abusivas de cláusulas con consumidores (STJUE 12-6-2012), y que la no vinculación en estos se establece claramente en el artículo 6 d la Directiva 93/13”

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Y tres días después de la Sentencia cántabra, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, en Sentencia de 21 de octubre de 2013, ahondando en la línea que ya iniciara en su resolución de 19 de junio del mismo año, extiende sus razonamientos rotundamente favorables a la retroactividad recordando que como ha sostenido la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de marzo de 2012, *la independencia judicial permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo.*

En Canarias, es el Juzgado de 1ª Instancia nº 14, en el curso de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el que por Auto de 29 de octubre de 2013, acepta la retroactividad, ordenando la compensación, al no apreciar razón alguna para excluir el efecto clásico inherente a la declaración de nulidad.

La AP de Barcelona, a través de la Sentencia de 16 de diciembre de 2013, dictada por la Sección 15ª, tras ponderar la resolución del TS, ha roto también otra lanza a favor de la retroactividad de las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula suelo. Así se manifiesta:

"La STS de 9 de mayo de 2013, de referencia constante, en el párrafo 283, recuerda que, como regla general, en nuestro sistema, la ineficacia del contrato o de cualquiera de las cláusulas, si el contrato subsiste, requiere destruir las consecuencias y borrar sus rastros como si no hubiesen existido y así evitar que los efectos derivados, según la clásica regla quod nullum est nullum effectum: (lo que es nulo no produce ningún efecto). También dispone el artículo 1303 del código civil (declarada la nulidad de una obligación, las partes contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido objeto del contrato, con los frutos y el precio con intereses, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes). Sin embargo, el conjunto de circunstancias que resolvió el TS declaró la irretroactividad de la sentencia dictada.

En el caso examinado, consideramos, que al y como demanda el actor Sr. Serafin, ha de ser aplicada la regla general según la cual, la decisión judicial que declara abusiva una cláusula debe retrotraer los efectos en el momento de la conclusión del contrato (efectos ex tunc). La naturaleza de este conflicto (acción de nulidad instada por un consumidor en relación con un contrato individual) difiere del juicio decidido por STS 9 mayo 2013 (acción colectiva de cesación). Ni este proceso se ve afectado por el efecto de cosa juzgada material del STS ni las circunstancias de nuestro caso se identifican con aquel (en particular, tomado en cuenta en el párrafo 293, k: el riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico).

En consecuencia, estimaremos también la pretensión formulada por el demandante, de condena de la entidad demandada a la

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

devolución del exceso percibido como resultado de la aplicación de la cláusula declarada nula, con los intereses correspondientes."

Se aparta también el Juzgado de lo Mercantil de Jaén (Juzgado de 1ª Instancia nº 4 con funciones mercantiles) del criterio contrario a la retroactividad del TS, examinando en su sesuda resolución de 17 de diciembre de 2013 esta cuestión y ofreciendo un valioso análisis jurídico:

"Es en definitiva la conocida como doctrina prospectiva asumida en alguna ocasión por el Tribunal Constitucional donde por consideraciones de seguridad jurídica y a título excepcional se permite que la solución nueva sea aplicada sólo a las situaciones posteriores a la fecha de la sentencia; y no retrotraer su eficacia a actos anteriores evitando así declarar la nulidad de estos. Pero téngase en cuenta que esta doctrina, excepcional por lo demás, la hace el Constitucional cuando actúa como legislador negativo (expulsando una norma por ser inconstitucional) evitando que deban revisarse multitud de actos anteriores cuyo efecto sería más perjudicial que beneficioso. Sin embargo, en el presente supuesto no se ha producido una expulsión de la cláusula suelo de los contratos de préstamo hipotecario con los consumidores; o se ha decretado la ilicitud de tal cláusula (al contrario se declara expresamente) por lo que se trata de revisar supuestos concretos y no dejar sin efecto una norma de alcance general. Además de ello se ha señalado que se trata de supuestos diferentes, mientras que la STS 9/5/13 examinaba una acción colectiva, ahora se trata de acciones individuales siendo su alcance diferente.

El juez al resolver los conflictos debe atenerse al sistema de fuentes del derechos indo la primera de ellas la Ley, mientras que la jurisprudencia no es fuente del derecho sino que complementa el ordenamiento jurídico (art. 1 del Código Civil). Se puede aducir que si hasta ahora se ha seguido la jurisprudencia no es acorde ahora separarse de ella; sin embargo, hay que tener presente que la sentencia del Supremo acoge unos criterios no contenidos en la norma (razones de seguridad y economía) par ano aplicar la nulidad desde la firma del contrato. De esta forma, hasta ahora sigo el sistema de fuentes establecido por el Código Civil (la sentencia del Supremo que lo que hace es aplicar interpretándola que es su función), pero no en la no aplicación retroactiva, el juzgador de instancia tiene que elegir entre la ley (art. 1303 CC) y la jurisprudencia; y el sistema de fuentes en España declara la prioridad absoluta de la Ley".

Por el contrario, en sentido opuesto, sin duda será alegada por las entidades financieras la SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 22 de mayo, 3, 18 y 20 de junio y de 25 de septiembre de 2013; la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia de 15 de mayo de 2013 (revocada con posterioridad por la SAP Murcia, Sección 4ª de 12 de septiembre de 2013); la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona de 18 de junio de 2013; la SAP de

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

Córdoba, Sección 3ª, de 18 de junio de 2013; la SAP de Badajoz, Sección 2ª, de 27 de junio de 2013; la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 15 de mayo de 2013; la SAP de Alicante, Sección 8ª de 12 de julio de 2013 (con el voto particular de Soriano Guzmán y sin olvidar que con posterioridad esta misma Sección, en Sentencia de 23 de julio de 2013 se ha manifestado ya favorable a la retroactividad con efectos ex tunc); o la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Palencia de 25 de septiembre de 2013.

Tanto la Sección 1ª Audiencia cacereña -que previamente había mostrado en honor a la verdad exquisita sensibilidad y tino jurídico-, como el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia (revocada por la Audiencia) o la SAP de Córdoba, Sección 3ª, lo cierto es que se limitan a realizar una traslación mimética de la fundamentación jurídica de la STS sin descender a mayor raciocinio ni al caso concreto del ejercicio de una acción individual por lo que poco o no nada pueden aportarnos. Tampoco corren mejor suerte los usuarios extremeños residentes en Badajoz si atendemos a la peculiar Sentencia de la Sección 2ª de su Audiencia de 27 de junio de 2013, en la que no sólo no otorga la retroactividad para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, sino que a pesar de que el demandante parece que no fue todo lo ordenado que hubiera sido deseable a juzgar por la censura que realiza sobre este particular, considera que no hay quebranto de la transparencia al haberse introducido en una novación y ampliación del préstamo. Probablemente la Audiencia pacense considera que el hecho de que un usuario hubiera acudido una segunda vez a una notaría para ampliar su préstamo –sin duda por aprietos económicos- le habría convertido ya en un avezado jurista capaz de captar con claridad el sistema de amortización francés propio del préstamo hipotecario y tener un conocimiento exhaustivo de sus condiciones. Ello sin contar con la amistad que ya hubiera forjado con el notario autorizante que en esa segunda visita habría estrechado los lazos de empatía que le unieran al consumidor para recordarle los riesgos que implicaba. *Res miranda...*

Frente a este razonamiento de la Sección 2ª de la AP de Badajoz, no nos resistimos a traer a colación, justo en sentido adverso, el mantenido por la SAP de Álava, Sección 1ª, de 9 de julio de 2013, cuando sobre el mismo particular llega a la siguiente conclusión opuesta:

“Insiste la apelante que la escritura de novación posterior evidencia que hubo tal negociación y conocimiento, puesto que se modifica el diferencial que se había pactado con el constructor, en cuyo préstamo se subroga. Ciertamente la novación se produjo, afectó al diferencial añadido al índice de referencia, que se disminuye del 0,75 % al 0,65 %, y se modifica el suelo, resultando inexplicable que en perjuicio del cliente se eleve del 2,65 % al 4,25 %. Pero además se modificó el importe del préstamo, que se amplía, lo que constituyó el elemento fundamental de negociación según el cliente. Parece realmente que fue así puesto que los cambios son idénticos en los tres préstamos pero diferentes las cuantías, de modo que puede considerarse acreditado que

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

efectivamente el punto esencial de la negociación fue la ampliación del importe de la cuantía prestada, que ya no era sólo la pendiente de abono por la constructora-vendedora, en la que se subrogaba el adquirente, sino la nuevamente dispuesta.

En ese contexto, que variara el diferencial o el suelo puede considerarse por el consumidor como consecuencia necesaria de su preocupación esencial, que es obtener la ampliación del importe del préstamo, de modo que ha de aplicarse la doctrina que, entre otras muchas, contiene la STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11, caso Banif), pues al margen de que niegue la otra parte la recepción de la oferta vinculante, no facilita una perfecta comprensión de cómo operan los topes. En el caso de la escritura es complejo constatar la existencia de una previsión contractual insertada entre tan abundantes previsiones contractuales como la duración del contrato, amortización anticipada, tipo de interés ordinario aplicable, comisión por amortización anticipada, comisión por cambio de entidad acreedora, comisión por modificación de las condiciones del préstamo o su garantía, situación posesoria, arrendaticia y de gastos de comunidad, referencia catastral, edificio del que forma parte, régimen de propiedad horizontal, solicitud fiscal, presentación al registro de la propiedad o cláusula de protección de datos. Lo señala el parágrafo 212 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 , cuando expresa que estas previsiones "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

Tampoco se aprecia, de todo lo expuesto, que el cliente realmente percibiera que ésta era una cláusula que define el objeto principal del contrato "...que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (parágrafo 213 de la sentencia citada).

Aunque la sentencia apelada no resuelve teniendo en cuenta tal doctrina, sino la que se refiere al carácter abusivo de las condiciones en que se pacta la cláusula, no impide apreciar que los criterios que apunta esa resolución concurren en el caso de autos, de modo que podría sustentar la pretensión de nulidad por falta de transparencia, que el demandante planteó argumentando la falta de información facilitada.

El Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, en su Sentencia de 18 de junio de 2013 (fallando en sentido opuesto al nº 5 de igual clase de esta misma ciudad que se había pronunciado favorablemente el día anterior) deniega la retroactividad asumiendo íntegramente la posición del TS, situando con meridiana claridad el interés de las entidades por encima del de las familias afectadas y primando, a nuestro juicio, el interés económico al otorgamiento de la justicia. Así se manifiesta:

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

“Por último, aún cuando estemos ante una acción individual, sin lugar a dudas, la STS puede provocar un efecto llamada e iniciarse multitud de procedimientos que de declararse la nulidad de las cláusulas suelo con efectos retroactivos podría suponer un quebranto del sistema financiero español y tener que acudir a un posible rescate, no pudiendo obviar ni minimizar ni ser ajenos a las repercusiones económicas de nuestras decisiones”.

Tampoco es aceptada la devolución de las cantidades percibidas por aplicación de la cláusula suelo por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Palencia en su Sentencia de 25 de septiembre de 2013. En ella, si bien destierra el argumento de la afectación del orden público económico (el usuario demandante solicitaba la devolución de 1.412 euros a la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, que parece no haría temblar los cimientos de la entidad), acoge el resto de argumentos sostenidos por el Tribunal Supremo. Así, el juzgador palentino D. Jesús Manuel González Villar, entiende que la cláusula es lícita per se; que responde a razones objetivas; que no se trata de cláusulas inusuales; que su utilización ha sido tolerada largo tiempo; que su carácter abusivo no se basa en su ilicitud intrínseca sino en la falta de transparencia; que no consta que la entidad financiera no hubiera observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; que la finalidad de la fijación de un tope mínimo responde a mantener un rendimiento mínimo; que las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos; y, que la Ley 2/1994, permite la sustitución del acreedor. En definitiva, argumentos, hartos difíciles de casar con el principio tuitivo consumerista que inspiró a nuestro legislador constituyente a instaurar el artículo 51 CE.

Al margen de que, como hemos señalado, cuestionamos humildemente el singular pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, en esta suerte de carambola jurídica propicia para la Banca –sin que fuera pedido por ninguna de las partes directamente implicadas a la sazón- lo cierto es que no alcanzamos a ver la debacle económica que se produciría para el orden público económico en el supuesto analizado por la Audiencia de Cáceres, que apenas alcanzaba los 6.000 euros o el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, por lo que el elemento esencial sobre el que reside el peculiar razonamiento del TS al enjuiciar la relación entre dos sujetos privados (consumidor y banco) referido a la salvaguarda del orden público económico parece diluirse en estas modestas reclamaciones. Y ello sin contar, como sostiene la compañera CANO SALLARÉS¹⁰⁰, con la posibilidad de que se demandara la retroactividad mediante la compensación de las cuantías indebidamente cobradas. Antes bien, ponderando el impacto que sobre las economías domésticas –muchas de ellas exhaustas- puede producir la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, más bien parece que el superior interés que habría que priorizar y más digno de tutela es el de aquellas familias a las que el legislador

¹⁰⁰ CANO SALLARÉS, P. “La protecció dels usaris i consuidors front a les clàusules sòl” en Mòn Jurídic nº 279, Barcelona, p. 25.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

constituyente prometió en su artículo 39.1 asegurar su “*protección social, económica y jurídica*”, consumidores en suma del art. 51 CE.

Tampoco acertamos a comprender, hallándonos en una relación entre dos sujetos privados (Banco y usuario) en el que el primero es autor y responsable de la cláusula tachada como abusiva, como puede invocarse la existencia de un superior interés público para bendecir con ello el cobro indebido de muchos meses de trabajo de aquéllas familias que han sido “expropiadas” para satisfacer los intereses de accionistas particulares.

El caso de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, de 15 de mayo, es sin embargo distinto. En este supuesto el Juzgador concluye que efectivamente la condición es abusiva no ya por la falta de transparencia, sino por el desequilibrio existente y con ello rechaza la imposibilidad de la retroactividad pretendida. Y, si finalmente acaba desestimándose la pretensión de la actora de devolución de las cantidades derivadas de la aplicación de la cláusula suelo, no es por la falta de retroactividad sino por cuanto que el Juzgador considera que tal y como se ha formulado la demanda, se pretende una declaración de condena sin establecimiento de las bases de su cuantía con contravención de lo previsto en el artículo 219 LEC. Así se manifiesta en su fundamento sexto:

“No obstante entendemos que la moderación que realiza el Tribunal Supremo no es aplicable a este supuesto en donde la nulidad no se determina por la falta de transparencia, uno de los elementos tomados en consideración, sino por la abusividad de la cláusula en el supuesto en que así lo hemos determinado y que por tanto debería operar la restitución de las cantidades señaladas.

(...)

En el presente supuesto se pide la restitución de las cantidades cobradas en exceso si bien no estableciendo ni bases ni cuantías. Añadiendo una condena de hacer de la demandada para que vuelva a calcular las cuotas del préstamo hipotecario desde su otorgamiento como si la cláusula suelo nunca hubiera existido y a devolver el exceso de cuotas hipotecarias que se hayan abonado por parte de la actora.

El artículo 219 LEC señala en este sentido: “Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética. 2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. 3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades."

No es una operación aritmética simple (que tampoco se ha ofrecido) eliminar los suelos y techos en un nuevo cálculo de la cuota que exige no solo la determinación de los intereses aplicables a cada caso, las bonificaciones en su caso que se hayan aplicado, los posibles intereses moratorios si es que los ha habido, los gastos cobrados si es que los ha habido, el capital pendiente en cada caso como base de dicho cálculo, etc. A ello se une una venta en global tanto por la vivienda como por el garaje que debería ser distinguida y delimitada sin que tampoco la actora lo haya hecho.

Lo que pretende la actora es una petición de condena declarativa a la demandada para que ella misma calcule la cuota y la restitución de lo que ella fije, resultando que cualquier problema nos llevaría a ejecución de sentencia y su discusión sobre los cálculos más allá de una base concreta que es lo que exige la norma y que no se puede, por no haber sido aportada, fijar en la presente sentencia. Es por ello que dicha pretensión, al no estar formulada correctamente, debe ser rechazada.

No obstante lo anterior los efectos de la nulidad declarada deberán mostrarse en la determinación de la cuota desde sentencia".

Este mismo Juzgado granadino se había pronunciado de modo favorable a la devolución de las cantidades en Sentencia de 25 de marzo de 2013, que finalmente ha sido revocada por la SAP de Granada, Sección 3ª, de 18 de octubre de 2013, que no exenta de dudas, se dobliga a la línea dibujada por el TS.

Se suman a la línea del TS, por fidelidad a sus resoluciones pero sin innovación jurídica alguna más allá que la mera reproducción de sus argumentos la SAP de Tarragona, Sección 1ª, de 18 de noviembre de 2013 y la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Ciudad Real (con funciones mercantiles) de 13 de diciembre de 2013.

Opuesta también a la retroactividad también se halla la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra de 16 de diciembre de 2013, que se alinea en la corriente contraria a la devolución de las cantidades percibidas, exponiendo que *"si se incentiva la restitución de cantidades en todos los*

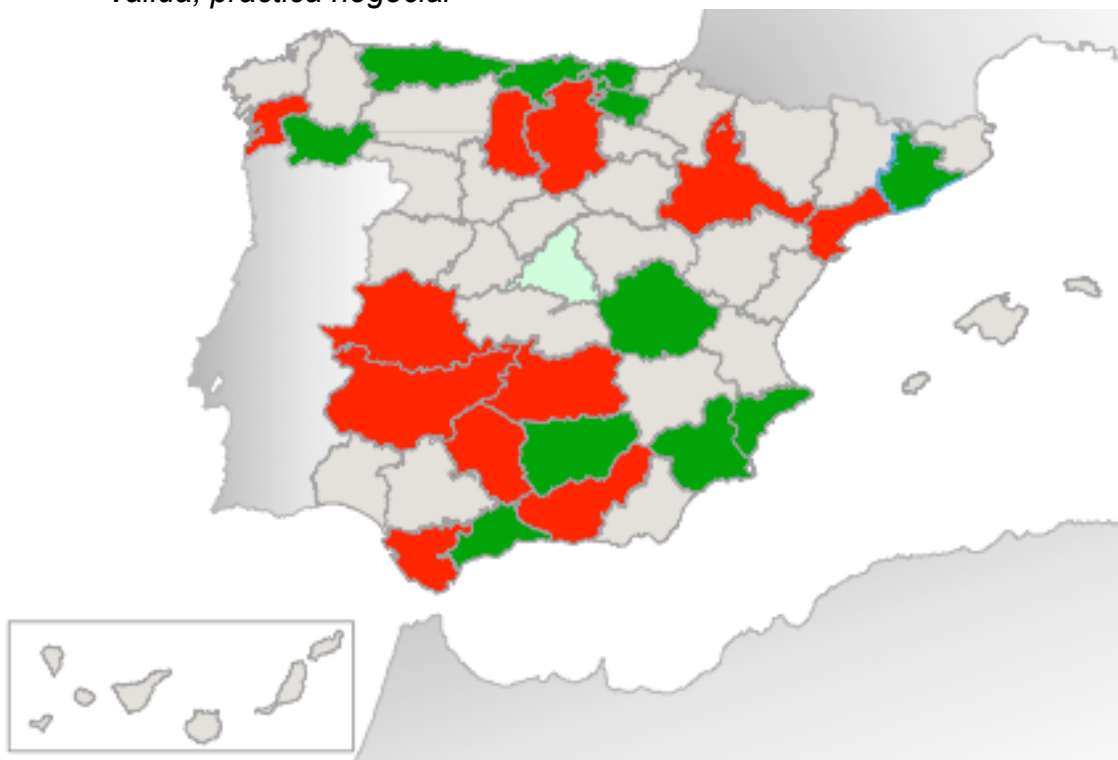
CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

contratos de préstamo con cláusulas suelo realizados antes del 9 de mayo de 2013, la asuma de todos esos procesos obviamente si repercutirá en el orden público económico”. Y residenciando esta oposición en la falta de consideración de consumidor del reclamante se ha pronunciado en esta misma provincia la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 29 de noviembre de 2013.

La SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 8 de enero de 2014, transcribe amplios pasajes de la STS de 9 de mayo de 2013, y con base a la misma, apelando a la fuerza informativa de la jurisprudencia, declara el carácter abusivo de la cláusula suelo, pero mantiene la irretroactividad para la recuperación de las cantidades abonadas como consecuencia de su aplicación.

Recientemente, aunque en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, se ha sumado a esta corriente contraria a la recuperación de las cantidades la AP de Burgos, Sección 2ª, a través del Auto de 28 de enero de 2014, en el que desestimando la pretensión del ejecutado se expresa:

“(…) conforme a la peculiar naturaleza de la contratación bajo condiciones generales, como un modo genuino y diferenciado de contratar, tanto el control de contenido (cláusulas abusivas), como el control de transparencia (cláusulas no comprensibles), se presentan no como criterios sancionadores de una posible nulidad contractual de carácter estructural (consentimiento viciado, falta de forma como requisito solemnitatem, ilicitud de la causa, etc.), sino como criterios delimitadores de la eficacia funcional desplegada por una peculiar, pero válida, práctica negocial”



4.7. Subsidiariamente, de la compensación de las cantidades percibidas por la entidad demandada con las debidas por el usuario afectado. Nulo impacto al “orden público económico”

Con carácter subsidiario, en el legítimo ejercicio del agotamiento del derecho de defensa, y para el supuesto de que el juzgador concibiera apreciable un riesgo al “orden público económico”, cabe invocar, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1156, 1195 CC y concordantes la compensación del crédito. De este modo, no se produciría desembolso o descapitalización alguna de la entidad financiera, sino que simplemente se obtendría un equilibrio entre las partes, suprimiendo el enriquecimiento injusto de la entidad demandada sin perjuicio ni impacto alguno en el “orden económico”, habida cuenta de que el único resultado sería a la postre, bien la moderación de los beneficios que hubiera de percibir en los próximos años por las cuotas hipotecarias venideras, o incluso a muy largo plazo (más de 20 años) una minoración de sus expectativas de beneficio al reducirse la ligazón temporal del afectado por razón de la suerte de “amortización parcial anticipada” que se produciría, reduciéndose en unos meses el final de su obligación hipotecaria.

Tal y como pusiera de manifiesto la STS de 7 de junio de 1983, se aceptan tres clases de compensación. Así, la legal, que se realiza por ministerio de la Ley cuando en las obligaciones de cuya compensación se trate concurren los supuestos enumerados en los artículos 1195 y ss. con los efectos del 1202. La denominada judicial, que se produce cuando a falta de alguno de los requisitos de la legal, el demandado alega la existencia del crédito que hace valer en el seno de un proceso, apreciándose así por el juzgador. Y la contractual, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes y de la libertad de contratación.

Varios son los motivos que justifican la existencia de la compensación. Por una parte responde a razones de justicia, pues resulta contrario a la buena fe que un acreedor reclame el cumplimiento a un deudor cuando él, a su vez, es deudor del mismo sujeto. Así, se dice que es contrario a la buena fe pedir aquello que luego ha de ser restituido (*dolo facit qui retit quod rediturus est*). Además, a través de la compensación, se simplifica el cumplimiento de las obligaciones entre deudores recíprocos al evitarse la realización de dos pagos tras una simple operación aritmética.

El efecto de la compensación, según determina el artículo 1202 CC es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente. Tal y como se determinara desde la STS de 21 de mayo de 1932 hasta la más reciente STS de 30 de marzo de 2007, concurren los requisitos propios de la compensación, la misma se produce «ipso iure» extinguiéndose el crédito de menor cuantía.

4.8. ¿Afecta sólo a consumidores la cláusula suelo?

La regulación de las cláusulas abusivas contenidas en el TRLGDCU, se refiere por razón del ámbito de la propia norma exclusivamente a consumidores. Tal y como hemos abordado en el Capítulo I de este opúsculo, al margen de que resulte cuestionable que no pocas empresas de modestas dimensiones o incluso autónomos no se encuentren frente a las poderosas entidades financieras en una situación similar de desequilibrio, lo cierto es que al no resultarles reconocida su condición jurídica como consumidores, habrán de quedar extramuros del ámbito tuitivo de la norma consumerista.

Sentado este principio, la siguiente pregunta que se formularán muchos compañeros es evidente ¿No puede invocarse entonces por parte de un profesional o sociedad el carácter abusivo de la cláusula suelo? En nuestra opinión, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo, a través de la tan reiteradamente citada Sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 y la posterior SAP de Madrid, Sección 28, de 26 de julio de 2013, habiéndose decantado por sustentar el carácter abusivo de la condición en su falta de transparencia en lugar del desequilibrio, ello conducirá a permitir a los no consumidores a invocar igualmente su carácter abusivo. Así, mientras el desequilibrio entre las partes, por falta de reciprocidad, se fundamenta en el artículo 87 TRLGDCU, la transparencia es un principio general exigido por la LCGC, que recordemos, tal y como enuncia su Exposición de Motivos *“la ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”*. Y, tal y como explicita el preámbulo de la LCGC *“se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores”*.

El ámbito subjetivo de la LCGC contenido en el artículo 2.1 señala que la ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente-. Y por si hubiere lugar a cualquier posible duda, el artículo 2.3 LCGC reza que *el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*. Ello implica que a diferencia de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1997, en la que tiene su origen, el legislador nacional ha extendido su aplicación en virtud del *principio de minimis* de la Directiva tanto a los contratos celebrados con consumidores como con cualquier otro contratante.

En particular, el artículo 5.5 LCGC, exigen que las condiciones generales impuestas en contratos de adhesión reúnan los criterios de *transparencia*, claridad, concreción y sencillez. A su vez, si bien el artículo 8.2 LCGC atañe exclusivamente a los supuestos en que el contrato se haya celebrado con un consumidor, el numeral 1 del mismo artículo 8 se presenta de un modo más amplio en su redacción declarando que *serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva,*

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. De este modo, si resulta quebrantado el principio de transparencia del artículo 5.5 LCGC, y con independencia de la prueba del proceso que eventualmente pudiera evidenciar un conocimiento de la condición por el adherente, no encuentro personalmente obstáculo en propugnar la nulidad por falta de transparencia sobre la base del artículo 8.1 LCGC.

Este mismo razonamiento ha sido a también el sostenido por la SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 18 de junio de 2013, al analizar precisamente la solicitud de nulidad de una cláusula suelo planteada por una sociedad mercantil:

“(…) las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida carece de transparencia –requisito del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación-, son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente, al decir: «En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trate de un elemento definitorio de objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencias de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas».

(…) las conclusiones no pueden ser diferentes a las obtenidas por las resoluciones citadas, aunque la prestataria no sea consumidora: la información respecto de la cláusula suelo incluida en el contrato (...) es, a todas luces, insuficiente. En efecto, si la misma supera el control de inclusión, a efectos de su incorporación como condición general en el contrato, no lo hace en relación al de claridad exigible en las cláusulas, sean generales o particulares”.

Añade también con acierto la Audiencia cordobesa, que “en la normativa bancaria (Órdenes Ministeriales, Circulares del Banco de España) se utiliza un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es de «clientela», como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente –consumidor o profesional que emplea la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”.

Desarrollando esta idea, ahonda la misma Sentencia de la AP de Córdoba en su Fundamento de Derecho Noveno:

“Cierto es que, no tratándose la prestamista de consumidora, no sería aplicable el doble control de transparencia que se desarrolla en la

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

Sentencia TS 241/13, pero ello no impide que puedan tomarse en consideración las normas sobre consentimiento contractual. La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios (en similar orden de ideas, artículo 9 de la Ley de 29 de diciembre de 2004 sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). 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 hostel 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, la sentencia de instancia, que califica como nula la cláusula suelo objeto de controversia.”

En sentido opuesto se ha manifestado, sin embargo, la SAP de Cuenca, Sección 1ª, de 30 de julio de 2013, que revocando la estimatoria de instancia, declara no solo la improcedencia de la recuperación de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la controvertida cláusula suelo, sino también su propia validez. Ahora bien, no está de más tener presente que en este caso la actora demandante era una mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria y de las testificales depuestas se coligió el conocimiento de la estipulación. Así se expresa la resolución citada, en la que actúa como ponente MARTÍNEZ MEDIAVILLA:

“Las referida cláusulas de limitación del tipo de interés por la claridad y sencillez de su redacción eran objetivamente comprensibles para un ciudadano medio, siendo la demandada una sociedad dedicada profesionalmente a la compraventa y promoción de inmuebles, y a la construcción y ejecución de obra civil, pública y privada, lo que determina deba considerarse en ella un conocimiento de los productos de financiación bancaria, a los que habitualmente recurre, como muestra este procedimiento, muy superior a la de un ciudadano medio.

Resultando además, en el caso de los contratos de compraventa de viviendas con subrogación en los préstamos hipotecarios que las gravaban, que quien actuó como vendedor subrogante en nombre de las

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

respectivas sociedades, D. Samuel, quien en su declaración testifical reconoció haber conocido las cláusulas referidas al tiempo de la firma de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, es esposo de la persona que suscribió las escrituras de subrogación en el préstamo hipotecario en nombre de la demandada, estando además vinculado con esta sociedad, pues preguntada en juicio por esta relación la representante legal de la demandada manifestó su duda respecto a la misma, pero no respecto a si existía o no la vinculación sino respecto a si D. Samuel era Administrador o Consejero Delegado de Arquitectura, Construcción o Promoción S.A.. En cualquier caso y respecto a la comentada vinculación D. Samuel era Consejero Delegado de la demandante al tiempo de otorgar los poderes para pleitos con los que dicha sociedad compareció a juicio”.

Resulta interesante destacar como esta Sentencia (SAP de Cuenca, de 30 de julio de 2013), llama la atención sobre el carácter reforzado que poseen los consumidores frente a las empresas a la hora de instar la nulidad de condiciones generales de la contratación, como es el caso presente analizado de la cláusula suelo. Así se manifiesta en su F.J.2º:

“(…) Debiendo advertir al efecto que el ámbito de protección de quien en el ejercicio de su actividad empresarial, como la actora, concierta un préstamo hipotecario, no es tan extensa como la que merece el consumidor o la persona física en la concertación de estos contratos sobre viviendas en la regulación de los derechos de información y transparencia por parte de las entidades bancarias. Así ni es de aplicación la Ley 2/2009 de 3 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, conforme resulta de su artículo 1.º, ni la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ni por razones temporales la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que sustituye a la anterior. Son no obstante de aplicación las normas relativas a las condiciones generales de contratación pues así lo dispone el art. 2 Ley 7/1998, de 13 abril, si bien para este tipo de relaciones la LCGC prevé exclusivamente la aplicación de las normas de incorporación, ya que el control de contenido de las condiciones generales se rige, para los profesionales, exclusivamente por las reglas generales de la nulidad contractual, conforme resulta del art. 8.1 y 2 de dicha norma”.

En términos similares se ha pronunciado también la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, 29 de noviembre de 2013, en la que se enfatiza la distinción entre consumidor y no consumidor, resultando a este último únicamente el denominado control de inclusión, pero no el de contenido.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

En nuestra opinión, resulta clara la posibilidad de instar la nulidad de la condición desde el punto de vista de la falta de transparencia con base a la contravención del artículo 5.5 LCGC, resultando por el contrario orientada al fracaso si el planteamiento de la acción se pretende residenciar en el desequilibrio existente con base a la normativa de consumo.

4.9. Cuantificación del importe a reclamar.

La cuantificación del importe abonado en exceso por el consumidor se articula a través de una operación matemática que tomando como referencia el importe del préstamo concertado, la fecha de su otorgamiento, el diferencial establecido y la cláusula suelo impuesta permite determinar con exactitud el importe percibido indebidamente como consecuencia de su aplicación, al ponerlo en relación con el Euribor vigente en el momento del pago de la correspondiente cuota. A ello habrán de adicionarse lógicamente los intereses legales de rigor.

Hoy en día no es complejo encontrar tablas de simulación a través de Internet, si bien por lo que hemos podido observar en muchas de ellas se muestra un abanico temporal excesivamente reducido, en otras añaden intereses de demora que distorsionan indebidamente el resultado final. Y finalmente, hemos hallado también tablas o simuladores que simple y llanamente no se ajustan al Euribor vigente en la evolución temporal a la que se hace referencia. Honestamente, no nos ha convencido ninguna de las examinadas. No hace falta recalcar cuan importante es una correcta cuantificación para lograr una completa estimación de la acción a ejercitar.

Si bien como hemos visto podemos realizar un cálculo del importe a reclamar como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, también ha sido reconocida judicialmente la posibilidad de acudir a la regla prevista en el artículo 219 LEC. Este es el caso de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Orense, con competencia mercantil, nº 4 de 13 de mayo de 2013, en el que se manifiesta sobre este particular con el siguiente razonamiento:

“En el presente caso, el suplico de la demanda se solicita expresamente la petición de que se condene a NCG a la devolución a los prestatarios de cantidades concretadas en los documentos 3 y 4 que ha cobrado la entidad hasta la fecha allí señalada. Así como de cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico. Se concreta así la cantidad cuyo pago se solicita que se condene a la demandada, señalando al tiempo las bases con arreglo a las cuales se efectúa dicha concreción”

Aunque la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, concreta la cuantía a devolver que fue abonada en exceso

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

por los prestatarios (4.546,85 euros en aquél caso), acepta también aquéllas otras que se vayan pagando durante la tramitación del procedimiento con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito, aceptando para ello sin reparos la meridiana previsión del artículo 219 LEC:

“En el caso de autos, declarada la nulidad, han de estimarse las demás acciones ejercitadas en orden a devolver todas las cantidades cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, con sus intereses legales desde la fecha de cobro, extremos que se determinarán en ejecución de sentencia, sobre la base fijada, con encaje en el artículo 219 LEC”.

Sin embargo, hemos de tener presente que la invocación del artículo 219 LEC exige exquisita atención en la fijación exacta de las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una pura operación aritmética. Recordemos, el caso destacado anteriormente de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, de 15 de mayo, en que el Juzgador a pesar de aceptar la procedencia de la devolución de las cantidades en contra del famoso criterio de “irretroactividad” acaba desestimando la pretensión de la actora de devolución de las cantidades derivadas de la aplicación de la cláusula suelo, por cuanto que considera que tal y como se ha formulado la demanda, se pretende una declaración de condena sin establecimiento de las bases de su cuantía con contravención de lo previsto en el artículo 219 LEC. Así se manifiesta en su fundamento sexto:

“En el presente supuesto se pide la restitución de las cantidades cobradas en exceso si bien no estableciendo ni bases ni cuantías. Añadiendo una condena de hacer de la demandada para que vuelva a calcular las cuotas del préstamo hipotecario desde su otorgamiento como si la cláusula suelo nunca hubiera existido y a devolver el exceso de cuotas hipotecarias que se hayan abonado por parte de la actora.

El artículo 219 LEC señala en este sentido: "Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética. 2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. 3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades."

No es una operación aritmética simple (que tampoco se ha ofrecido) eliminar los suelos y techos en un nuevo cálculo de la cuota que exige no solo la determinación de los intereses aplicables a cada caso, las bonificaciones en su caso que se hayan aplicado, los posibles intereses moratorios si es que los ha habido, los gastos cobrados si es que los ha habido, el capital pendiente en cada caso como base de dicho cálculo, etc. A ello se une una venta en global tanto por la vivienda como por el garaje que debería ser distinguida y delimitada sin que tampoco la actora lo haya hecho.

Lo que pretende la actora es una petición de condena declarativa a la demandada para que ella misma calcule la cuota y la restitución de lo que ella fije, resultando que cualquier problema nos llevaría a ejecución de sentencia y su discusión sobre los cálculos más allá de una base concreta que es lo que exige la norma y que no se puede, por no haber sido aportada, fijar en la presente sentencia. Es por ello que dicha pretensión, al no estar formulada correctamente, debe ser rechazada.

No obstante lo anterior los efectos de la nulidad declarada deberán mostrarse en la determinación de la cuota desde sentencia".

Pueden distinguirse dos tipos de cuotas hipotecarias: la cuota mensual resultado de aplicar la cláusula suelo ($Cuota_s$) y la cuota mensual resultado de aplicar el interés real Euribor + diferencial ($Cuota_a$). La $Cuota_a$ es la cuota mensual que se revisa cada año/semestre/mes, según las condiciones especificadas en el contrato de la hipoteca y el valor del Euribor en el momento de la revisión. La $Cuota_s$ es una cuota mensual fija debido a que el interés suelo no varía. El usuario paga un exceso debido a la aplicación de la cláusula suelo, que puede expresarse conforme a la siguiente operación aritmética:

$$\text{Exceso} = F \times \sum_{a=n}^{a=m} [(Cuota_s - Cuota_a) \times (1 + I_{La})]$$

F = Frecuencia de revisión de la hipoteca

I_{La} = Interés Legal del dinero en el año a

a = Período de revisión. Valor comprendido entre n y m , siendo estos el primer y último "tramo de tiempo" en que se aplica cláusula suelo.

Por ejemplo, si la revisión de la hipoteca se realiza anualmente, los valores de la fórmula serían:

$F = 12$

n = primer año de aplicación de la cláusula suelo

m = último año de aplicación de la cláusula suelo

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Si la revisión de la hipoteca se realiza semestralmente, los valores serían los siguientes:

$$F = 6$$

n = primer semestre de aplicación de la cláusula suelo

m = último semestre de aplicación de la cláusula suelo

n = El primer periodo de cláusula suelo

m = El último periodo de cláusula suelo

La diferencia entre la $Cuota_s$ y la $Cuota_a$ es el exceso monetario que el afectado ha pagado de más debido a la aplicación de la cláusula suelo. Este exceso se acumula mensualmente durante todos los años en que se aplica la cláusula suelo. El Exceso monetario total se obtiene de multiplicar el exceso mensual de la diferencia entre $Cuota_s$ y $Cuota_a$, durante el período total de aplicación de la cláusula suelo, debiendo considerarse que la $Cuota_a$ se revisará anual/semestralmente según las condiciones del contrato. Adicionalmente también debe calcularse el interés legal del dinero que el afectado ha dejado de percibir por no disponer de dicho exceso monetario. Este montante está representado en la fórmula como la adición del interés legal al exceso pagado mensualmente durante el período de aplicación de la cláusula suelo.

$$Cuota_a = \frac{C_p \times I_n}{100 \times \left[1 - \left(1 + \frac{I_n}{100} \right)^{-P_p} \right]} \quad Cuota_s = \frac{C_p \times I_s}{100 \times \left[1 - \left(1 + \frac{I_s}{100} \right)^{-P_p} \right]}$$

$$I_n = \sqrt[12]{1 + \frac{I_{Bn}}{100}} - 1$$

$$I_{Bn} = \text{Euroibor}_n + \text{diferencial}$$

I_n = Interés mensualizado, obtenido a partir del interés bancario I_{Bn} , durante el periodo de revisión n .

C_p = Capital Pendiente de amortizar

P_p = Periodo pendiente de amortización

I_{Bn} = Interés bancario anual en el periodo de revisión n .

I_s = Interés mensualizado suelo.

5. EJERCICIO PROCESAL PARA LA ELIMINACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS.

5.1. Jurisdicción y competencia. ¿Existe alguna distinción por razón de la entidad financiera demandada?

Corresponde conocer del proceso, a los órganos jurisdiccionales ordinarios españoles, por cuanto se dilucida en el mismo una reclamación entre españoles, para cuyo enjuiciamiento y fallo son competentes los citados órganos, de conformidad con cuanto se dispone entre otros, en los artículos 117.3 de la Constitución Española; 2, 9.2, 21.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ en adelante); artículos 5 y 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC a continuación).

En principio, si pensamos en el ejercicio de una acción de nulidad, resultaría competente el Juzgado de lo Mercantil correspondiente al domicilio del demandante, conforme a lo dispuesto en los artículos 52.1.14º LEC, en concordancia con el art. 86 ter 2.d) LOPJ y art. 3.1, 19 bis de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial.

No se cuestiona la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las acciones colectivas. Como apunta FERNÁNDEZ GIL¹⁰¹, la polémica ha surgido con relación a las acciones individuales. Pese a la aparente claridad de la norma, por algunos Magistrados como VELA TORRES¹⁰² se ha sostenido que cuando se trata de acciones individuales la competencia es la del Juzgado de 1ª Instancia y cuando se trata de acciones colectivas tipificadas como tales en la LCGC al Juzgado Mercantil. Este criterio fue adoptado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona en auto de 17 de febrero de 2005 o de la Sección 5ª de la AP de Zaragoza, manifestada a través de sus Autos de 30 de enero y 14 de junio de 2013 (cuestión de competencia 252/13) . Sin embargo, compartimos con FERNÁNDEZ SEIJO¹⁰³ o HERRERA CUEVAS¹⁰⁴ –que a la sazón ocupa ahora la plaza del Mercantil nº 3 de Barcelona- la competencia del Juzgado de lo Mercantil ya sea para el ejercicio de acciones individuales o colectivas, siempre que deriven de la LCGC. Así ha sido también entendido en el AAP de Madrid, Sección 28, de 12 de febrero de 2010 al señalar que tanto la acción individual de nulidad como la de no incorporación son acciones relativas a condiciones generales de la contratación previstas en la legislación sobre la materia por lo que no existe fundamento legal para excluirlas de la competencia de los Juzgados de lo

¹⁰¹ FERNÁNDEZ GIL, C. *Cuestiones prácticas de competencia entre los juzgados mercantiles y de primera instancia*, Madrid, 2013.

¹⁰² VELA TORRES, P. J. en “Conclusiones del curso «Encuentro de la Jurisdicción Civil» Sevilla, 10 y 11 de mayo de 2010.

¹⁰³ FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª *Delimitación y competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia frente a los Juzgados de lo Mercantil (Especial problemática que genera la aplicación de la Ley Concursal en este ámbito)*, Estudios de Derecho Judicial nº 123, Madrid, 2007.

¹⁰⁴ HERRERAS CUEVAS, E. J. “De la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil” en Revista La Ley nº 1/2005, Madrid, pp. 1809-1829.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Mercantil. Y también en este mismo sentido se pronuncia el AAP de Huelva, Sección 3ª, de 20 de abril de 2012.

Resultando la acción individual de condiciones generales de la contratación la principal para permitir la devolución de los importes indebidamente percibidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, tampoco observamos problema para su acumulación ante el Juzgado.

Ahora bien, permítanme que comparta unas reflexiones sobre este particular, aún a riesgo de suscitar más dudas en lugar de aportar infalibles soluciones. En el caso de las dos acciones desarrolladas en defensa de los intereses generales de los consumidores por parte de AUSBANC y OCU han sido partes demandadas BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, CAJAS RURALES REUNIDAS SCC, NCG BANCO SAU y BANCO POPULAR SA. Tanto la STS de 9 de mayo de 2013, como la SAP de Madrid, Sección 28, de 26 de julio de 2013, declaran ya la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. ¿Sería posible entonces limitar el ejercicio de la acción frente a estas entidades a una mera reclamación de cantidad una vez constatada la nulidad de la cláusula? Y en este caso ¿Tratándose de una simple reclamación de cantidad, no correspondería su conocimiento al Juzgado de Primera Instancia con la competencia territorial prevista en el artículo 51.1 LEC? La cuestión no parece tan sencilla de responder, pues lo cierto es que como apunta CARRASCO PERERA¹⁰⁵ no podemos hablar en puridad de una condena en abstracto. Entiendo por tanto, que con independencia del deseo de muchos de los juzgadores de lo mercantil (saturados de trabajo y con escasos medios con frecuencia) que contemplarían con buenos ojos la remisión de estas causas a los Juzgados de 1ª Instancia, si un cuerdo sacado de la chistera no lo remedia, incluso en el caso de estas entidades, habrán de soportar con estoicismo y profesionalidad una avalancha de demandas de miles de afectados por cláusula suelo. La STS de 9 de mayo de 2013, aunque apunta con claridad a la nulidad de la condición por falta de transparencia, obliga a buscar una solución caso por caso, verificando la inexistencia de esa transparencia en atención a las circunstancias concretas que rodearon la concertación del préstamo hipotecario. En consecuencia, nos decantamos por el planteamiento de las acciones individuales ante los Juzgados de lo Mercantil.

5.2. Capacidad y legitimación.

Habrà de fundamentarse, en términos generales en el caso de las personas físicas, la capacidad la actora, según lo establecido en el artículo 6.1.1º de la ley rituarial civil y de la demandada atendiendo al ordinal 3º del mismo precepto. Así mismo, siendo los adquirentes consumidores, estarán legitimados activamente la parte actora y pasivamente la demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en

¹⁰⁵ CARRASCO PERERA, A. “Mucho ruido y pocas nueces en el debate sobre cláusulas suelo” en <http://www.expansion.com/2013/09/03/juridico/1378219234.html>

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

concordancia con los arts. 3 y 4 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 normas complementarias.

En el caso de que hubiera fallecido el titular del préstamo hipotecario o falleciera durante la tramitación de la causa, y aquél se hubiera transmitido junto con los demás bienes, derechos y obligaciones del causante, le sucederán sus herederos tal y como prevé el artículo 16 LEC.

5.3. Postulación y representación.

Conforme a lo prevenido en el artículo 7 de la LEC, en relación con el 31.1 de la misma norma procesal, esta parte comparece siendo defendida por abogado en ejercicio, según lo dispuesto en los artículos 6 y 9 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española y 542 y 545.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Comparece la demandada igualmente con la debida representación procesal a través de procurador legalmente habilitado para actuar ante el tribunal que ha de conocer del juicio según lo dispuesto en el invocado artículo 23.1 LEC, 3 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España y 543 y 545.1 LOPJ.

5.4. Procedimiento. Acumulación de acciones. Cuantía.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 248.2.1º y 249.1.5º LEC, las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación, siempre y cuando no supongan acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, habrá de tramitarse, por las reglas del juicio ordinario, regulado en los artículos 399 y ss. LEC

El artículo 71.2 LEC dispone a tal efecto que *el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquellas no resulten incompatibles entre sí.*

En el caso de que la suscripción del contrato de préstamo haya sido realizada por un matrimonio o por padre e hijo de modo simultáneo o se inste la acción por herederos de los suscriptores procede también, habida cuenta de la identidad de hechos y causa de pedir, a la acumulación subjetiva de acciones conforme a lo dispuesto en el artículo 72 LEC y doctrina del TS sustentada sobre la STS de 10 de julio de 2007, disponiendo el meritado precepto que *"Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que*

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos".

En nuestra opinión, pretendiéndose tanto la declaración de nulidad de la cláusula suelo como la recuperación de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de su aplicación, conforme a lo dispuesto en el art. 253.3 LEC, podría considerarse la cuantía como indeterminada, toda vez que la acción rectora de las diferentes acumuladas es la merodeclarativa, constituida como un *prius lógico* para el análisis de las ulteriores.

A los efectos prevenidos en el artículo 219 LEC, y en lo referido a la reclamación de cantidad, puede fijarse la base con arreglo a la cual ha de efectuarse la liquidación, consistiendo en una pura operación aritmética, con arreglo a la diferencia existente entre las cantidades percibidas por la entidad demandada como consecuencia de la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable ("cláusula suelo") y las resultantes por aplicación del estricto diferencial pactado sobre el Euribor (Euribor + x%) que hubiera debido ser de aplicación, adicionándose a dicha cuantía en todo caso el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

Se presentarán así mismo los escritos y documentos debidamente firmados, respondiendo de su exactitud con acatamiento de lo imperado por el art. 274 LEC. Finalmente, expresará el actor su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley, interesando a tenor de lo establecido en el art. 231 LEC la subsanación de cualquier defecto en el que hubiera podido incurrirse.

5.5. Excepciones procesales: litispendencia.

Dentro de las posibles objeciones a plantear por parte de las entidades financieras, podemos imaginar cuales son las que podemos hallar en la contestación que pudieren presentar y tratar de esbozar las líneas generales para su eventual réplica en la audiencia previa. Entre ellas, no resultaría extraño encontrar la excepción de litispendencia.

La excepción de litispendencia ya ha sido esgrimida por parte de la defensa del Banco Pastor SA en el procedimiento seguido en los Autos de Juicio Ordinario 531/2011, ante el Juzgado de lo Mercantil de Murcia nº 2, que finalizó en Sentencia de 15 de mayo de 2013. La entidad financiera sustentaba la existencia de litispendencia en la admisión a trámite de la demanda interpuesta por ADICAE frente a la misma entidad en ejercicio de acción colectiva de cesación de condición general de la contratación y de acciones individuales accesorias de contenido indemnizatorio. Sostenía el Banco Pastor que concurría identidad del petitum, identidad causal e identidad de sujetos en la medida que ADICAE, conforme al artículo 11 LEC, ejerce una acción colectiva fundada en derechos de consumidores y usuarios como el actor de aquél procedimiento.

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

Tras reconocer el juzgador la complejidad de la cuestión con alusión a la existencia de distintos pronunciamientos de variado tinte, apuntando al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 Barcelona de 13 de febrero de 2013, al del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba de 13 de febrero de 7 de febrero de 2013 o al del Juzgado de lo Mercantil de Cáceres de julio de 2012 como opuestos al reconocimiento de la existencia de litispendencia o al pronunciamiento de la SAP de La Coruña de 6 de marzo de 2013, al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona de 13 de febrero de 2013, al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 26 de febrero de 2013 o al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 28 de febrero de 2013, a favor de apreciar la excepción, opta por desestimar la excepción no sólo por la orfandad de la prueba aportada por la entidad financiera, sino porque tal y como prevé el artículo 11 LEC al regular la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, ello es “*sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados*”. En el mismo sentido, han sido desestimadas, por parte del Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona nº 1 de 31 de mayo de 2013, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013 o la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 21 de octubre de 2013, en el seno de procesos vinculados a la declaración de nulidad de cláusulas suelos, las excepciones de litispendencia formuladas.

Más recientemente, también ha sido rechazada por la Sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Santander de 18 de octubre de 2013. En ella, el Magistrado Martínez de Marigorta Menéndez, ante la invocación por la entidad financiera de la existencia de otra acción colectiva desarrollada por una asociación de consumidores pendiente de resolución, recuerda que para que operasen las excepciones de litispendencia, prejudicialidad o cosa juzgada (arts. 43, 400, 222 y 421 LEC) debe concurrir la triple identidad, no permitiendo la apreciación de litispendencia si (1) el consumidor que ejercita la acción individual no se ha personado en el procedimiento colectivo y, además (2) del suplico de la demanda colectiva no se infieren de modo claro y terminante los efectos o extensión de la sentencia a terceros no litigantes y (3) en todo casi si el consumidor en su acción individual ejercita otras pretensiones distintas.

Efectivamente, la litispendencia, tal y como recuerda VEGAS TORRES¹⁰⁶ exige tanto el requisito de identidad subjetiva entre las partes como de identidad de *petitum*, de suerte que de no existir plena coincidencia, no concurrirá la litispendencia (vid.).

5.6. Valoración de la prueba.

Por elemental que parezca, es obvio que al escrito de demanda habrá de incorporarse por la parte actora, la escritura de préstamo hipotecario en que

¹⁰⁶ VEGAS TORRES, J. “La eficacia excluyente de la litispendencia”, *REDUR* nº 0, junio 2002, p. 182

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

conste la cláusula suelo. Normalmente en la propia escritura notarial se hace constar que aquélla ha sido redactada conforme a condiciones generales de la contratación y que éstas han sido facilitadas por la entidad financiera, resultando por ello su existencia un hecho pacífico que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 281.3 LEC, tal y como recuerda la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Orense nº 4 (con competencia mercantil), de 13 de mayo de 2013, dispensará de prueba. A pesar de ello, no está de más recordar que para el supuesto de que fuera cuestionada por la entidad financiera que dicha cláusula ha sido impuesta y planteara que deviene de una negociación específica e individual y aceptada por las partes, le incumbirá la carga de la prueba sobre este extremo según prevé el artículo 82.2 TRLGDCU. Esta última posibilidad lo cierto es que queda notoriamente decaída tras el razonamiento que desarrolla la STS de 9 de mayo de 2013 en la que manifiesta:

“(…) aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLGDCU dispone que “[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba” -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE “[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla.

Así lo evidencia la génesis de la norma. El apartado 3 del artículo 1 del Proyecto de LCGC coincidía literalmente con la previsión transcrita. El apartado fue suprimido del texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior con Competencia Legislativa Plena y por el procedimiento de urgencia, al asumir el informe emitido por la Ponencia que propuso la incorporación de las enmiendas 17 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 77 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), ambas de supresión, que, en términos prácticamente idénticos, justificaron la supresión en que tal regla, según la cual la empresa que afirme que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba. Ya aparecía en el propio Proyecto como parte del nuevo artículo 10 bis de la Ley 26/1984, lo que constituía “una regla aceptable en la relación empresa-consumidor, supuesto que quedaría cubierto con este artículo 10 bis, pero que no se justifica en el caso de contratación entre empresas o profesionales”, ya que la regla derivaba de la Directiva 93/13/CEE y el ámbito de esta se circunscribía a los contratos con consumidores.

En consecuencia, si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLGDCU -ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general-, demostrado que determinadas

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente.

Esta regla, en contra de lo sostenido por una de las recurridas, se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que "[s]i el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba".

Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva".

Trasladando esta doctrina al caso de los contratos de préstamo hipotecario suscritos por consumidores y usuarios, la precitada Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Orense nº 4 (con competencia mercantil), de 13 de mayo de 2013, concluye:

"En el presente caso y de conformidad con la carga de la prueba que cada parte ha de soportar al amparo de lo establecido en el artículo 217 LEC, no se ha acreditado que la cláusula objeto del litigio fuese el resultado de una negociación, sino todo lo contrario. Y ello solo puede entenderse así, porque la parte actora, si bien reconoce que firmó el contrato de préstamo hipotecario, alega no haber tenido la oportunidad de discutir las condiciones del préstamo de forma individualizada, y particularmente la relativa al límite mínimo aplicable al tipo de interés variable (...)

Además de ello y siendo la entidad bancaria la que alega haber informado debidamente a los actores y debiendo esta de conformidad con la carga de la prueba que cada uno ha de soportar, acreditar que efectivamente informó debidamente a los hoy actores de la existencia expresa de esa excepción al tipo pactado. Y ello porque tal es la

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

interpretación que dimana de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 14 de octubre de 1999, citada en la Sentencia de la AP de Madrid de 2002, con cita a su vez de numerosas sentencias del TS y que estima que quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el apartado segundo del art. 82.2 que dispone, siguiendo la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas (con la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en la sentencia de 3 de junio de 2010) que el empresario que afirme que una cláusulas ha sido negociada individualmente, sumirá la carga de la prueba.”

La Sentencia del Juzgado Mercantil nº 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013, rechaza también sin fisura el intento de la entidad financiera de defender la legalidad de la cláusula por haberse destacado en “negrita”, al no ser ello por sí mismo suficiente para la efectiva información al usuario en cuanto a su conocimiento final y sobre todo consecuencias. Así es razonado:

“Ciertamente que en la oferta vinculante del préstamo hipotecario se recogió la cláusula techo (documento nº 3 de la contestación). Ciertamente es que en la escritura de préstamo hipotecario dicha cláusula suelo sin techo se destacó en letra negrita en cuanto al tipo (documento nº 1 de la demanda). Ciertamente es también que el Sr. M declaró en el juicio que informó de forma global a los actores sobre todas las condiciones del préstamo hipotecario, entre ellas la cláusula suelo sin techo.

Pero también es cierto, y ha sido igualmente acreditado, que los actores pueden considerarse ciudadanos medios, con un escaso o incluso nulo nivel de conocimientos financieros, y que el Sr. M reconoció que no se hizo una explicación concreta, específica y detallada de las consecuencias de la aplicación de la cláusula suelo sin techo y que dicha cláusula no podría suprimirse del contrato. La entidad financiera debería haber realizado un plus de explicación de dicha cláusula y no lo hizo, por lo que ese plus debe identificarse con una falta de la información necesaria y suficiente para que los actores tuvieran un pleno conocimiento de la misma y sus consecuencias”.

Tal y como se manifiesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005, sopesando que la diligencia en este tipo de productos, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal de los intereses de sus clientes, incumbe a la entidad financiera la carga probatoria acerca del cumplimiento del deber de correcta información y asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero. Este es el criterio que la jurisprudencia mantiene con carácter general respecto de los hechos negativos (SSTS de 17 de octubre de 1983; 8 de octubre de 1984; 23 de septiembre de 1986; 8 de julio de 1988; 8 de marzo y 30 de abril de 1991; 4 de febrero de 1992; 9 de febrero de 1993; o 8 de febrero y 22 de diciembre de 1991, entre

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

otras), en línea acorde con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria que establece el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque realmente van a ser minoritarios, conviene prestar atención a supuestos en los que si que haya existido una negociación previa entre las partes con relación a la imposición de la cláusula suelo, en tanto que aquélla vendría a extinguir la falta de transparencia. En este sentido habrá que atender a la posible existencia de correos electrónicos o cualquier otra comunicación en la que el actor pudiera haber cuestionado su existencia o solicitar la imposición de algún porcentaje distinto al ofertado por la entidad financiera.

La abundante doctrina emanada a raíz de las participaciones preferentes y otros productos financieros respecto de la carga de la prueba, resulta perfectamente trasladable, pudiendo citarse, a título ilustrativo, la SAP de Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2011; la SAP de Murcia, de 1 de abril de 2011; la SAP de Pontevedra de 25 de abril de 2012; SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 5 de marzo de 2013 o la Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 26 de septiembre de 2011, que mantiene en su fundamento de derecho segundo el siguiente pronunciamiento:

“(...) es la entidad financiera la que, en principio, está obligada, conforme a las normas de distribución del “onus probandi”, a acreditar que suministró al cliente la información necesaria para que este se formase un conocimiento cabal de las características del producto ofertado, y pudiese prestar un consentimiento válido a la operación, sin que pueda, desde luego, exigirse al cliente la prueba de un hecho negativo, cual sería la falta de información”.

En otro orden, no hay que obviar que junto a la prueba de la existencia de la cláusula suelo y de su carácter no negociado, se está reclamado no sólo su declaración de nulidad, sino también la devolución de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de su aplicación. De este modo, deberá también esforzarse el actor en acreditar su efectiva aplicación, seguramente con mayor razón ahora en que alguna entidad ha optado por la supresión de su empleo tras la STS de 9 de mayo de 2013. Me permito sugerir por ello, siempre que sea posible adjuntar también la tabla de amortización del préstamo y un número significativo de recibos o apuntes bancarios que permita colegir su efecto, esforzándose el demandante en resaltar la diferencia entre las cantidades que se han abonado y las que hubieren correspondido de no mediar cláusula suelo. Finalmente si bien es un hecho notorio que no precisa prueba puede acompañarse una tabla oficial de la evolución del Euribor.

5.7. Intereses.

Por lo que respecta a los concretos intereses que puedan derivarse como consecuencia de la restitución al usuario de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, debe tenerse presente que estos se habrán ido generando de modo progresivo en cada

CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

cuota. Por ello, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013, tras declarar la nulidad de la cláusula suelo y devolución de las cantidades percibidas merced a su aplicación condena igualmente al pago de los intereses moratorios sobre el citado importe y los que resulten de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1100 del Código Civil, desde la fecha de cobro de cada una de dichas cantidades hasta su completa devolución, sin perjuicio de la aplicación de los intereses de ejecución previstos en el artículo 576 LEC

5.8. Nuestro “suplico”.

Aspiramos a finalizar esta intervención conjugando en los compañeros que la han seguido no sólo la *aprehensión* de ciertos conocimientos específicos en materia de defensa de los consumidores y usuarios, sino también con el anhelo de cumplir con las elevadas expectativas generadas. El objetivo de facilitar este texto es permitir el trabajo sereno en la soledad de muchos de nuestros modestos despachos y dotar también al letrado del humilde consumidor de los medios adecuados para desarrollar una brillante defensa de sus intereses que nada tenga que envidiar a la de sus poderosos contrincantes. Este material trataré de ir actualizándolo para su puesta a disposición de los compañeros. Y atendiendo precisamente a la solicitudes recibidas, me permito incorporar este capítulo de cierre que esboza las ideas generales de lo que pudiera ser uno de nuestros “suplicos”.

- Se declare el carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad de la cláusula x (3 bis por lo general), relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable (“cláusula suelo”).
- Se condene a la eliminación del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes por la demandada de la precitada cláusula x (3 bis por lo general), relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable (“cláusula suelo”).
- Se condene a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula impugnada x (3 bis por lo general), relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable (“cláusula suelo”), y que a fecha de la presentación de la presente demanda ascendía a xxxx euros (xxxx €), así como a reintegrar todas aquéllas cantidades que por ella pudieran ser percibidas en exceso durante el presente procedimiento como consecuencia de la aplicación del límite del x% (“cláusula suelo”) al tipo de interés variable, en lugar del estricto diferencial pactado, resultando su cuantía la diferencia existente entre ambos, y en todo caso más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

**CLÁUSULA SUELO: ACCIONES PARA SU ELIMINACION
Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS**

- Se condene a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión de la condición x (3 bis por lo general), relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable (“cláusula suelo”), los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con los demandantes contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizando, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.
- Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada.

En la calle esperan 1.700.000 familias que mantienen en sus contratos de préstamo hipotecario la cláusula suelo. Os deseo lo mejor para ellas y que vuestro trabajo redunde en su mejora económica, vuestro éxito profesional y la satisfacción personal de haber contribuido a la defensa de los más débiles.