



CONSEJERIA DE JUSTICIA E INTERIOR

## FORMACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS ( CONVENIO CON EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL )

---

### ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

**Director:** D. Conrado Gallardo Correa. Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.

**Dirección Técnica:** Dª. María Luisa Roldán García. Letrada del Consejo General del Poder Judicial.

**Coordinador General de la Junta de Andalucía:** D. José Antonio González Martín. Jefe del Gabinete de Relaciones Institucionales. Consejería de Justicia e Interior.

**Lugar de celebración:** CÁDIZ

**Fecha de celebración:** 25 y 26 de junio de 2.015.

### CONCLUSIONES

#### **I.- JURISPRUDENCIA SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE).**

Ponente: D. Conrado Gallardo Correa, Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.

**1.-** La utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores es considerada por la jurisprudencia del TJUE como una actuación gravemente perturbadora del funcionamiento de la economía libre de mercado. La directiva 93/13, al combatir las cláusulas abusivas, es un instrumento esencial para conseguir el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, es decir, la elevación del nivel y calidad de vida de los ciudadanos, que es la finalidad perseguida con el establecimiento de un mercado interior basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios y en una economía social de mercado (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea), basándose todo el sistema económico en los principios de economía de mercado abierta y de libre competencia (artículos 119 y 120 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

**La utilización de cláusulas abusivas ha de considerarse por ello como contraria al orden público económico de la Unión Europea.**

Es por ello que el TJUE afirma con rotundidad que **no cabe moderación de las mismas** y que su apreciación debe conducir a su nulidad radical en todo caso, como única forma de combatir con eficacia una conducta que considera tan perniciosa para la economía libre de mercado.

**2.-** El presupuesto jurídico de la economía libre de mercado es la libertad de contratación y la igualdad real de las partes. Se constata en la realidad que cuando los ciudadanos actúan en el mercado como consumidores y conciertan contratos con empresarios se encuentran en una situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que, como regla general, le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, contexto en el que con frecuencia se produce la imposición de condiciones abusivas.

Ante la eventualidad de que el consumidor ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos, por carecer de posibilidades reales de utilizar medios para combatir la posterior eficacia de la cláusula que se le ha impuesto, y siendo la lucha contra las cláusulas abusivas una cuestión de orden público, su situación de inferioridad con respecto al empresario debe compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato; ello implica que deba permitirse al Juez examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas y declarar también de oficio su nulidad, con subsistencia del contrato.

Ello sin embargo tiene **limitaciones**:

a) **No se pueden declarar nulas contra la voluntad del consumidor.** En los casos de falta de personación u oposición del demandado habrá por tanto que evaluar cuidadosamente si tal actitud responde a una aceptación tácita de la cláusula abusiva o si razonablemente cabe establecer que no se ha personado u opuesto por ignorancia o falta de posibilidades reales para hacerlo y que de haber podido indudablemente se habría opuesto a la misma.

b) **La finalidad es restaurar el equilibrio exigido por la economía libre de mercado, y no crear un nuevo desequilibrio en perjuicio del empresario. La nulidad de la cláusula abusiva no es una sanción en el sentido propio del término.** Si la eliminación de la cláusula abusiva priva de sentido económico al contrato para el empresario, de modo que razonablemente pueda deducirse que este no lo habría firmado sin la cláusula, debe quedar sin efecto, restituyéndose las partes sus prestaciones.

c) Existen **limitaciones de orden procesal** que pasamos a examinar.

**3.-** La Directiva 93/2013 ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico, básicamente en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. No obstante es de aplicación directa en todas las situaciones que estén protegidas por la directiva, pero no encuentren el debido amparo en las leyes nacionales que la trasponen. El Juez nacional a la hora de aplicar

como Juez europeo la directiva 93/2013, debe proceder conforme a los siguientes principios:

**A).- Principio de autonomía.-** Conforme a este principio el Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, pero cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios a estos efectos y se lo permitan sus reglas procesales internas. **El Juez nacional debe respetar y actuar conforme a sus reglas procesales internas.**

Conforme a nuestras reglas procesales internas, un Juez dispondrá de los elementos de hecho y de derecho necesarios para decidir sobre el carácter abusivo de una cláusula cuando este en situación de dictar la resolución que ha de poner fin al litigio, tras haber podido las partes formular las alegaciones previstas en la Ley (demanda, contestación a la demanda, audiencia previa, etc.) y practicar la prueba pertinente (juicio).

Antes de ese momento y desde luego en la fase de admisión a trámite sólo cabrá en principio declarar de oficio una cláusula abusiva cuando ello esté expresamente previsto en la Ley, por cuanto que equivale a inadmisión cuando menos parcial de la demanda. Ocurre por ejemplo con las cláusulas abusivas de sumisión territorial (artículo 54.2 LEC) y en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales (artículo 552.1 LEC). También podría estimarse posible en el proceso monitorio, dado que se debe evaluar de oficio, aunque sea de forma indiciaria, el derecho del peticionario (artículo 815.1 LEC), lo que parece que debe abarcar si su petición se basa en cláusulas abusivas.

Como ejemplos recogidos en la jurisprudencia del TJUE, se puede señalar que no cabe ignorar al amparo de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas las normas que establecen la fuerza de cosa juzgada, ni las que prohíben introducir cuestiones nuevas en los recursos de apelación o casación.

**B).- Principio de equivalencia.-** Este principio exige que las condiciones impuestas por el Derecho nacional para que se plantee de oficio una norma de Derecho comunitario no sean menos favorables que las que rigen la aplicación de oficio de normas del mismo rango de Derecho interno.

No es un principio que plantee especiales problemas en el derecho procesal español, el cual no contiene ningún tipo de discriminación en función de que la norma a aplicar sea nacional o europea.

Una consecuencia importante de este principio recogida por la jurisprudencia del TJUE es la de que, **teniendo la consideración la Directiva 93/13 de norma de carácter imperativo**, en cuanto que indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en conjunto de ésta, su infracción debe recibir en el ordenamiento interno el tratamiento de los actos contrarios al orden público. De este modo **cuando el ordenamiento procesal interno permita a los tribunales actuar de oficio contra actos contrarios al orden público, deben entenderse autorizados para apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas contrarias a la Directiva 93/13.**

**C).- Principio de efectividad.-** Este principio constituye una excepción al de autonomía y es manifestación del la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional. Conforme al mismo **los jueces, excepcionalmente, pueden apartarse de sus normas nacionales internas cuando no garantizan la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, por hacer imposible o excesivamente difícil su salvaguardia.**

Con respecto al mismo cabe hacer las siguientes **precisiones**:

a) En todo caso el Juez nacional debe tener en cuenta los principios en que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, contradicción, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.

b) La aplicación de tal principio, transgrediendo las normas procesales internas, sólo cabe con respecto a cláusulas que sean de forma clara y patente abusivas. Si la cuestión es dudosa o se trata de cláusulas que según las circunstancias concurrentes puedan ser o no abusivas, no cabe declaración de oficio sin que exista el debate previo desarrollado conforme a las reglas procesales internas, que permita la alegación y fijación de esas circunstancias.

c) No cabe interpretar la normativa comunitaria de forma que exija suplir la absoluta pasividad del consumidor interesado. Se niega esta posibilidad de intervención de oficio, por ejemplo, con ocasión de la ejecución de un laudo arbitral cuando el consumidor se abstuvo de participar en el procedimiento arbitral y no promovió la nulidad del laudo arbitral que, por ello, devino firme.

d) No cabe alterar los términos del debate apartándose de la causa de pedir o acudiendo a hechos o fundamentos de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. Ha de ceñirse a las normas aplicables al caso, según el tipo de procedimiento de que se trate y la acción que se ejercite, así como la forma en que se han planteado las excepciones.

En realidad el único procedimiento que ha planteado problemas en el ordenamiento procesal español en relación con el principio de efectividad es el de ejecución hipotecaria. Tal procedimiento es, cuando menos, dudosamente constitucional, dado que los Jueces ejecutan conforme a la Constitución sólo lo que previamente han juzgado, es decir, sus propias decisiones jurisdiccionales. En el procedimiento de ejecución hipotecaria no existe posibilidad real de oponerse y, en consecuencia, de que el Juez pueda juzgar en base a la oposición de la otra parte, lo que imposibilitaba la protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas en su seno. Esta situación actualmente está corregida, al menos con respecto a las cláusulas abusivas, al permitirse ya la oposición por este motivo desde la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013.

#### **RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TJUE ESTUDIADAS**

- 1.- Gran Sala , S 27-6-2000, n.º C-240/98 a C-244/98
- 2.- Sala 5ª, S 21-11-2002, n.º C-473/2000

- 3.- Sala 1ª, S 26-10-2006, n.º C-168/2005
- 4.- Sala 4ª, S 4-6-2009, n.º C-243/2008
- 5.- Sala 1ª, S 6-10-2009, n.º C-40/2008
- 6.- Gran Sala, S 9-11-2010, n.º C-137/2008
- 7.- Sala 1ª, S 15-3-2012, n.º C-453/2010
- 8.- Sala 1ª, S 14-6-2012, n.º C-618/2010
- 9.- Sala 1ª, S 21-2-2013, n.º C-472/2011
- 10.- Sala 1ª, S 14-3-2013, n.º C-415/2011
- 11.- Sala 1ª, S 30-5-2013, n.º C-397/2011
- 12.- Sala 1ª, S 30-5-2013, n.º C-488/2011
- 13.- Sala 3ª, S 27-2-2014, n.º C-470/2012
- 14.- Sala 1ª, S 17-7-2014, n.º C-169/2014
- 15.- Sala 3ª, S 10-9-2014, n.º C-34/2013
- 16.- Sala 1ª, S 21-1-2015, N.º C-482, 484, 485 y 487/2013

## **II.- LA LEY 1/2013 DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL.**

Ponente: **Miguel Ángel Fernández de los Ronderos Martín.** Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Sevilla.

1.º. La Ley 1/2013, de 14 de mayo no se ha fundamentado en las propuestas contenidas en la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, y, en consecuencia, no ha previsto que, si el bien ejecutado es la vivienda habitual, el deudor pueda comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada, esto es, no ha regulado la pretendida dación en pago en la ejecución hipotecaria a instancia del deudor. No obstante, se debe destacar que, recogiendo gran parte de los postulados recogidos en la Proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha reformado diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria, para una mejor protección de los derechos e intereses del deudor hipotecario, y para agilizar y flexibilizar los procedimientos de ejecución, con el doble propósito de permitir la obtención de un mayor precio en la venta forzosa del bien hipotecado y la mayor liberación del deudor con cargo al mismo.

La Ley 1/2013 no ha derogado ni modificado el régimen jurídico de compatibilidad de la responsabilidad hipotecaria y de la responsabilidad personal universal derivada del artículo 1911 del Código civil, de tal suerte que el artículo 105 de la Ley Hipotecaria sigue estableciendo que

la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil .

Por tanto, la dación en pago con eficacia liberatoria sigue exigiendo que concurra la voluntad del acreedor, en los términos del artículo 1175 del Código civil.

Sólo en el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas Bancarias regulado en el Real Decreto-ley núm. 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de

protección de deudores hipotecarios sin recursos, se contempla de forma muy limitada esa posibilidad. El Código sólo es aplicable a las entidades que se han adherido al mismo de forma voluntaria y para los deudores que cumplan determinados requisitos en cuanto al precio de adquisición de inmuebles destinados a vivienda habitual y que se encuentren situados en el umbral de exclusión a que se refiere el artículo 3. Así, el Código ofrece como primera alternativa la carencia en la amortización de capital de cinco años, la ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo y la reducción del tipo de interés a Euribor+ 0,25 por cien durante el plazo de carencia. Una medida complementaria consistente en una quita facultativa y, por último, para aquellos deudores para los que no resulten viables ninguna de tales medidas, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual y en estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda. Se trata de una medida que no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

2 °. La mayor liberación del deudor se pretende por una doble vía. La obtención de un mayor precio en la subasta al someter a nuevos requisitos la tasación del inmueble – no inferior al 75 % de la realizada conforme a las previsiones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario – artículo 682.2.1.º Ley de Enjuiciamiento Civil -; y facilitar el acceso a un mayor número de postores reduciendo la consignación mínima, ampliando el plazo para consignar la diferencia y mejorando las condiciones de publicidad de la propia subasta. Asimismo, en el caso de ejecución sobre vivienda habitual los porcentajes de adjudicación se elevan al 70 % o, cuanto menos, al 60 % del valor de tasación.

En segundo lugar, se establecen previsiones legales que se traducen en una reducción de los intereses de demora y de las costas y en un aumento de los plazos – artículos 114 de la Ley Hipotecaria, 575.1.bis, 579.2 y 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

### **3 °. Control judicial de oficio de la existencia de cláusulas abusivas.**

En relación con el despacho de la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales, no se determina si la audiencia previa ha de ser con las dos partes, ejecutante y ejecutada, o sólo debe sustanciarse con el ejecutante.

No se establece con claridad si existen o no límites temporales al control de oficio por parte del Tribunal o si la cuestión puede suscitarse en cualquier momento del proceso – por ejemplo durante la sustanciación de los recursos de apelación y casación, en el trámite de liquidación de intereses -. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 recuerda que la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44). El cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el

tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico ( artículo 169 TFUE ), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

Cabe plantearse, por tanto, si es factible ese control de oficio en los procesos de ejecución de títulos judiciales y al decidir sobre la admisión de la petición inicial de procedimiento monitorio – artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

4º. No cabe efectuar una revisión general del contrato al amparo del trámite de oposición a la ejecución. Sólo es factible cuestionar las cláusulas que hayan sido aplicadas y que sirvan de fundamento a la ejecución o determinen la cantidad exigible.

5 º. No se establece con claridad si las resoluciones que se dicten en el seno del proceso de ejecución en relación con la existencia de cláusulas abusivas producen o no efectos de cosa juzgada. En este sentido, el art. 564 restringe la alegación en el proceso posterior a los hechos o actos “distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante”, y el artículo 695.4, en redacción que se mantiene después de la reforma del RD Ley 11/2014, parece excluir tales efectos a los autos que deciden la oposición, al fijar que “sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”.

La ubicación de la frase genera confusión, puesto que el segundo inciso del artículo 695.4 establece: “Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”, lo que, puesto en relación con el párrafo primero, parece apuntar que los autos que ordenen el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el art. 695.1.4.º, producen efectos de cosa juzgada y el resto no. Sin embargo, parece que no hay ninguna razón de peso que impida aplicar la doctrina jurisprudencial sobre la relación entre el procedimiento de ejecución y el procedimiento declarativo posterior: primero, el deudor ejecutado debe alegar todos los motivos de oposición invocables al oponerse a la ejecución, incluidos los relativos al vencimiento y exigibilidad de la deuda que pudieran derivarse del propio título o de los documentos que deben acompañarse al mismo, y, si, no lo hizo, ya no podrá alegarlos en un proceso declarativo ulterior; segundo, si tales motivos fueron objeto de alegación y prueba, la resolución que recaiga extiende sus efectos de cosa juzgada al procedimiento ulterior. La doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 vendría a confirmar esta tesis. Este planteamiento puede ser relevante si se toman en consideración las limitaciones probatorias que se establecen en la comparecencia del artículo 695.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que sólo contempla la práctica de prueba documental.

6 °. No se aclara si el recurso de apelación que puede interponer el ejecutado tiene efectos suspensivos.

7 °. Indefinición legal del concepto de vivienda habitual a que se refiere el régimen más estricto de protección – limitación de costas, condonación parcial de la deuda, adjudicación al ejecutante en el caso de subastas sin postores -, pues el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria es aplicable a las escrituras de constitución de hipotecas posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013. Asimismo, hay que plantearse si las previsiones de ese precepto se aplican también a las escrituras de novación de un préstamo hipotecario anterior.

8 °. Atribución al deudor del remanente previsto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin tomar en consideración la existencia de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada.

9 °. Falta de previsiones procesales en relación con los nuevos incidentes que crea la Ley 1/2013, de 14 de mayo – forma de la resolución ex artículo 545.6 y.7 -. En concreto, la liberación del deudor por pago posterior a la adjudicación conforme al artículo 579.2, recálculo de intereses de la Disposición Transitoria 2<sup>a</sup>, enervación de la acción hipotecaria ex artículo 693,... -.

10 °. Problemas de Derecho transitorio. Establecimiento de un tipo mínimo para la subasta de los bienes en el proceso especial de ejecución hipotecaria. Cómputo de los plazos para la oposición y para el recurso de apelación.

11°. No existen previsiones procesales en orden a la articulación por parte del deudor situado en el umbral de exclusión de los compromisos derivados de la adhesión por parte de la entidad financiera al Código de Buenas Prácticas Bancarias.

12 °. No existen previsiones en orden a la articulación procesal de la facultad del avalista, fiador o hipotecante no deudor de solicitar la excusión previa del patrimonio del deudor, conforme al artículo 3 bis del Real Decreto Ley 6/2012.

13 °. No existen previsiones procesales en orden a la articulación de la facultad de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión de interesar la suspensión del lanzamiento.

### **III.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CLÁUSULAS SUELO A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2.013.**

Ponente: **Eduardo Gómez López**. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla.

a) La transposición de la directiva 93/13 se hizo en el ordenamiento jurídico español a través de dos normas: La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. La primera declara la

CONCLUSIONES

nulidad de las cláusulas abusivas, concepto sólo aplicable a personas que tengan la condición de consumidores. La segunda declara la nulidad (no incorporación) de las cláusulas que tengan la naturaleza de condición general de la contratación y no reúnan los requisitos de sencillez, claridad y transparencia exigidos por la Ley, tenga o no la condición de consumidor el que simplemente se adhiere al contrato.

La directiva 93/13 no considera cláusulas abusivas las relativas a la 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.

Tal excepción no ha quedado recogida en la legislación interna española. En ella se recogen las cláusulas abusivas que afectan a consumidores y son nulas las conozca o no éste en el momento de firmarlas; basta el requisito objetivo de suponer un desequilibrio en perjuicio de dicho consumidor. Frente a las mismas están las condiciones generales de la contratación válidas por no ser abusivas o, aún siéndolo, porque no afectan a un consumidor, que sólo pueden ser anuladas si en el caso concreto se acredita que la contraparte no las pudo conocer debido a su oscuridad o a falta de información suficiente.

A partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 surge una tercera categoría, no recogida en nuestra legislación y basada directamente en el tenor literal de la directiva: cláusula referida al objeto principal del contrato o a la adecuación de las contraprestaciones principales, por tanto no abusiva por no implicar desequilibrio en perjuicio del consumidor, pero que no es clara y comprensible. La misma se declara abusiva por falta de transparencia cuando afecte a consumidores.

Hay abusividad, pero no basada en un elemento objetivo (desequilibrio de prestaciones), sino en una falta de claridad y transparencia que habrá de comprobarse en cada caso concreto.

En concreto la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige un control de inclusión (que su incorporación al contrato respete el cumplimiento de la normativa reguladora de ese sector) y un control propiamente de transparencia (que el consumidor haya conocido o podido conocer y comprender realmente el contenido de la cláusula).

Ello plantea el problema de que, al contrario de las cláusulas abusivas propiamente dichas, en las que la declaración de su nulidad implica automáticamente la nulidad de todas las del mismo tenor, la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula referida al objeto principal no implica necesariamente la nulidad de otras cláusulas de idéntico o similar contenido, sino que en cada caso habrá de determinarse si ha sido redactada de forma clara y comprensible.

b) La jurisprudencia citada se ha ocasionado con ocasión de estudiar la validez de las denominadas cláusulas suelo. De dicha jurisprudencia no resulta que necesariamente todas las cláusulas suelos adolezcan de falta de transparencia. Aunque se establecen unos requisitos muy exhaustivos y detallados para dar por cumplidos los controles de incorporación y transparencia, no pueden ser interpretados de tal forma que hagan imposible o extraordinariamente difícil la validez de unas cláusulas que la propia

jurisprudencia considera que no son abusivas *per se*. Deberá por tanto hacerse en cada caso concreto una evaluación adaptada al supuesto de hecho del cumplimiento de los controles de incorporación y transparencia para establecer si realmente el consumidor conoció o pudo conocer y comprender el contenido de la cláusula.

c) Un supuesto concreto especialmente polémico es el caso en el que el prestatario se subroga en un préstamo anterior, normalmente concertado por la promotora de la vivienda que ha comprado. En estos casos la normativa aplicable sólo exigía a la entidad bancaria que, si se preveía en la escritura de préstamo hipotecario, la subrogación de los posteriores adquirentes de las viviendas, se advirtiera a la promotora prestataria su obligación de informar debidamente a los adquirentes de dichas viviendas de las condiciones del préstamo. Parece que en estos casos la obligación de informar no es de la entidad bancaria, sino de la promotora o vendedora de la vivienda, lo que parece coherente con el hecho de que es el adquirente de la vivienda el que pide al banco subrogarse en un préstamo anterior, petición que parece implicar necesariamente que el peticionario ya conoce ese préstamo.

La situación es aún más compleja en aquellos casos en que en la escritura de compraventa, interviene también la entidad bancaria para aceptar la subrogación y al mismo tiempo novar el préstamo, estableciéndose condiciones nuevas.

La solución ha de adoptarse caso por caso, verificando si el consumidor tuvo realmente oportunidad de conocer la escritura de préstamo en la que se subroga, si esta cumplía los requisitos de transparencia aplicables a la misma y, en todo caso, de haber novaciones, si se cumplen los controles de incorporación y transparencia con respecto a las mismas.

d) La jurisprudencia exige en relación con las cláusulas suelo, que el prestatario sea consumidor. La Directiva 93/13 sólo reconoce como consumidores a las personas físicas, pero el TJUE ha determinado que la Directiva es una norma de mínimos, por lo que cabe la ampliación en las legislaciones nacionales de la protección que dispensa. En la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se prevé la posibilidad de consumidores personas jurídicas, por lo que ha de entenderse aplicable la jurisprudencia sentada a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 a las mismas, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la legislación para ser consideradas consumidores.

e) Finalmente, ha de considerarse consolidada la jurisprudencia conforme a la cual la declaración de nulidad de la cláusula suelo no conlleva devolución de lo indebidamente cobrado sino a partir del 9 de mayo de 2013, decisión que, dado el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las exigencias de la seguridad jurídica, debe ser respetada, sin perjuicio de que se pueda cuestionar su validez frente al TJUE.

=====