



Roj: **AAP GC 1/2017 - ECLI: ES:APGC:2017:1A**

Id Cendoj: **35016370042017200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **25/01/2017**

Nº de Recurso: **287/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN JOSE COBO PLANA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS**

### **SECCIÓN CUARTA**

#### **Recurso 287/16**

#### **AUTO**

Illmos. Sres. Magistrados:

Don Juan José Cobo Plana (Ponente)

Doña Elena Corral Losada

Doña Jesús Suárez Ramos

En Las Palmas de Gran Canaria, a 25 de enero de 2.017.

La AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN CUARTA, ha visto el Recurso de Apelación 287/16 interpuesto contra el **auto** dictado por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 1 de San Bartolomé de Tirajana de fecha 8 de enero 2.016 en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 113/14.

Apelante-ejecutada: DON Ángel Y DOÑA María Rosario .

Apelado-ejecutante: CAIXABANK, S.A..

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **PRIMERO. El Auto de Primera Instancia**

El auto dictado por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 1 de San Bartolomé de Tirajana de fecha 8 de enero 2.016 en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 113/14 contiene la siguiente Parte Dispositiva:

*DESESTIMAR la oposición a la ejecución presentada por la representación procesal de Ángel , sin especial pronunciamiento sobre costas procesales.*

##### **SEGUNDO. Recurso de apelación**

DON Ángel Y DOÑA María Rosario interpusieron recurso de apelación en el que suplica dicte auto por el que se estimen los motivos de oposición formulados.

##### **TERCERO. Oposición**

CAIXABANK, S.A. se opuso al recurso de contrario.

##### **QUINTO. Vista, votación y fallo**



No habiéndose solicitado prueba, se señaló para estudio, votación y fallo el día 19 de diciembre de 2.016. Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO. Sobre la nulidad de la cláusula **suelo**.

En el presente caso, la cláusula reguladora del interés remuneratorio establece lo siguiente ( folio 9 de la escritura pública ):

*" El tipo de interés durante el/los PRIMEROS 12 MESES será el CUATRO4 ENTEROS CINCUENTA CENTÉSIMAS POR CIENTO (4,50 %) nominal anual. Los sucesivos tipos de interés resultantes como consecuencia de la modificación pactada, serán el resultado de adicionar un diferencial, al que se denomina "diferencial real o efectivo", de 3 puntos al tipo de referencia , sin que en ningún caso los tipos de interés puedan llegar a ser superiores al NUEVE ENTEROS POR CIENTO ( 9 % ) NI INFERIORES AL TRES ENTEROS POR CIENTO ( 3% ) ... "*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 (D. Íñigo ) sienta la siguiente doctrina:

#### PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- "Cajasur Banco S.A.U." (en lo sucesivo, Cajasur) ha recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba que desestimó su recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado Mercantil que estimó en parte la demanda interpuesta por "Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, Ausbanc Consumo" en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de la condición general de la contratación que Cajasur utilizaba en sus préstamos hipotecarios a interés variable, y que era del siguiente tenor: «Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al [en unos préstamos era el 3%, en otros, el 4%] nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos». La cláusula cuestionada se encontraba incluida en una extensa estipulación de la escritura pública que contenía varias previsiones relativas al tipo de interés inicial, índice de referencia y diferencial, forma y plazos de revisión del tipo de interés e índices de referencia sustitutivos.

2.- El Juzgado Mercantil había apreciado la nulidad de la condición general, y condenó a Cajasur a eliminarla de sus contratos de préstamo y a abstenerse de utilizarla de nuevo. Acordó asimismo la publicación del fallo de la sentencia y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

3.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación que Cajasur interpuso contra la sentencia del Juzgado Mercantil, para lo cual aplicó la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 mayo (en lo sucesivo, sentencia núm. 241/2013), que había sido dictada pocos días antes.

4.- El recurso de casación de Cajasur se basa en cuatro motivos. Alega que la sentencia de esta Sala núm. 241/2013 , que declaró la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación que contenían la denominada "cláusula **suelo**", por falta de transparencia, y en la cual se basaba la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, es errónea y que sus criterios deben ser revocados. De hecho, el interés casacional que alega para justificar la admisibilidad del recurso es la pretensión de modificación de la jurisprudencia. Por ello, dedica tres de los cuatro motivos de casación a combatir las razones de los pronunciamientos contenidos en la sentencia núm. 241/2013, para que esta Sala las rectifique o, cuanto menos, plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE). En el cuarto motivo plantea que, en el caso de que no se estimen los tres motivos anteriores, se considere que la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto del recurso vulnera los criterios establecidos en la sentencia núm. 241/2013 , por cuanto se limita a transcribir acríticamente algunos de sus argumentos, y no ha razonado si hay otros aspectos en esta litis que eliminen los aspectos declarados abusivos en la citada sentencia de esta Sala.

#### SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así: «la sentencia recurrida infringe el artículo 80.1 TRLCU por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico».

2.- Los argumentos que fundamentan este motivo pueden resumirse en que el control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores que la sentencia núm. 241/2013 enuncia como distinto y añadido al control de inclusión, configurándose como un doble filtro de transparencia, carece de base jurídica tanto en nuestro ordenamiento interno como en el comunitario, puesto que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva 93/13/CEE), en sus arts. 4.2 y 5 , no establece la obligatoriedad del control de transparencia, ni tampoco se establece en ningún pronunciamiento del TJUE.



Por ello, alega la recurrente, no existe una exigencia de interpretación del ordenamiento interno conforme a la Directiva que imponga ese control de transparencia, sin perjuicio de que los Estados Miembros puedan optar por establecerlo al transponer la Directiva 93/13/CEE, lo que no sucede en el caso del art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU). De lo anterior se deriva, según Cajasur, que al declarar que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato pueden ser enjuiciadas a través del control de transparencia que asegure su comprensibilidad o comprensión real por el consumidor adherente, el Tribunal Supremo, en la citada sentencia núm. 241/2013, hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial. Concluye Cajasur que la afirmación contenida en la sentencia núm. 241/2013 de que una cláusula en un contrato concertado con consumidores no es transparente si no se asegura su comprensibilidad real, de modo que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que para él supone realmente el contrato celebrado como la posición jurídica que para él resulta de dicho contrato, es un sugerente postulado "de lege ferenda" [para una futura reforma de la ley] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

Fundamento jurídico del control de transparencia

1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula **suelo**", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

2.- La recurrente alega que este control de transparencia carece de base jurídica y responde al mero voluntarismo de la Sala, pues no tiene anclaje en ninguna norma, nacional o comunitaria europea, ni en la jurisprudencia del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».



Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas.

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

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión ( arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» ( párrafo 73), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever,





sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73).

6.- Lo expuesto lleva a la desestimación de este motivo del recurso. La Sala, en la sentencia núm. 241/2013, no ha realizado una labor de "creación judicial del Derecho" que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el art. 1.6 del Código Civil, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE. No procede por tanto el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, por cuanto que el mismo ya ha dictado varias sentencias en las que fija con claridad el alcance del control de transparencia que resulta de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación

1.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza del siguiente modo: «aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, objeto de este recurso de casación vulnera el artículo 80.1 TRLCU, al considerar no transparentes las cláusulas **suelo** con base en los criterios enunciados en la sentencia de 9 de mayo de 2013».

2.- Los argumentos que se alegan para fundamentar el motivo son, resumidamente, que los criterios enunciados en la sentencia núm. 241/2013 para declarar la falta de transparencia de las cláusulas **suelo** son incorrectos, pues infravaloran indebidamente muchos elementos de la normativa vigente y de la práctica actual generalizada, como son los requisitos establecidos en la Orden de 5 de mayo de 1994 y el deber de advertencia notarial.

Alega la recurrente que algunos hechos o conductas en que se basa la conclusión de falta de transparencia no se deben a la voluntad o capricho de las entidades financieras sino que estas venían obligadas a ello por la Orden de 5 de mayo de 1994, como es el caso de que las cláusulas **suelo** se contengan junto a las cláusulas techo, que venía impuesto dicha Orden. Asimismo, afirma el recurso, la sentencia parte de un determinado sesgo en la valoración, derivado de los bajos tipos de interés de los últimos años, pues valora la falta de transparencia únicamente sobre la coyuntura económica de los años más recientes.

Cajasur considera erróneos los criterios tomados en consideración por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 241/2013 para declarar la falta de transparencia de las cláusulas **suelo**, como ocurre con la afirmación de que se crea una apariencia falsa de estar ante un contrato de interés variable, dada la duración de los préstamos hipotecarios y la imposibilidad de prever la evolución de los tipos de interés; la afirmación de que falta información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato y sin embargo se les dio un tratamiento impropio secundario, puesto que tal afirmación se basa exclusivamente sobre la apreciación del informe del Banco de España sobre cuál era la preocupación de los clientes al contratar, el importe inicial de la cuota, y no se valoran las consecuencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 ni el deber de advertencia del notario; la afirmación de que se crea una apariencia de que el **suelo** tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo, puesto que la normativa sectorial impone que la cláusula de limitación de los tipos de interés contenga tanto las limitaciones a la baja como al alza; la afirmación de que se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las empleadas por el BBVA, pues es consecuencia ineludible de la exigencia de exhaustividad y de la contratación en masa, e infravalora el alcance de la oferta vinculante y la advertencia notarial; la afirmación de que faltan simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y la inexistencia de advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad, puesto que tales simulaciones fueron meras recomendaciones del Banco de España en el informe que realizó para el Senado en 2010 y es imposible concebir simulaciones que cubran siquiera una pequeña parte de los escenarios posibles. Y, por último, alega Cajasur que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciada caso por caso, dada la concomitancia con el error vicio del consentimiento.

QUINTO.- Decisión de la Sala.

Corrección de los criterios empleados en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 241/2013 para aplicar el control de transparencia

1.- Una vez sentado que **la denominada "cláusula suelo" debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, que verifique que la información suministrada permite al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago, y que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato**, ha de abordarse la impugnación que el recurso hace de



los criterios empleados por la sentencia recurrida, en tanto que esta asume la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, para verificar si se ha cumplido esa exigencia de transparencia.

2.- La doctrina sentada en la sentencia núm. 241/2013 no infravalora la normativa vigente cuando se interpuso la demanda, y en concreto la Orden de 5 de mayo de 1994, sino que le otorga la trascendencia adecuada, que es la de **garantizar 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**.

Pero **el cumplimiento de las prescripciones de dicha norma no garantiza, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula**.

Las referencias que el recurso hace a la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 y a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no pueden ser tomadas en consideración, puesto que no estaban en vigor cuando se emplearon las condiciones generales cuestionadas; es más, son posteriores a la presentación de la demanda.

3.- Tampoco se infravalora la actuación del notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario. Como se afirmó en la sentencia de esta Sala, de Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, « **sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia** ». Debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los 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 de la Contratación.

Y que el art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los «[...] límites a la variación del tipo de interés», establece que «en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes». Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, **la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado**.

Por último, **la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada**.

4.- No es correcta tampoco la afirmación que realiza el recurso en el sentido de que la normativa sectorial impone que la cláusula de limitación de los tipos de interés contenga tanto las limitaciones a la baja como al alza, sin que la recurrente haga más precisiones al respecto. El apartado 3 del anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 impone que cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo, cuando puedan expresarse así al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo, o de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho. No impone, por tanto, que "suelo" y "techo" se incluyan en una misma cláusula, y menos aún que se haga creando la apariencia de que el **suelo** tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

5.- Tampoco **la exigencia de exhaustividad en la información y la contratación en masa justifica, como alega el recurso, que no pueda darse la información sobre un elemento esencial del contrato, en cuanto que conformador del precio, con un tratamiento adecuado a tal carácter y de un modo que permita al consumidor hacerse una idea adecuada de las consecuencias económicas que dicha cláusula puede suponer para él, de modo que pueda hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos teniendo en cuenta no solo el importe del diferencial que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un suelo por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe**.



6.- En cuanto al "sesgo" que el recurso atribuye al enjuiciamiento del tribunal, que se dice influenciado por las circunstancias económicas más recientes, no deja de ser una opinión personal de la recurrente, que como tal difícilmente puede ser combatida si no es negando que se haya adoptado algún "sesgo" inadecuado por la Sala. Simplemente **se ha constatado el perjuicio que la inserción de dicha condición general, de forma no transparente, supone para el consumidor adherente cuando como consecuencia de la fuerte bajada de los tipos de referencia, el interés que paga por el préstamo hipotecario es superior al que resultaría de la aplicación de los diferenciales, más altos, ofertados por entidades financieras competidoras, que no incluían en los clausulados de sus préstamos la llamada "cláusula suelo", de un modo que no pudo ser previsto al contratar por la falta de transparencia en la inserción de la condición general en el contrato** . La afirmación contenida en el recurso acerca de la "imposibilidad" de hacer simulaciones de escenarios diversos se contradice con la afirmación de que el propio Banco de España, en el informe que presentó al Senado, proponía que se hicieran, y carece de un fundamento razonable. El recurso también niega que mediante la utilización de estas cláusulas de modo no transparente se cree una falsa apariencia de préstamos a interés variable. El argumento tampoco se acepta, puesto que la explicación dada en la sentencia acerca del tratamiento secundario dado a la cláusula **suelo** y la falta de información adecuada sobre su trascendencia económica en el desenvolvimiento de la relación contractual justifica tal afirmación. Otras consideraciones del motivo del recurso se refieren a la disconformidad con la valoración de distintos elementos fácticos y pruebas, que muestran simplemente que la recurrente no comparte la decisión adoptada por el tribunal, pero que no constituyen propiamente la alegación de una infracción legal sustantiva que pueda ser rebatida por la Sala al resolver el recurso de casación. En todo caso, el recurso de casación tiene por objeto la revocación de la decisión adoptada en la sentencia recurrida como consecuencia de la denuncia de las infracciones legales que hayan podido cometerse en su fundamentación, pero no la discusión de todos y cada uno de los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida (es más, en este caso, en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la que se basa la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, pues se llega a impugnar razonamientos de la sentencia de esta Sala que la sentencia de la Audiencia Provincial no recoge expresamente), incluso aunque no puedan considerarse como esenciales para la decisión del litigio, en el sentido de que, aceptada su incorrección, el fallo hubiera sido otro.

7.- Por último, la alegación de que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciado caso por caso, no se comparte, porque es incompatible con la regulación que tanto el Derecho interno como el comunitario hacen de la acción colectiva. Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los arts. 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias de art. 7 de la ya citada Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje constitucional en el art. 51.1 de la Constitución .

De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia).

Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1).

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa. Siguiendo los argumentos del recurso, no podrían ejercitarse acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, o tampoco serían posibles enjuiciamientos que supusieran la formulación de juicios de valor abstractos de cuestiones tales como la confusión marcaría o constitutiva de competencia desleal, dadas las diferencias en la percepción de las ofertas publicitarias, los signos distintivos o las presentaciones de productos que pueden producirse entre los distintos receptores de tales comunicaciones y que obligarían a realizar el enjuiciamiento caso por caso.





#### SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso

1.- El enunciado que encabeza el tercer motivo del recurso es el siguiente: «aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores y que la transparencia de las cláusulas **suelo** debe ser examinada con base en los criterios expuestos en la sentencia de 9 de mayo de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de este recurso de casación vulnera el artículo 80.1 TRLCU al considerar abusivas las cláusulas **suelo** con base en los criterios de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

2.- Los argumentos que se exponen en el recurso para fundar este motivo son, resumidamente, que la sentencia núm. 241/2013 formula un criterio de imposible verificación al mencionar como criterio que debe tomarse en consideración para enjuiciar el carácter abusivo de una condición general «la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo». También considera erróneo que se afirme que «es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia», pues habría que tomar en consideración lo ocurrido durante los años en que la cláusula se haya utilizado. Cajasur, en su recurso, critica también que el juicio de abusividad quede diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula **suelo** no transparente sea abusiva. Considera por último la recurrente que sin la aplicación de la cláusula **suelo** los tipos medios aplicables a la cartera hipotecaria habrían sido muy altos, y que las cláusulas **suelo** utilizadas en España no son desproporcionadas, exponiendo una serie de datos sobre el tipo medio de los **suelos** hipotecarios, su relación con el interés legal del dinero, la inflación y el coste medio de préstamo hipotecario a tipo variable en el resto de Europa, así como sobre la función económica de las cláusulas **suelo** y la repercusión económica de dejar de aplicarlas.

#### SÉPTIMO.- Decisión de la Sala.

##### Falta de transparencia y carácter abusivo de la condición general

1.- **La toma en consideración, como criterio general para enjuiciar el carácter abusivo de una condición general, de «la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo» no es contrario al ordenamiento jurídico. Podrá cuestionarse si en un caso concreto es posible prever esa evolución, y con qué alcance, pero no que ese pronóstico de evolución de las circunstancias relevantes en la contratación sea una cuestión sin importancia y no deba considerarse como un criterio general en dicho enjuiciamiento. Por otra parte, que el enjuiciamiento abstracto de la validez de una condición general ha de hacerse teniendo en cuenta el momento de la litispendencia no supone que no se tome en consideración la evolución de las circunstancias relevantes acaecida hasta ese concreto momento**, como de hecho se hace en la sentencia núm. 241/2013.

2.- La crítica que se formula acerca de que el juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula **suelo** no transparente es abusiva, no se considera correcta. La sentencia núm. 241/2013 afirma que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» (apartado 250). Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.

Pero no es ese el supuesto de las llamadas "cláusulas **suelo**".

**La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula **suelo**" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.**

Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013, apartado 218, «**la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula **suelo** previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor**» .

3.- Las consideraciones sobre la función económica de las cláusulas **suelo** y de los efectos de eliminación práctica que se hacen en la última parte del motivo del recurso no pueden justificar la estimación del recurso, sin perjuicio de que en la sentencia núm. 241/2013 fueran tomadas en consideración para fijar los efectos de la nulidad declarada.





Por otra parte, no puede olvidarse que la **sentencia núm. 241/2013** consideró que «**las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos**». Por tanto, la **sentencia no niega la licitud, en abstracto, de la cláusula suelo, sino que afirma su carácter abusivo cuando, pese a superar el control de inclusión, no es transparente en el sentido que se ha explicado**.

OCTAVO.- *Formulación del cuarto motivo del recurso*

1.- El motivo cuarto se encabeza con el siguiente enunciado: «la sentencia recurrida infringe la doctrina establecida en una sentencia de Pleno de la Sala 1ª TS de 9 de mayo de 2013, en dos criterios o máximas: »1ª) El "casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de información", obliga a ceñir la eficacia de los pronunciamientos" a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos" (apartado 300 de la sentencia de 9 de mayo de 2012). »

2ª) "Las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo" (auto de aclaración de 3 de junio de 2013)».

2.- El motivo se fundamenta en que la sentencia de la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación sobre la base de limitarse a citar o transcribir determinados pronunciamientos de la sentencia núm. 241/2013, sin incluir ninguna consideración o razonamiento propios del caso enjuiciado. Ello supondría una **palmaria infracción jurídica sustantiva** porque no se ha razonado si hay o no otros aspectos en las cláusulas objeto del litigio que eliminen los aspectos declarados abusivos en las cláusulas enjuiciadas por la sentencia núm. 241/2013, infringiendo la doctrina establecida en esta, lo cual debería llevar a casar la sentencia y fallar como órgano judicial de instancia, a cuyo efecto se debería permitir a la recurrente hacer las alegaciones sobre aspectos fácticos, con la proposición de las correspondientes pruebas, y sobre los aspectos jurídicos para realizar el enjuiciamiento correspondiente.

NOVENO.- *Decisión de la Sala.*

*Inexistencia de la infracción denunciada.*

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial expone cuál es la doctrina contenida en la sentencia, del Pleno de esta Sala, núm. 241/2013, y a continuación acomete la tarea de aplicarla al caso sometido a su consideración. En varios de sus pasajes, hace mención a la similitud entre el supuesto enjuiciado en la sentencia núm. 241/2013 y el resuelto por la Audiencia, así como, más concretamente, la similitud de las propias cláusulas **suelo** enjuiciadas. Estas menciones constituyen una motivación adecuada de la aplicabilidad de la doctrina de la sentencia núm. 241/2013 al supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial. La sentencia recurrida realiza también una serie de consideraciones en las que traslada la doctrina sentada en la citada sentencia de esta Sala al supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial, como es que en el caso enjuiciado falta 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 la misma, 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 o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

2.- Lo expuesto muestra que la Audiencia Provincial no se ha limitado, como pretende Cajasur, a trasladar acriticamente la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala, sin tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, sino que ha justificado la aplicación de distintos razonamientos de tal sentencia porque los supuestos sobre los que se pronuncian ambas sentencias son similares, y concurren las circunstancias fácticas más importantes que determinaron la declaración por esta Sala de la nulidad de la condición general que contenía la llamada "cláusula **suelo**" por falta de transparencia determinante de su carácter abusivo. Por tales razones, el motivo debe ser desestimado.

Expuesta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y aplicando la misma al caso presente, la entidad ejecutante, CAIXABANK, S.A., no ha acreditado mediante los documentos aportados con la contestación a la demanda, que son los únicos que habrán de hacer prueba fehaciente al respecto, el cumplimiento de las exigencias de transparencia impuestas por la referida doctrina jurisprudencial, esto es, que DON Ángel Y DOÑA María Rosario recibieran una información exhaustiva que le permitiera hacerse una idea adecuada de las consecuencias económicas que la cláusula **suelo** podía suponer para ellos, de modo que pudiera hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos teniendo en cuenta no solo el importe del diferencial



que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un **suelo** por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe.

Es por ello que, entendemos que esa falta de transparencia provocó un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, en este caso DON Ángel Y DOÑA María Rosario, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, procede decretar la nulidad de la cláusula **suelo** y confirmar la sentencia de instancia.

**TERCERO.**- Sobre el alcance de la retroactividad de la nulidad de la cláusula **suelo** en lo relativo a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas.

La SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 dice lo siguiente:

*"Sobre las cuestiones prejudiciales*

*Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto C154/15 y sobre la primera cuestión prejudicial en los asuntos C307/15 y C308/15*

*46 Mediante las dos cuestiones prejudiciales del asunto C154/15 y mediante la primera cuestión prejudicial de los asuntos C307/15 y C308/15, que procede examinar conjuntamente, los tribunales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el mencionado carácter abusivo.*

*47 Con carácter preliminar, procede examinar la alegación del Gobierno español, de Cajasur Banco y del Banco Popular, según la cual la cuestión de los efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula como las cláusulas controvertidas en los litigios principales no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, habida cuenta de que, al efectuar su pronunciamiento, el Tribunal Supremo garantizó a los consumidores un nivel de protección más elevado que el que garantiza la propia Directiva.*

*48 A este respecto, es cierto que de los autos de remisión se desprende que, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo, para justificar un control del carácter abusivo de las cláusulas **suelo** controvertidas, relativas al objeto principal de los contratos de que se trataba, interpretó la exigencia de transparencia a que se refiere el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva en el sentido de que tal exigencia no se circunscribía a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la redacción de éstas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual.*

*49 No obstante, tal como observa el Abogado General en los puntos 46 a 50 de sus conclusiones, el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible».*

*50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, EU:C:2013:180, apartado 44).*

*51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular.*

*52 Así pues, y en la medida en que los órganos jurisdiccionales remitentes hacen referencia a la sentencia de 9 de mayo de 2013, que limitó el efecto restitutorio de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas **suelo**, procede examinar si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que autoriza a que un tribunal nacional establezca una limitación de este tipo.*



53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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.

54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C488/11, EU:C:2013:341, apartado 44).

55 Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).

56 **Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales**, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros **la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores»** (sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

57 **Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma** (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

58 En este contexto, por una parte, **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 exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto**.

59 En efecto, **la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación**, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, *Jorös*, C397/11, EU:C:2013:340, apartado 42).

60 Por otra parte, **al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores** (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que **procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula**.

62 De lo anterior se deduce que **la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes**.

63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

64 Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 57).

65 No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección ni, por tanto, su contenido sustancial, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.





66 Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que **la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva** .

67 En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas **suelo** controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración especialmente el derecho del consumidor a la restitución quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha.

68 A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

69 Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).

70 No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal como es un plazo razonable de prescripción de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).

71 Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.

72 Pues bien, **la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013** .

73 De lo anterior se deduce que **una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva** (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, **dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto**





**que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión** (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, *DI*, C441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, *Ognyanov*, C614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, *Ognyanov*, C554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.**

Sobre las restantes cuestiones prejudiciales

A la vista de la doctrina expuesta, procede declarar que la devolución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la nulidad de la cláusula de limitación de intereses o cláusula **suelo** habrá de producirse desde la fecha de la suscripción del contrato.

**TERCERO.- Efectos en el procedimiento hipotecario de la declaración de nulidad de la cláusula de limitación de intereses o cláusula **suelo** contenida en la escritura de préstamo hipotecario y de la consiguiente declaración de que la devolución de las cantidades indebidamente abonadas habrá de producirse desde la fecha de la suscripción del contrato.**

**3.1.** En Sentencia de esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 19 de enero de 2017 (Pte: D. Jesús Suárez Ramos) decíamos lo siguiente:

"SEGUNDO. Consecuencias de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas

La declaración de abusivas de dos cláusulas del préstamo hipotecario se hizo en un procedimiento declarativo interpuesto por los ejecutados. El auto apelado se limita a reconocer dicha nulidad. Y explica la razón por la que considera que el procedimiento debe continuar.

El apelante sostiene que procede el archivo de la ejecución hipotecaria, sin nueva liquidación. Debemos distinguir entre:

1. Efectos en el contrato de la declaración de nulidad de cláusulas

En este sentido, "[e]l Tribunal de Justicia ha recordado que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe poder subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, EU:C:2015:21, apartado 28 y jurisprudencia que allí se cita)", SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera), de 21 de abril de 2016, en el asunto C 377/14.

Si la cláusula **suelo** es nula, se tiene por no puesta, y el préstamo solo genera el interés pactado consistente en el Euribor con un diferencial de un punto (f. 16v).

2. Efectos en el procedimiento de ejecución hipotecaria de la declaración de nulidad de la cláusula **suelo**

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece [desde la modificación realizada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social]:

Artículo 695. Oposición a la ejecución. 1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: [...] 4.ª El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible [...]

De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

La anulación de la cláusula **suelo** influye en el importe del interés remuneratorio que debe abonar el prestatario sobre el capital. La cláusula anulada no se aplica, y se devenga solo el Euribor más el diferencial pactado.

Por otro lado, "la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. 62 De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar



sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes [...] El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión", SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15.

**Eso afecta a la cantidad adeudada, que justificaría el inicio de la ejecución hipotecaria, porque habrá que determinarse nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula **suelo**.**

**No basta para conocer la existencia o importe de la deuda con una simple operación matemática con un tipo diferente. La realización de una nueva liquidación o recálculo, por otro lado, carecería de trámite específico de oposición (ya respecto de los intereses, ya respecto de las cantidades a compensar) a en caso de discrepancia entre las partes.**

**Razones que obligan a acordar el sobreseimiento de la ejecución, por afectar de manera muy relevante al fundamento de la ejecución. Con la consecuencia legal de condena en costas de la instancia a la parte ejecutante.**

Aunque en el presente caso deberá estarse, en cuanto a la retroactividad de la devolución, a los efectos de cosa juzgada de la Sentencia firme del Juicio declarativo."

**3.2.** La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (Pte: D. Francisco Marín Castán) dice lo siguiente:

"SEXTO.- ... 4. ... Aunque ciertamente hay autores de la doctrina científica y resoluciones de las Audiencias Provinciales que sostienen una posición contraria, y que la expresión «...a los solos efectos de la ejecución...», del art. 561 LEC, o la supresión en 2012 de la referencia que contenía el art. 559.1-3º al incumplimiento, en el documento presentado, de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución, son argumentos de peso en apoyo de esa posición contraria, también es cierto que **la redacción del art. 564 LEC, y sobre todo el control de oficio que los arts. 549, 551 y 552 imponen al juez, llevan a concluir que el ejecutado puede oponer la falta de los requisitos que el juez debe controlar de oficio, entre los que se encuentran los de los arts. 571 a 574 LEC sobre exigibilidad y liquidez de la deuda.**"

**3.3.** Expuesta la anterior doctrina, esta Sala entiende que **la consecuencia en el procedimiento hipotecario de la declaración de nulidad de la cláusula de limitación de intereses o cláusula **suelo**** contenida en la escritura de préstamo hipotecario y de la consiguiente declaración de que la devolución de las cantidades indebidamente abonadas habrá de producirse desde la fecha de la suscripción del contrato **es el archivo y sobreseimiento del procedimiento de ejecución.**

Y ello **por dos causas**, cada una de ellas suficiente por sí misma para determinar el sobreseimiento de la ejecución:

1º. Porque "**en todos los casos**" la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula **suelo**, conlleva que **en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria "la deuda no era líquida"**.

2º. Porque "**en muchos casos**" la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula **suelo**, conllevará que **en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria "la deuda no era exigible"**, pudiendo incluso suceder que **"el ahora ejecutado en realidad era acreedor y el banco o entidad financiera aquí ejecutante era el deudor"**, al ser mayor la suma debida por el banco al cliente por la indebida aplicación de la cláusula **suelo** que la suma debida por el cliente al banco por el impago de unas pocas cuotas.



Por cuanto antecede, procede estimar el recurso y revocar el auto de instancia en el sentido siguiente:

1. Debemos declarar y declaramos la nulidad de la cláusula de delimitación de intereses que establece lo siguiente: " *El tipo de interés durante el/los PRIMEROS 12 MESES será el CUATRO4 ENTEROS CINCUENTA CENTÉSIMAS POR CIENTO (4,50 %) nominal anual. Los sucesivos tipos de interés resultantes como consecuencia de la modificación pactada, serán el resultado de adicionar un diferencial, al que se denomina "diferencial real o efectivo", de 3 puntos al tipo de referencia, sin que en ningún caso los tipos de interés puedan llegar a ser superiores al NUEVE ENTEROS POR CIENTO ( 9 %) NI INFERIORES AL TRES ENTEROS POR CIENTO ( 3%) ... "*

2. Debemos declarar que la devolución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la nulidad de la cláusula de limitación de intereses o cláusula **suelo** habrá de producirse desde la fecha de la suscripción del contrato.

3. Debemos declarar y declaramos el archivo y sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria.

4. Con expresa condena en costas a la parte ejecutante.

Sin declaración sobre costas en esta segunda instancia.

### PARTE DISPOSITIVA

Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Ángel Y DOÑA María Rosario revocando el auto dictado el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 1 de San Bartolomé de Tirajana de fecha 8 de enero 2.016 en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 113/14, en el sentido siguiente:

1. Debemos declarar y declaramos la nulidad de la cláusula de delimitación de intereses que establece lo siguiente: " *El tipo de interés durante el/los PRIMEROS 12 MESES será el CUATRO4 ENTEROS CINCUENTA CENTÉSIMAS POR CIENTO (4,50 %) nominal anual. Los sucesivos tipos de interés resultantes como consecuencia de la modificación pactada, serán el resultado de adicionar un diferencial, al que se denomina "diferencial real o efectivo", de 3 puntos al tipo de referencia, sin que en ningún caso los tipos de interés puedan llegar a ser superiores al NUEVE ENTEROS POR CIENTO ( 9 %) NI INFERIORES AL TRES ENTEROS POR CIENTO ( 3%) ... "*

2. Debemos declarar que la devolución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la nulidad de la cláusula de limitación de intereses o cláusula **suelo** habrá de producirse desde la fecha de la suscripción del contrato.

3. Debemos declarar y declaramos el archivo y sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria.

4. Con expresa condena en costas a la parte ejecutante.

Sin declaración sobre costas en esta segunda instancia.

Contra este auto no cabe recurso alguno, conforme a lo previsto en los artículos 466 , 469 , 477 y Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los lltmos. Sres. arriba referenciados.

**PUBLICACIÓN:** Leído y publicado fue el anterior auto en el día de su fecha. Certifico.