

**Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía**

Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario

Trabajo fin de máster presentado por:

PABLO DE LA CUEVA TERRER

Titulación:

Master Universitario en el Ejercicio de la Abogacía

Área jurídica:

Derecho Mercantil

Directora:

Beatriz Sáenz de Jubera Higuero

Arrecife, Lanzarote

13 de Enero de 2.017

Firmado por:

Pablo de la Cueva Terrer

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
RESUMEN.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	9
II. 1. Normativa europea.....	9
II.2. Normativa española.....	11
III. CONCEPTO DE CLÁUSULA SUELO.....	13
III. 1. Lo que debiera explicar la entidad financiera.....	13
III.2. Lo que debiera explicar el notario.....	15
IV. LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO.....	17
V. LA CLAUSULA SUELO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO: EVOLUCIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS.....	20
VI. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	26
VI.1 Alegaciones de las entidades de crédito.....	26
VI.2 El control de las cláusulas abusivas en la UE.....	28
VI.3 Control previo de incorporación de la condición general al contrato.....	30
VI.4 El doble control de transparencia.....	32
VI.4.1 El control de inclusión de las condiciones generales.....	32
VI.4.2 El control de transparencia o de "comprensibilidad real".....	34
VI.5 El control de contenido: examen de abusividad.....	36
VII. RETROACTIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO.....	37

VII.1 Notas jurisprudenciales.....	37
VII.2 La STJUE de 21 de Diciembre de 2016.....	41
VIII. CONCLUSIONES.....	44
IX. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....	48
IX. 1. Fuentes doctrinales.....	48
IX.2. Fuentes normativas.....	52
IX.3. Fuentes jurisprudenciales.....	53

LISTADO DE ABREVIATURAS

ADICAE. Asociación para la Defensa de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros

AP. Audiencia Provincial.

ASUFIN. Asociación de Usuarios Financieros

BCE. Banco Central Europeo

BOE. Boletín Oficial del Estado

BOCG. Boletín Oficial de las Cortes Generales

CEE. Comunidad Económica Europea

CC. Código Civil

DCH. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

DCMR. Departamento de conducta de mercado y reclamaciones del Banco de España

FEIN. Ficha europea de información normalizada

INE. Instituto Nacional de Estadística

JMerc. Juzgado de lo Mercantil

LCGC. Ley sobre condiciones generales de contratación

LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil

LON. Ley Orgánica del Notariado

OM. Orden Ministerial

OMEHA. Orden del Ministerio de Economía y Hacienda

RCDI. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDBB. Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RN. Reglamento de la organización y régimen del Notariado

STS. Sentencia del Tribunal Supremo

STJUE. Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLGDCU. Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

TS. Tribunal Supremo

UE. Unión Europea

LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

RESUMEN

El siguiente estudio aborda las consecuencias, jurídicas, doctrinales y económicas, generadas por la inclusión de las cláusulas que limitan la variación del tipo de interés, las denominadas como cláusulas suelo, en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

Este problema desembocó en un enfrentamiento judicial entre los prestatarios que han alegado el perjuicio que han sufrido y las entidades financieras que han incluido en sus contratos de préstamo hipotecario las mencionadas cláusulas. En este trabajo se tratarán los diversos pronunciamientos judiciales y el estudio que al respecto aporta la doctrina, subrayando como cuestiones principales la licitud de las cláusulas suelo, siempre que se hayan sometido a unas condiciones determinadas, sus posibles causas de nulidad, el control de transparencia a la hora de incluirlas en los contratos de préstamo hipotecarios y su retroactividad o no, dependiendo de las diferentes sentencias que se han ido dictando al respecto, cuya consecuencia sería la devolución de las cantidades indebidamente cobradas a los prestatarios demandantes.

ABSTRACT

The following study addresses the legal, doctrinal and financial consequences caused by the inclusion in the general contract conditions of mortgage loans, of clauses that set a floor, or minimum, interest rate that borrowers have to pay even if the applicable reference rate, normally the Euribor, drops below that figure.

This issue has given rise to important legal confrontations between borrowers who allege the detriment caused to them by the floor clauses and the finance entities that included these clauses in their mortgage loan contracts. This work will examine some of the Court Rulings and study of same provided by doctrine, with special emphasis on: The legality of floor clauses in determined conditions, possible causes of nullity of same, transparency control, whether they can be considered to lack transparency and therefore to be abusive, as well as whether Court rulings should, or not, be retroactive, which would represent the obligation of finance entities to refund to borrowers claiming their rights, the amounts unduly charged in excess as a result of these clauses.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas suelo. Abusividad. Retroactividad. Consumidor.

KEY WORDS

Floor clauses. Abusive. Retroactivity. Consumer.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo que nos ocupa pretende abordar el estudio de los hitos fundamentales en la evolución jurídica, doctrinal y económica de las denominadas cláusulas suelo, esto es, aquellas cláusulas que, incluidas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, establecen un tipo de interés mínimo que el prestatario tiene por fuerza que abonar cada mes, impidiéndole beneficiarse de las posibles bajadas de los índices de referencia.

Y antes de abordarlo, quizá sea oportuno indicar que, una de las razones por las cuales nos decidimos a profundizar en los diversos problemas que plantean las cláusulas suelo, es la de haber padecido las consecuencias de esta cláusula considerada como abusiva, en el caso de que reúna una serie de requisitos que iremos estudiando a lo largo de este trabajo.

En mayo del año 2.006, mi mujer y yo compramos una vivienda en la provincia de Almería, firmando para ello un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad financiera “Cajamar, Caja Rural”. Después de alcanzar en el mes de julio del año 2.008 uno de sus máximos históricos, el índice de referencia, el Euríbor en este caso, comenzó su descenso. Fue en ese momento, al igual que otras muchas familias, cuando pudimos constatar que la cuota hipotecaria, a pesar del acusado descenso del índice de referencia, se mantenía inalterada después de cada revisión: la causa era la inclusión de una cláusula suelo por parte de la citada entidad.

A nuestro juicio y, con independencia de la multitud de sentencias que se han generado por la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, de los diferentes pronunciamientos que hace la doctrina al respecto, e incluso de las innumerables situaciones de precariedad económica que estas cláusulas han ocasionado en España, creemos que, desde un punto de vista jurídico, y en parte ético, el mayor interés de este trabajo radica en el estudio en profundidad de una situación polémica y controvertida, que ha enfrentado a los diferentes estamentos de nuestra sociedad, generando un gran interés social debido a la ingente cantidad de afectados.

Y queremos calificar esta situación de polémica, por el número de instituciones y de actores implicados, por la falta de acuerdo entre ellos y por las consecuencias económicas que están afectando a cientos de familias españolas, denunciadas, entre otros, por la Asociación de usuarios financieros (en adelante, ASUFIN), o por la Asociación para la Defensa de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (en adelante ADICAE) y que, entre otros motivos, provocan miles de desahucios anuales en todo el territorio nacional.

Por todo ello, creemos que es necesario analizar con detenimiento todo lo que ha estado sucediendo hasta este momento, para poder determinar con la mayor objetividad posible, si es del todo cierto que se actúa en esta materia por motivos vinculados a la protección del consumidor como parte más débil de la relación contractual, o si realmente los motivos son otros, como puede ser en última instancia la protección del sistema financiero español.

Podemos señalar que los antecedentes de nuestro estudio son las

consecuencias económicas padecidas por miles de españoles que, ignorando la existencia de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, se han visto abocados a abonar mensualmente, unas sumas de dinero que afectaron seriamente a su economía. Es importante recordar que el comienzo de las bajadas de los tipos de interés se produjo a consecuencia del comienzo de la crisis financiera en Europa. ¿Qué razón había para realizar dicha bajada?¹, la razón fundamental era la de tratar de reactivar una actividad económica claramente dañada, mejorando la capacidad de financiación tanto de familias, como de empresas².

Cabe entonces preguntarse: si el Banco Central Europeo (en adelante BCE), decidió comenzar una bajada de los tipos de interés para favorecer la economía ¿es lógico que, junto con esa medida, coexistan cláusulas a nivel nacional que limiten esas bajadas?

A lo largo de este trabajo nos plantearemos y estudiaremos esa legalidad, pero la “lógica” de su inclusión y de su permanencia choca frontalmente, precisamente, con la razón para que se produjera la mencionada bajada de los tipos de interés: la mejora de la capacidad de financiación.

La situación, como hemos podido ver a lo largo de estos años, ha provocado la interposición de numerosas demandas contra las entidades financieras involucradas, demandas que se resolvieron con resoluciones judiciales encontradas entre sí, hasta que tuvo lugar la primera sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) sobre esta materia en cuestión, STS 241/ 2013 de la Sala de lo civil, de 9 de mayo de 2013.

Esta sentencia abordó el problema de la legalidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, lo que puso fin a una situación procesal que empezó con la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, sentencia 246/2012, de 30 de septiembre, a la que siguió la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Sevilla, Sección quinta, de 7 de octubre de 2011, que fue recurrida en casación³. La STS 241/ 2013 de 9 de mayo, declaró la nulidad de las cláusulas suelo, dejando claro que el modo o la forma en que se incluían en los contratos, rompía el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es decir, perjudicaba a la parte más débil de la relación contractual, el prestatario. Pero, además de esta declaración de nulidad, el Tribunal Supremo (en adelante TS) establecía que no todas las cláusulas suelo eran nulas “per se”; si cumplían los requisitos legales exigidos en la Orden Ministerial (en adelante OM) de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, se podía declarar su licitud.

¹ PORTAL BBVA. 2016. *¿Qué consecuencias tiene una bajada de tipos de interés?*, [en línea]. [Consulta 5/12/2016]. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/noticias/economia/macro-economia/indicadores-economicos/consecuencias-una-bajada-tipos-interes/>.

² ROCA-ERRE, E. 2013. *¿Cómo afecta la bajada de tipos de interés a los activos financieros?* Rankia, [en línea]. [Consulta: 5/12/2016]. Disponible en: <http://www.rankia.com/blog/erre/2025216-como-afecta-bajada-tipos-interes-activos-financieros>

³ Ambas sentencias pueden consultarse en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. La del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, en el núm. 121 de la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2011, pág. 209 y ss., y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en el núm. 126 de la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, pág. 273 y ss.

Por esta razón, la sentencia del TS mencionada no zanjó de forma definitiva la cuestión y de hecho se ha seguido discutiendo la licitud de estas cláusulas o su nulidad, por su carácter abusivo y, a pesar del mencionado pronunciamiento, las entidades financieras (Cajas Rurales Reunidas, SCC y BBVA, S.A., al que se adhirieron NCG Banco, S.A.U) interpusieron un incidente de nulidad a dicha sentencia, incidente que fue desestimado por el Pleno de la Sala Primera del TS, en el Auto de 6 de noviembre de 2013, confirmando con ello su sentencia de 9 de mayo de ese mismo año a pesar de lo cual, algunos autores han seguido discrepando de esta decisión judicial⁴.

Además, cabe destacar que la sentencia del TS (en adelante STS) 241/2013 se pronunció sobre el control del objeto principal de la relación contractual cuando se tratase de condiciones generales de la contratación, es decir, fue más allá de la cuestión inicialmente planteada, que era el abuso que pudiera suponer la inclusión de estas cláusulas en un contrato de préstamo hipotecario.

En definitiva, una vez apreciada la nulidad de la cláusula suelo por ausencia de transparencia en el contrato, el Tribunal procedió a declarar la nulidad relativa, también denominada nulidad parcial contractual, y, además, estableció la irretroactividad de la sentencia. Esta última decisión ha sido objeto de una gran polémica y de numerosas críticas por parte de un sector de la doctrina⁵. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que establecer un criterio retroactivo "*generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público económico*".

Conforme avancemos en la exposición del trabajo, veremos cómo la STS 139/2015 de la Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2015, ha seguido esta misma línea al establecer la retroactividad parcial de las sentencias a fecha de mayo de 2013, es decir, estableció la obligación de restituir lo indebidamente pagado por un cliente a una entidad financiera, pero sólo a partir de la mencionada fecha. La consecuencia fue obvia: los prestatarios debían de dar por perdidas las cantidades abonadas a la entidad financiera con anterioridad a dicha fecha, aunque se declarase la nulidad de la cláusula contenida en su contrato de préstamo.

Teniendo en cuenta lo dicho, los objetivos de este estudio son la exposición de la situación judicial, doctrinal y legislativa generada por la existencia de las cláusulas suelo en España, así como la vida y consecuencias de estas cláusulas en los ámbitos mencionados. Esta vida, como hemos podido anticipar, ha estado condicionado por diversos hitos que podríamos catalogar de históricos, como lo son la STS 241/2013 de 9 de mayo y la STS 139/2015 de 25 de marzo de 2015 así como los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), los estudios que a este respecto aporta la doctrina y, por último, y no menos importante, el sentir general de todos cuantos nos hemos visto afectados por la limitación de la bajada de los tipos de interés.

⁴. Así, GONZALEZ CARRASCO, M.C. 2013. Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [en línea], nº 6, págs. 116-128. ISSN: 2254-2582. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/3427>

⁵ PERTÍNEZ VILCHEZ, F. 2013. Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Revista para el análisis del Derecho*, [en línea], nº julio de 2013, pág. 5. ISSN 1698-739X. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>

Toda esta evolución nos ha permitido, o al menos así lo esperamos, llegar a determinadas conclusiones, que son el verdadero objetivo de este trabajo, conclusiones que son las que realmente nos han permitido una síntesis más cabal del problema que abordamos.

En lo que al método que hemos seguido se refiere, este trabajo empieza exponiendo los conceptos básicos en los cuales nos basamos, a saber, que entendemos por cláusulas abusivas, que son las cláusulas suelo y que consecuencias comportan las mismas. A continuación, hemos estudiado la normativa vigente cuyo incumplimiento es objeto de control por parte del poder judicial, deteniéndonos en los tipos y grado de control que a los Tribunales les ha sido encomendado, es decir, que son de su exclusiva competencia. Nuestro siguiente paso ha consistido en analizar la evolución jurisprudencial con respecto a las sucesivas demandas interpuestas contra entidades financieras que han ido suscribiendo con sus clientes contratos de préstamo hipotecario con cláusulas suelo. Evolución dentro de la cual destacamos la STS 241/2013, de 9 de mayo y la STS 139/2015 de 25 de marzo y en especial una de las consecuencias de las mismas: el establecimiento de la retroactividad parcial de las sentencias desfavorables para las entidades financieras. Por último y utilizando todo lo expuesto, hemos terminado resumiendo las diferentes conclusiones a las que hemos podido llegar.

II. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

II. 1. Normativa europea

La norma de referencia que recoge la regulación esencial sobre este aspecto es la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Esta Directiva trataba de buscar la armonización de una cuestión, que hasta hacía poco carecía tanto de unanimidad, como de una legislación específica en determinados estados de la Unión europea (en adelante UE). Por este motivo el Consejo, se propuso dictar una Directiva, con el fin de dotar a todos los Estados Miembros de una normativa que solucionase este problema y favoreciese la contratación y los intercambios comerciales.

La Directiva en su artículo 2 define unos conceptos esenciales, que serán los que debemos de manejar y que debemos de tener en cuenta para el correcto entendimiento de las diferentes normativas y sentencias que vamos a tratar durante este trabajo. Estos conceptos son:

- El concepto de “cláusula abusiva”, remitiéndonos para ello al artículo 3 del mismo texto.
- El concepto de “consumidor”, al que define como *“toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional”*.
- Y el concepto de “profesional”, al que define como *“toda persona física o jurídica que, en las transacciones actúe dentro de su marco de su actividad”*

profesional, sea esta pública o privada”.

De estos tres conceptos el más importante para nosotros es el recogido en el artículo 3 de la misma. Este define las cláusulas abusivas como aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, a pesar de las exigencias de la buena fe contractual, causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor.

Debemos recordar que, a tenor del artículo 1.258 de nuestro Código Civil (en adelante CC.), la buena fe, como principio general del derecho, es un deber consustancial a todo contrato. Los contratos generan unos derechos y unos deberes recíprocos entre las partes, y, con carácter general, se entiende la buena fe como un deber de lealtad, de honradez, y de fidelidad en el cumplimiento de esas obligaciones.

También es de una especial importancia resaltar como requisito esencial para que se pueda considerar su abusividad, que exista una falta de negociación individual. ¿Cuándo se considera que una cláusula no ha sido negociada individualmente?: cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. La presente Directiva recalca⁶ que, en el caso de que el profesional, en este estudio las entidades bancarias, afirme que una cláusula tipo se ha negociado de forma individual, la carga de la prueba le corresponderá a dicho profesional, en otras palabras, es la entidad bancaria la que debe demostrar que se ha negociado de forma individual esa cláusula.

Debemos de considerar que el mero hecho de que se pueda demostrar que una cláusula haya sido negociada individualmente, no puede, ni debe conllevar necesariamente que dicha aceptación haya sido producto de una decisión libre por parte del contratante⁷. La negociación individual no es en modo alguno una garantía de que el consumidor que negocia lo haga con verdadero conocimiento. Por lo tanto, podemos afirmar que un consumidor, el prestatario en el caso que nos ocupa, está protegido si conoce tanto los precios, como los diferentes productos y las calidades de estos que ofrece el mercado. Es por esta razón por la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), siguiendo la Directiva 93/13 del Consejo, es cercano a la idea de que en la mayoría de los casos, el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al vendedor. ¿Por qué?: porque este dispone de una serie de conocimientos sobre los productos que comercializa y sobre los que existen en el mercado que le dan una ventaja respecto del primero, de ahí la necesidad de dotar a este último de una especial protección.

Del mismo modo debemos de considerar que no nos encontramos ante situaciones que puedan considerarse de igualdad: quizá en la época de bonanza económica el prestatario/cliente/consumidor estuviera en una posición que podríamos tildar de ventajosa respecto de las entidades financieras pues la oferta de condiciones “ventajosas” en los diferentes productos financieros era amplia y profusa, pero normalmente, son las entidades financieras las que imponen o fijan las

⁶ Artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J. 1998. Cláusulas abusivas, cláusulas predispostas y condiciones generales. *Anuario Jurídico de La Rioja*, [en línea]. Núm. 4, págs. 53-70. ISSN 1135-7096.

condiciones del préstamo, añadiendo al contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos que un particular no tiene más remedio que aceptar, si quiere obtener la financiación solicitada.

Por ello, siguiendo a la profesora Ana Isabel Berrocal Lanzarot, podemos afirmar que un contrato de préstamo es semejante en muchos de sus rasgos a los contratos de adhesión o contrato en masa, donde el adherente, en este caso la persona que solicita el préstamo, tiene frente al predisponente, la entidad financiera que lo concede, un escaso o nulo poder de negociación respecto de las diferentes cláusulas insertadas en los contratos denominémoslos “tipo”: el cliente podrá decidir si quiere o no suscribir el contrato de préstamo, es decir, tendrá libertad para contratar, pero esta no conlleva que tenga libertad contractual, es decir, libertad para decidir el contenido del contrato. Precisamente, como subraya la autora, esta es la esencia del desequilibrio entre ambas partes⁸.

II.2. Normativa española

El soporte y la base para el desarrollo de la legislación de consumidores y usuarios en España, la encontramos en el artículo 51 de la Constitución española, y de forma más concreta en su apartado nº 1: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Estos procedimientos y garantías se articulan a través de dos pilares básicos que son el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC).

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, vigente hasta el 01 de Diciembre de 2007, fue sustituida por el actual TRLGDCU aprobado el 16 de noviembre de 2007 cuya última actualización fue aprobada el 27 de marzo de 2014, entrando en vigor el 13 de junio de 2014. La razón última de esta evolución normativa ha sido la necesidad de trasponer al sistema normativo español a Directiva Europea de derechos de los consumidores, que hacía obsoleto el anterior cuerpo legislativo.

La LCGC por su parte, ya recoge claramente en su preámbulo cual es el objeto de la misma que no es otro que el de trasponer la ya mencionada Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.

Nos ha parecido de gran importancia aclarar desde el principio dos conceptos que suelen ir de la mano pero que en la realidad jurídica, son dos conceptos diferenciados: el de condición general de la contratación y el de cláusula abusiva.

⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I. 2015. Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Año nº 91, nº 752, págs. 3644-3664. ISSN 0210-0444.

Así, en el preámbulo de la LCGC se recoge de manera explícita: “Una cláusula es condición general cuando está predisputa e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva”, mientras que de las cláusulas abusivas recoge que son aquellas en las que “....en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

Para explicar el primero de los dos conceptos nos dirigiremos al artículo 1.1 de la LCGC que recoge qué, son condiciones generales de la contratación “las cláusulas predisputadas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

De esta definición podemos obtener o precisar los tres requisitos necesarios para que nos encontremos ante una condición general de la contratación: predisposición, imposición y habitualidad. A modo de corolario podemos decir que una cláusula es considerada como una condición general cuando viene predisputada e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes y, que el que se den estos requisitos, no conlleva necesariamente su abusividad⁹.

Para explicar el segundo de ellos nos dirigiremos al artículo 82.1 del TRLGDCU que, siguiendo lo recogido en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, determina que “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Las cláusulas abusivas sólo pueden aparecer en contratos en los que el predisponente es un empresario o un profesional, y el adherente es un consumidor o usuario, entendido como el destinatario final de los bienes o servicio objeto del contrato¹⁰.

Además de estos dos pilares básicos que sostienen la base para la defensa del consumidor, a la hora de analizar cualquier cláusula suelo, debemos de tener también en cuenta la normativa bancaria sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios contenida actualmente en la Orden

⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J.J. 2008. El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. *1 Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil, Barcelona*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, [en línea]. Disponible en: https://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Condiciones_generales_contratacion_JJ_Perez_Benitez.pdf

¹⁰ GÓMEZ-HIDALGO TERÁN, F. 2014. Las cláusulas abusivas y los criterios generales de abusividad. *Lefebvre - El Derecho*, [en línea]. [consulta: 18/12/2016]. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/clausulas-abusivas-criterios-generales-abusividad_11_743305003.html.

EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Esta, como viene recogido en su preámbulo¹¹, tiene un triple objetivo:

1.- Concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia superando la actual dispersión normativa.

2.- Actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito.

3.- Y, finalmente, la norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable.

III. CONCEPTO DE CLÁUSULA SUELO

III. 1. Lo que debiera explicar la entidad financiera

Desde un punto de vista meramente material, si hay algo que nos ha quedado claro después de realizar este estudio, es que las palabras pueden ser utilizadas para comunicarnos y entendernos o sólo para hacernos oír. Un ejemplo de lo que acabamos de afirmar es fácilmente apreciable en algo tan sencillo de explicar cómo es la existencia de una cláusula suelo en un contrato hipotecario.

Si no queremos que nuestro interlocutor nos entienda, tan solo tenemos que buscar las palabras adecuadas para ello; baste con decir que en nuestro contrato de préstamo con garantía hipotecaria se insertó una cláusula que limitaba a la baja la variación del tipo de interés aplicable. A sensu contrario, si lo que queremos es hacernos entender, diremos sencillamente que en nuestra hipoteca tenemos una cláusula suelo.

Exactamente lo mismo pasa cuando tratamos de explicar lo que es una cláusula suelo. Podemos decir que las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés, son estipulaciones contractuales que se insertan en los contratos de préstamos hipotecarios con el objeto de limitar la bajada de los tipos de interés, cuando estos son variables, hasta un tope fijado en el contrato que, de ordinario, suele ser superior al 3%¹². O podemos decirlo de una forma comprensible para cualquier persona, esté o no versada en leyes: son aquellas cláusulas que establecen un tipo de interés mínimo que el cliente tendrá que abonar mensualmente en sus cuotas hipotecarias, con independencia de lo que pueda bajar el índice de referencia.

¹¹ España. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Boletín Oficial del Estado, de 29 de octubre de 2011, núm. 261, pp. 113242-113283.

¹² OLIVA LEÓN, R. 2015. Cláusulas suelo (definición y jurisprudencia). *Blog Lenguaje Jurídico. lenguajejurídico.com*, [en línea]. [Consulta: 19 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.lenguajejurídico.com/clausulas-suelo-definición/>

Esto quiere decir que, una vez establecido lo que se denomina suelo hipotecario, si el tipo de interés de referencia¹³, desciende por debajo de éste “suelo”, el prestatario no podrá beneficiarse de dicha rebaja en las cuotas mensuales de su préstamo hipotecario.

Explicado de una forma absolutamente meridiana cabría simplificarlo aún más: por mucho que baje el índice de referencia, el prestatario seguirá pagando la misma cuota mensual, ¿por qué? porque tiene un tope mínimo que impide que esa cuota baje y que el mismo firmó sin saberlo.

Aunque esto será materia de estudio en los puntos siguientes, cabe decir que esta explicación es la que nunca da la entidad financiera con la que se suscribe el contrato de préstamo y que, en un gran porcentaje de los casos, tampoco es explicada, aunque si leída, por el notario correspondiente.

Observemos una redacción típica, a modo de ejemplo, de la citada cláusula:

A.- En la cláusula 8.1 se fija un tipo de interés inicial fijo hasta el día 4 de mayo de 2006 al 3,75% anual.

B.- En la cláusula 8.2 se fija un tipo de interés variable a partir del 4 de Mayo del 2.006, que se determinará mediante la adición de un margen o diferencial del 1,50% al tipo de interés de referencia.

C.- En la cláusula 8.3 se establece como tipo de interés de referencia el Tipo Interbancario a 1 año, el denominado como “Euribor”.

D.- En la cláusula 8.4 “Límite a la variación del tipo de interés aplicable” se establece que, no obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,50%.

Huelga decir que es una cláusula que, como podemos observar se redacta en apenas cuatro líneas: cuatro líneas que están rigiendo el contrato de préstamo y parte de la vida económica de muchos miles de familias españolas. Conviene resaltar que a lo largo de nuestra corta vida profesional hemos llegado a tener en nuestras manos escrituras de préstamo de casi cincuenta folios notariales, siendo lo normal una media de entre treinta y cinco y cuarenta folios notariales: la cláusula suelo objeto de este estudio se inserta en tan solo cuatro líneas. Sin más explicación, sin más detalle.

Más adelante volveremos a ver las implicaciones que tiene la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre y su artículo 26, que recoge la obligación de las entidades de presentar al menos tres cuotas de amortización, o dicho de otra forma, tres simulaciones, que recojan diferentes escenarios que se crean a partir de la utilización de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años.

¹³ El más utilizado es el conocido como Euribor, acrónimo de *Euro Interbank Offered Rate*, es decir, tipo europeo de oferta interbancaria.

III.2. Lo que debiera explicar el notario

“El notario es un funcionario público del Estado que debe proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica que promete la Constitución en su artículo 9º en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial. Al tiempo es un profesional del Derecho que ejerce en régimen de competencia. Esta doble calidad garantiza su independencia”¹⁴.

No creemos que este trabajo deba ahondar en esta última afirmación, aunque cabría, de forma fundamentada, ponerla en tela de juicio. Lo que sí cabe preguntarse es si realmente los notarios han aportado durante todos estos años en los que se ha producido la eclosión de las cláusulas suelo, la seguridad jurídica prometida por nuestra Constitución.

Si acudimos a la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo 1862, (en adelante LON) podremos comprobar que el artículo 23 recoge la obligación del notario de dar fe de haber leído a las partes, en este caso la escritura del contrato de préstamo hipotecario, de forma íntegra. Si después de leer este artículo acudimos al Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante RN) y de forma más concreta a su artículo 193, podremos entender que cuando el legislador se refiere a una “lectura íntegra”, no se refiere a una mera lectura de la escritura, sino que está hablando de comprensión: debe de comprenderse y entenderse de tal forma que se tenga un preciso conocimiento tanto del alcance de la misma, como de sus consecuencias, el artículo dice textualmente “para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes”

Queremos recoger en este apartado las palabras del Ilustre notario de la ciudad de Valencia, D. Fernando Olaizola acerca del pronunciamiento del TS sobre las cláusulas suelo que guardan relación directa con los artículos anteriormente citados:

“La intervención notarial, con la lectura y explicación del documento por el notario a las partes, elimina pues el efecto sorpresa sin necesidad de manos rojas ni calaveras, y excluye la posibilidad de que en el contrato formalizado notarialmente se contengan cláusulas insólitas”¹⁵.

Como graduados en derecho, como firmantes de un contrato de préstamo hipotecario y como representantes legales de diecisiete familias que han demandado a diferentes entidades bancarias por la inclusión de este tipo de cláusulas en sus contratos, no podemos estar más en desacuerdo con estas palabras: podemos asegurar que tanto para nosotros, como para estas diecisiete familias, como para otras tantas miles en España a lo largo de todos estos años, nuestros contratos de

¹⁴ Consejo General del Notariado. Quien es el notario. *Notariado.org*, [en línea]. [Consulta: 11 de diciembre de 2016]. Disponible en: <https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/quien-es-el-notario>

¹⁵ OLAIZOLA MARTINEZ, F. 2013. El Tribunal Supremo, la cláusula suelo, las manos rojas y la psicoeconomía. *El notario del siglo XXI*, [en línea]. [Consulta: 16 de diciembre 2016]. Disponible en: <http://www.olaizolanotario.es/el-tribunal-supremo-la-clausula-suelo-las-manos-rojas-y-la-psicoeconomia/>

préstamo si contenían una cláusula “insólita”: tan insólita que el TS ha declarado, bajo ciertas condiciones, su abusividad y, en consecuencia, su nulidad.

Es cierto que se debiera de acudir al notario con un listado de dudas, que debiéramos de preguntarle todo aquello que no entendemos, que debiéramos pedir, las veces que fueran necesarias, todas las aclaraciones para alcanzar ese conocimiento cabal del alcance y de los efectos de los contratos que suscribimos¹⁶, pero no es menos cierto que, mientras que la entidad financiera redacta el contrato incluyendo la consabida cláusula, el notario encargado de hacernosla comprender, se limita, en la mayoría de las ocasiones, a tan solo leerla, y en el mejor de los casos, a reseñar su existencia.

Al respecto, el profesor Francisco Pertíñez Vílchez, como recoge citándolo textualmente la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Santander de 18 octubre 2013¹⁷, escribe:

“Además, es de destacar el carácter exiguo de los deberes informativos de la Orden de 5 de mayo de 1994, que en la práctica se sustancian en un simple “firme usted aquí” (la oferta vinculante) y en una advertencia de la existencia de la cláusula suelo, sólo cuando a juicio del notario, no haya equilibrio entre la limitación al alza y a la baja, en el mismo momento conclusivo del contrato, momento que no es propicio para que el consumidor se replantee una decisión previamente adoptada a partir de una información incompleta”¹⁸

Lo más frecuente es que, personas que no han visitado jamás una notaría, en un mismo día firmen dos escrituras diferentes: la de compra venta y la del contrato de préstamo hipotecario. Un día en el que se mezcla ilusión y nerviosismo a partes iguales, y un momento que, como muy acertadamente señala el profesor Pertíñez, no es en absoluto propicio para replantearse una decisión ya tomada.

Que el consumidor/prestatario se equivoca al firmar un contrato que le atará prácticamente media vida sin haberse preocupado de tener toda la información, estamos de acuerdo; que la entidad bancaria ha sido la encargada de introducir en el contrato una cláusula que la mayoría de las veces es considerada como abusiva, también es cierto, pero no podemos soslayar el hecho irrefutable de que si los notarios se atuvieran al citado artículo 193 del RN, nadie saldría de la notaría sin el cabal conocimiento del alcance y los efectos de lo que firma.

Abandonando el plano de la especulación y centrándonos en el plano puramente legal, hemos de reseñar que el área de influencia de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, también afecta de forma directa y muy particularmente a la figura de los notarios, en concreto el artículo 30.3 de la misma recoge la obligación

¹⁶ El Ilustre notario de Alicante D. Antonio Ripoll Soler así lo explica en “*El blog del notario*”, en un artículo llamado “50 preguntas al notario antes de firmar un préstamo”. Disponible en: <https://pildoraslegales.com/2014/10/18/50-preguntas-notario-antes-firma-prestamo/>

¹⁷ España. Juzgado de lo Mercantil de Santander (Cantabria), núm.1. Sentencia 1859/2013 de 18 octubre.

¹⁸ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. 2013. Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Revista para el análisis del Derecho*, [en línea]. Núm. julio de 2013, pág. 5. ISSN 1698-739X. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>

que tienen los notarios de advertir de la existencia de cláusulas que limiten la variación de los tipos de interés, “advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

- Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
- Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés”.¹⁹

Es decir, que el notario no se debe de limitar a leer la escritura de préstamo, sino que debe de advertir de la existencia de la cláusula de limitación y, además, hacerle entender al futuro prestatario de los efectos y las consecuencias que la misma acarrea. Como hemos podido constatar en el punto anterior; explicar una cláusula suelo, es una tarea bastante sencilla de cumplir.

IV. LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Antes de abordar el tema de si son o no lícitas las cláusulas suelo, debemos de preguntarnos cuál es la razón de su existencia, su razón de ser. El Banco de España, en su Informe de 7 de mayo de 2010²⁰, sostiene que estas cláusulas permiten a las entidades financieras mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios. Este “rendimiento mínimo” es el que les permite cubrir los gastos que les supone ese tipo de financiaciones. Asimismo podemos entender que, de no poder cubrir esos gastos mínimos, para las entidades bancarias no sería un negocio conceder este tipo de préstamos y se produciría o bien una disminución del crédito hipotecario disponible o bien el aumento del coste del crédito, así como la reducción del plazo de las operaciones²¹.

La pregunta que cabría hacerse ante este planteamiento es el siguiente, si a tenor de la tesis expuesta por el Banco de España las entidades financieras necesitan ese rendimiento mínimo para que dichas operaciones les sean, no ya rentables, si no para que no sean gravosas para sus intereses ¿Por qué se conceden préstamos con intereses mucho más bajos que los estipulados en esas cláusulas suelo?, si dichas cláusulas se sitúan, como regla general, en una media que oscila entre el 3.00% y el 4,50% ¿Cómo se pueden conceder actualmente créditos a Euribor más 0,99 % (BBVA, Banco de Santander) o a Euribor más 1,25% (La Caixa) estando la media provisional del mes de noviembre de 2016 en -0,074 y la del mes de diciembre de 2016 en -0,08%²².

¹⁹ España. Artículo 30 de la España. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Boletín Oficial del Estado, de 29 de octubre de 2011, núm. 261, pp. 113242- 113283.

²⁰ España. Banco de España. Informe de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios. Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 7 de mayo de 2010, núm. 457, p. 12.

²¹ MARQUES MOSQUERA, C. 2014. Las cláusulas suelo. *Cuadernos de derecho y comercio*, [en línea]. N° Extraordinario-2014, págs. 251-266. [Consulta: 11 de diciembre de 2016] ISSN: 1575-4812.

²² Euribor-rates.eu [en línea]. [Consulta: 11 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://es.euribor-rates.eu/tipos-de-interes-Euribor-por-ano.asp>

Si tratamos de dilucidar la licitud o ilicitud que puede suponer la inclusión de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario, debemos hacer hincapié en que, tal y como subraya la STS de 9 de mayo de 2013, el aspecto decisivo para constatar su ilegalidad, no es sino la absoluta falta de información y de transparencia por parte de las entidades financieras con respecto a los prestatarios, sus clientes, a la hora de firmar el mencionado contrato.

De acuerdo con las resoluciones precedentes en primera instancia y en apelación, esta sentencia del TS, sostuvo que las cláusulas suelo son, en principio, lícitas. Razón por la cual, su inclusión en un contrato de préstamo hipotecario no podía suponer, de forma automática, su nulidad ya que, a priori, su validez estaría amparada por la autonomía de la voluntad y por la propia normativa sectorial, que admite su existencia.

“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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”.

La sentencia del TS, declara lícitas las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, cuando existe transparencia y claridad en la información facilitada sobre dicha cláusula a los consumidores²³. A sensu contrario, podemos decir que el rasgo fundamental que define la ilicitud de la cláusula es que el cliente firma un contrato cuyas consecuencias desconoce puesto que no está informado de lo que la sentencia denomina “comportamiento previsible del índice” y de las que además no es advertido o asesorado claramente con carácter previo. Es decir, se parte de la premisa de que la “cláusula suelo” es lícita, pero ello no obsta a que se pueda haber incluido en el contrato de préstamo sin haber advertido previamente al prestatario, bien de su inclusión en el contrato, bien lo que supone dicha inclusión²⁴.

La pregunta que cabe hacerse es ¿por qué no se da una sencilla explicación que exponga simplemente que en el contrato se incluye una cláusula que establece que, por mucho que baje el índice de referencia, su hipoteca no va a bajar?; y esto lleva consecuentemente a hacerse la siguiente reflexión: ¿Cuál es el interés de la entidad financiera en no dar esa sencilla explicación? Las respuestas en ambos casos parecen bastante obvias: conseguir unos mayores beneficios.

La importancia de dicha cláusula y sus repercusiones a la hora de responder a la obligación que se adquiere con la otra parte de la relación contractual, la entidad financiera, es tal, que entendemos que las cláusulas que limitan la variación del tipo

²³ PEYRA, J. M. 2013. Anulación de la cláusula suelo: principales criterios fijados por la primera sentencia del Tribunal Supremo. *DiarioJurídico.com*, [en línea]. [Consulta: 12 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.diariojuridico.com/anulacion-de-la-clausula-suelo-principales-criterios-fijados-por-la-primer-sentencia-del-tribunal-supremo/>

²⁴ VILLAR FORNOS, J.L. 2013. Cláusulas suelo y techo: ¿Son legales?, ¿Se puede solicitar su anulación? *Capitalibre*, [en línea]. [Consulta: 12 de diciembre de 2016] Disponible en: <https://capitalibre.com/2013/06/clausulas-suelo-y-techo-legales-solicitar-anulacion>

de interés en un contrato de préstamo son un aspecto clave del objeto principal del contrato que las entidades financieras no pueden contemplar como si se tratara de elementos secundarios de la relación contractual²⁵.

A ello debemos añadir el hecho de que estas cláusulas suelen incluirse entre tal cantidad de datos que, de hecho, en vez de revestir la importancia que deben como elemento esencial del contrato que regirá una parte importante de la vida del mismo, quedan camufladas entre un mar de datos que “distractores” la atención de la parte contratante. Es muy frecuente que la firma del contrato de préstamo se realice sin el menor conocimiento de lo que son las cláusulas suelo y de las consecuencias que comportan. Por ello, estas situaciones son consideradas, por cada vez más prestatarios, como abusivas y poco transparentes y, por ende, susceptibles de ser llevadas a los tribunales.

Llegados a este extremo, podemos constatar cómo los tribunales están defendiendo a la parte más débil de estas relaciones contractuales, teniendo en cuenta las normas que regulan los créditos hipotecarios, las normas por las que se rigen las entidades financieras, las condiciones generales de contratación, así como la legislación vigente en lo que a los Consumidores y Usuarios se refiere.

Como hemos podido ver en el desarrollo de los puntos anteriores, las cláusulas suelo son por tanto lícitas y están reguladas, en mayor o menor medida, en las siguientes leyes:

- Ley 2/2009 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, Reestructuración del Deuda y Alquiler Social.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Así como por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda (en adelante OMEHA) 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

La regulación contenida en esta normativa fue uno de los argumentos sostenidos por las entidades de crédito ante los tribunales, en defensa de la validez de las cláusulas suelo donde además, alegaron la imposibilidad de que fueran sometidas a la LCGC, cuyo artículo 4.2 dispone que éstas no serán de aplicación a las condiciones generales “reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

No obstante, el hecho de que estas cláusulas hayan sido objeto de regulación, no nos permite presumir su validez en todos los casos, y presuponer que éstas escapan del control establecido por la LCGC, por más que las entidades demandadas defiendan exactamente lo contrario.

²⁵ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. 2014. La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate. *Diario la Ley, Sección Documento on-line*, [en línea]. Núm. 8279, pág. 5. ISSN 1989-6913. Extracto en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4882-la-cla-sula-suelo-en-los-prestamos-hipotecarios:-una-discusion-abierta-para-el-debate/>

Los demás problemas planteados con respecto a la licitud de las cláusulas suelo están relacionados con las condiciones generales del objeto principal del contrato. Dichas cuestiones fueron analizadas por la sentencia, que, como hemos dicho, tiene un interés especial, porque la doctrina del Supremo no se limitaba al ámbito de la cláusula suelo, sino que contemplaba otros supuestos de contratación con condiciones generales²⁶.

V. LA CLAUSULA SUELO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO: EVOLUCIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS

Lo primero que debemos hacer con respecto a la consideración de las cláusulas suelo como elemento esencial del contrato, es verificar si, efectivamente, este tipo de cláusulas forman parte del objeto esencial del contrato para posteriormente analizar sus consecuencias, puesto que el tratamiento jurídico del contenido esencial del contrato tiene particularidades con respecto a la regulación de las condiciones generales de contratación y respecto de la regulación de las cláusulas abusivas. Como expone con claridad la Ilustre Notaria Cristina Marqués Mosquera²⁷: “la cuestión no es baladí, pues tal calificación implica la posible aplicación a las mismas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuyo artículo 8.2²⁸ declara la nulidad de las condiciones generales abusivas”.

Es cierto que no es fácil encontrar criterios suficientemente precisos para determinar si estas cláusulas forman parte del objeto esencial del contrato de préstamo hipotecario, y este hecho ha dado pie a pronunciamientos muy dispares sobre esta cuestión, tanto en primera instancia como en apelación.

Conviene recordar que el proceso judicial que desembocó en la STS 241/2013, de 9 de mayo, empezó en el año 2010 ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Sevilla, que dictó su sentencia nº 246/10, del 30 de Septiembre, en respuesta a la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (en adelante Ausbanc) contra las siguientes entidades de crédito: BBVA, Cajamar y Caixa Galicia. En esta sentencia se declaró la nulidad de las cláusulas suelo. Este fallo conllevaba la eliminación de las mismas de aquellos contratos que las incluyesen y la prohibición de utilizarlas en contratos sucesivos.

Este Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla²⁹, sostuvo que las cláusulas suelo no podían ser reputadas como elemento esencial del contrato, en este caso

²⁶ MARTINEZ ESCRIBANO, C. 2014. Cláusulas suelo: ¿Se puede negociar con el banco? *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, [en línea]. Año nº 33, Nº 133, págs. 295-344. ISSN: 0211-6138. Extracto en: <http://abogadoscanovas.com/wp-content/uploads/2015/06/ARTICULO-CL%C3%81USULAS-SUELO.pdf>

²⁷ MARQUES MOSQUERA, C. 2014. Las cláusulas suelo. *Cuadernos de derecho y comercio*, [en línea]. Nº Extraordinario-2014, págs. 251-266. [Consulta: 14 de diciembre de 2016]. ISSN: 1575-4812.

²⁸ España. Artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de abril de 1998, núm. 89, pp. 12304 a 12314. “En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

²⁹ España. Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 2 de Sevilla. Sentencia 246/10 de 30 de septiembre, Fundamento de Derecho Tercero.

concreto como elemento esencial del precio, puesto que, aunque evidentemente inciden en la determinación de la deuda mensual con la entidad financiera, se pueden considerar como un elemento accesorio del mismo. De acuerdo con este punto de vista, dichas cláusulas sirven simplemente de control o de limitación a la fluctuación de unos intereses concebidos como variables, dicho de otra forma más clarificadora: serían unas cláusulas limitadoras y accesorias de otras principales, cuyo objeto es determinar el tipo de interés que se va a aplicar al préstamo, y que son las que realmente si constituyen un elemento esencial del contrato.

En el polo opuesto encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Sevilla de 7 de octubre de 2011³⁰, sentencia que revocaba la anteriormente citada, y cuyo argumento más importante para fundamentar la mencionada revocación, fue el de que las cláusulas suelo no estaban sujetas al control de abusividad establecido por la legislación en materia de consumidores y usuarios.³¹ Esta sentencia mantuvo la tesis opuesta a la del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, entendiendo que las cláusulas suelo, al afectar al precio del contrato, se debían considerar como un elemento definitorio del mismo y, por ende, como elemento esencial del mismo³².

¿Cuál fue el razonamiento seguido por la AP y por otras sentencias posteriores?³³ Se parte de la base de que los intereses de los contratos de préstamo son realmente el “precio” de la relación contractual. Por ello, el prestatario podrá optar libremente por un tipo de interés fijo o por uno variable. Éste último suele ser inferior aunque va a estar sujeto a las oscilaciones del mercado, lo cual supone un riesgo tanto para el prestatario, como para la entidad crediticia. ¿Cómo se puede reducir este riesgo?, mediante los denominados “pactos de limitación de intereses”. En consecuencia dichos pactos van a formar parte inescindible del precio, puesto que son uno de los factores a tener en cuenta a la hora de establecer los intereses y por tanto y como resultado de estos, la cuota hipotecaria que se va a pagar en un contrato de préstamo con interés variable. La Audiencia por tanto, al entender que las cláusulas suelo eran un elemento esencial del contrato, contrato como tal negociado por las partes, y del que se presuponía que las cláusulas contenidas en el mismo habían sido objeto de una libre y voluntaria aceptación por las mismas y en las que no se producía un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, no consideró que las cláusulas suelo tuvieran naturaleza de condiciones generales de la contratación abusivas³⁴.

Ahora bien, los argumentos recogidos por la sentencia de apelación no eran conformes con la sentencia del 3 de junio de 2010 del TJUE, en la que este Tribunal

³⁰ España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. Sentencia 1569/2011 de 7 de octubre Fundamento de Derecho Quinto.

³¹ España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. Sentencia 348/2010 de 7 de octubre, Fundamento de Derecho Quinto.

³² DE PUIG MATEU, J; DE PUIG VILADRICH, J. 2013. El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, [en línea]. N°. 5, págs. 157-162. ISSN 1889-4380

³³ En este sentido, véase la sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid, de 3 de febrero de 2012 (AC 2012, 1249) , la sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Jaén, de 7 de febrero de 2012 (AC 2012, 328) , o la sentencia de la AP de Jaén, de 14 mayo de 2012 (JUR 2012, 355078) .

³⁴ PÉREZ CONESA, C. 2013. Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, [en línea]. Núm. 4, Vol. 2, págs. 39-47. ISSN 2174-1840

declaró que el hecho de reconocer que una determinada cláusula tuviera carácter esencial, no puede constituir un impedimento a la hora de someterla a un control de abusividad³⁵. La doctrina del TJUE en la materia que nos ocupa, fue seguida en España por el propio TS como se desprende de sus distintas resoluciones (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 y 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015) y sin que podamos dejar de mencionar, las numerosas sentencias dictadas en primera instancia que se adhirieron a esta tesis y por las cuales ha sido declarada la nulidad de las cláusulas suelo por abusivas y la consiguiente condena de las entidades financieras³⁶.

A todo lo expuesto hay que añadir que el Banco de España, en su informe elaborado a petición del Pleno del Senado (23 de septiembre de 2009) y de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (26 de enero de 2010) sobre determinadas cláusulas presentes en los contratos de préstamo hipotecario³⁷, consideró que la obligación principal del prestatario en los contratos celebrados con entidades crediticias, era la restitución del capital y de los intereses, por esta razón, el tipo de interés del préstamo, es una parte fundamental de lo estipulado en el contrato. En definitiva, los intereses son el precio del dinero prestado, razón por la cual, conjuntamente con los pactos que limitan su alcance, forman parte del contenido esencial de la relación contractual.

Es muy importante volver a subrayar que el TS sostiene que las cláusulas suelo son lícitas y que el hecho de incluirlas en contratos de préstamo hipotecario a interés variable obedece a razones objetivas, por lo que no puede concluirse que se trate, con carácter general, de cláusulas inusuales o extravagantes. La consecuencia ulterior de la licitud de las cláusulas es que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo está basada en la falta de transparencia, observada de una forma individualizada, en el momento de su inclusión en los contratos, y que, por lo tanto, el cauce para determinar si una cláusula suelo es nula consiste en probar si la entidad financiera facilitó al prestatario toda la información y los elementos de juicio necesarios para poder firmar el contrato de préstamo de forma libre y conscientemente.

A pesar de todo lo expuesto, un sector de la doctrina echó en falta que el TS estableciese unos criterios generales que permitiesen de una forma objetiva determinar cuándo estamos ante cláusulas relativas al objeto principal del contrato,

³⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Caja Madrid vs Ausbanc (TJCE\2010\162), Sentencia de 3 de junio de 2010, según la cual "en el ordenamiento jurídico español, como señala el TS, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

³⁶ En este sentido, citamos, entre otras, varias sentencias de Juzgados de Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011; sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Málaga, de 20 de diciembre de 2011, sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Toledo de 19 de octubre de 2015, sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 5 de marzo de 2015.

³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, del Senado, serie I, de 7 de mayo de 2010, núm. 457, pp. 12 y ss.

esenciales, lo que nos permitiría en el futuro poder solventar esta cuestión con garantías, en relación a esta y a otras cláusulas contractuales.³⁸

Lo cierto es que la STS de 9 de mayo, refleja las diversas posturas doctrinales relativas al significado que debemos dar a las cláusulas que describen el objeto principal del contrato, aunque no se adhiera abiertamente a ninguna de ellas.

1.- La primera de éstas posturas limita el concepto de “cláusula principal” a aquellas que definen de forma directa el objeto principal del contrato, considerando todas las demás cláusulas como cláusulas accesorias. Esta postura, obviamente, excluye las cláusulas suelo como elemento esencial del contrato de préstamo.

2.- La segunda de las posturas doctrinales se centra en la relación objetiva existente entre el objeto principal del contrato y la cláusula que se cuestione, de tal manera que todo lo que se refiera al precio en un contrato oneroso, elemento esencial del mismo, por improbable o irrelevante que sea, forma parte de su objeto principal.

3.- La última de las posturas atiende a la importancia que tiene la cláusula controvertida para el consumidor, así como su incidencia en el comportamiento económico y el devenir del contrato.

El TS, pese a no haberse decantado abiertamente por ninguna de estas tres posturas doctrinales, al haber considerado en la sentencia de referencia que las cláusulas suelo son una parte inescindible del precio, las está considerando como objeto principal del contrato, por lo que parece que, aunque no se trate de una afirmación categórica que pueda afianzar las garantías exigibles de cara a otros supuestos similares, nuestro más alto tribunal se decanta por la segunda postura.

Sea como fuere, hubiera sido deseable un pronunciamiento mucho más claro del Tribunal con respecto a una cuestión que tantos problemas está generando.

Al mes siguiente de publicarse la STS 241/2013, el 3 de junio de 2013, la Sala primera del TS³⁹ hizo público un Auto de aclaración de dicha sentencia, centrado, fundamentalmente, en los siguientes aspectos:

- Primero: insistió en que en la STS 241/2013 se declaró la nulidad de las cláusulas suelo por la concurrencia de hasta seis circunstancias, que expondremos posteriormente al abordar el control de la transparencia.

- Segundo: declaró que no es necesario que concurran simultáneamente todas estas circunstancias y que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia e incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión después de haber sido informado cumplidamente,

³⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. 2013. El control de cláusula abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio 2012 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [en línea]. Núm. 6, pp. 113 y ss. ISSN-e: 2254-2582. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/download/313/276>

³⁹ España. Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Auto de aclaración de 3 de Junio de 2013 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre las denominadas cláusulas suelo.

constituye un resultado que no puede sustituirse por el cumplimiento de formalismos carentes de eficacia en este sentido.

- Tercero: declaró que las cláusulas suelo pueden ser nulas, aunque el consumidor se hubiera beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia.

El resto de resoluciones posteriores que conforman el mapa completo de la jurisprudencia en nuestro país, afectan más en concreto a la polémica suscitada por la posible retroactividad de la cláusula suelo que a su consideración como elemento esencial del contrato y, por tanto, serán tratadas de forma más exhaustiva en el punto correspondiente.

Dentro del ámbito legislativo, podemos señalar que el 14 de mayo de 2013 se promulgó la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, varias de cuyas modificaciones se adoptaron, como indica el preámbulo de la propia ley, "como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (en adelante STJUE) de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril". Es importante destacar que el art. 6 de esta ley establece la obligación de que se incluya en el contrato de préstamo hipotecario, junto a la firma del cliente, un manuscrito del prestatario en el que deje constancia de que ha sido advertido previamente de los posibles riesgos de firmar el contrato, en el caso de que en este se hayan estipulado cláusulas que limiten las variaciones del tipo de interés, aspecto que se refiere tanto a la inclusión de cláusulas suelo, como al de inclusión de cláusulas techo.

El 4 de febrero de 2014, se promulgó la Directiva 2014/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante DCH), en la que se exige la inclusión de la "Ficha europea de información normalizada"⁴⁰ (en adelante FEIN) de los límites a la variabilidad del tipo de interés, sean máximos o mínimos. Esta ficha tiene como función "la de contribuir a la formación de una decisión fundada en el consumidor respecto de la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito"⁴¹, como recoge el Art. 14.1 de la DCH.

Una vez abordada la cuestión de si las cláusulas suelo son parte del contenido esencial del contrato, debemos profundizar en sus consecuencias y, por tanto, en el control que pueden ejercer los tribunales sobre su validez, cuestión que se abordará de una forma más profusa, en el epígrafe VI de este trabajo.

El hecho de que las cláusulas suelo sean consideradas, a juicio del TS, como elemento esencial del contrato, podría considerarse a priori como un impedimento

⁴⁰ Unión Europea. Artículo 14.2 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

⁴¹ DIEZ DE LOS RIOS FLORES, M. La ficha europea sobre el crédito hipotecario (FEIN). En FLORES DOÑA, M. DE LA S. (ed.) *El Préstamo Hipotecario y el Mercado del Crédito en la Unión Europea*. Madrid. Dykinson. Pág. 379

para que éstas sean a la vez consideradas como una condición general de la contratación. De hecho esta fue la postura mantenida por la AP de Sevilla: en la mencionada sentencia, la AP sostuvo que estas cláusulas eran parte esencial del contrato, y por lo tanto, que fueron necesariamente conocidas por el prestatario. Como parte esencial del contrato, las consideró como un "... elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad..."⁴². De acuerdo con este razonamiento, negó que dichas cláusulas pudiesen ser consideradas como condiciones generales de la contratación, ya que se refirieren a elementos esenciales del contrato que el consumidor conoce y acepta de forma voluntaria y libre.

Sin embargo, este planteamiento es erróneo como indica el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, al afirmar que "en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y de hecho, para la parte empresarial probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales está precisamente en la definición de éste", añadiendo después: "...no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al hacer la oferta, pudo imponer al consumidor una cláusula no deseada por éste que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza elemental para ser consentida e incorporada al contrato".

Pero es que además se ha de tener en cuenta que dichas cláusulas, fueron redactadas con carácter previo y han de ser entendidas como impuestas desde el momento en que no han sido negociadas de forma individual. Es cierto que el cliente puede libremente, firmar el contrato o no hacerlo, pero no tiene libertad para establecer, de mutuo acuerdo, el contenido de dicho contrato que es decidido por la otra parte, en nuestro caso, por la entidad de crédito. El hecho de que se pueda elegir entre los diversos contratos que ofrece el sector financiero, no significa que se trate de una verdadera negociación, puesto que el cliente no va a poder alterar el contenido del contrato previamente configurado por la entidad.

El TS también indica en la misma sentencia citada, que los servicios financieros y bancarios están muy estandarizados, por lo que es muy frecuente que las cláusulas sean impuestas por la entidad financiera, lo cual no confiere licitud "per se" a todas las cláusulas del contrato. Lo verdaderamente relevante con respecto a la licitud de las cláusulas contractuales es que, aunque el contenido del contrato no se someta a una negociación caso por caso, el cliente haya tenido capacidad para comparar ofertas, lo cual no siempre es posible dada la complejidad del ámbito que nos ocupa. Por eso se refiere el Supremo al concepto de "cliente cautivo".

Una vez establecido que las cláusulas suelo son consideradas como condiciones generales de contratación y que, a la vez, pueden ser consideradas como un elemento esencial de la relación contractual, hemos de determinar el alcance que debe tener el control judicial de estas cláusulas y si deben ser consideradas como válidas, o no, en los contratos sometidos a juicio.

⁴² España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. Sentencia 1569/2011 de 7 de octubre, Fundamento de Derecho Quinto.

VI. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

VI.1 Alegaciones de las entidades de crédito

Para determinar los posibles controles judiciales a los que se someten las cláusulas consideradas como abusivas de forma general y más concretamente a las cláusulas suelo en particular, debemos de partir de las alegaciones que realizan las entidades de crédito en sus respuestas a las diferentes demandas formuladas por los consumidores:

- La primera de las alegaciones que suelen realizar las citadas entidades viene referida, como es lógico, a intentar demostrar la “transparencia” de las cláusulas suelo que se han insertado en los contratos de préstamo. Para intentar demostrar esa transparencia hacen referencia a la normativa vigente en esta materia que, dependiendo de la fecha de firma del préstamo, se referirá a la OM de 12 de diciembre de 1989, a la de 5 de mayo de 1994 y, desde el año 2012, a la OM de 28 de octubre de 2011⁴³. Basándose en estas y en la evolución sufrida por las mismas, afirman haber cumplido con los requisitos impuestos por estas y haber seguido en todo momento un proceso de negociación e información previo a la formalización de las escrituras de préstamo hipotecario.

A este respecto hemos de señalar que uno de los pilares básicos de esta información previa es la denominada “oferta vinculante” que se recoge, entre otra normativa, en la OM de 28 de octubre de 2011⁴⁴. Podemos afirmar que, a tenor de la Ley 41/2007, de 7 de Diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, para aquellos préstamos hipotecarios concedidos y suscritos a partir de del 8 de diciembre de 2007 para hipotecas de cualquier importe se debería facilitar la oferta vinculante o documentación análoga⁴⁵: “La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos”.

En ninguno de los casos examinados hasta ahora, incluyendo el caso que de forma más personal nos afecta, se ha podido obtener, previa solicitud de la misma a

⁴³ España. Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de diciembre de 1989, núm. 303.

España. Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de mayo de 1994, núm. 112.

España. Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de octubre de 2011, núm. 261.

⁴⁴ España. Artículo 23.1 de la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, sobre la Oferta vinculante: *Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente conforme a lo dispuesto en el artículo 18, este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante.* *Boletín Oficial del Estado*, 29 de octubre de 2011, núm. 261.

⁴⁵ MARÍN, A. 2014. La oferta vinculante y su relación con la cláusula suelo. *Consumo & Ley*, [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre de 2016]. 3 de Noviembre de 2014. Disponible en: <http://abogadomarin.blogspot.com.es/2014/11/la-oferta-vinculante-y-su-relacion-con.html>

las diferentes entidades de crédito, el original o una copia de dicha oferta vinculante correctamente entregada al menos tres días antes de la firma del contrato y firmada por el o los prestatarios. Solo en uno de los casos, se logró obtener copia de una oferta vinculante correctamente firmada que, posteriormente, se pudo demostrar que se había firmado en la notaría el mismo día de suscripción de la escritura de préstamo y de forma simultánea a este. Al respecto y para avalar estos extremos que estamos afirmando, creemos pertinente traer a colación un fragmento de un artículo de Doña Isabel Payo Alcaraz, Responsable de la Unidad de Reclamaciones, Quejas y Consultas del Banco de España, en el que se confirma todo lo anteriormente expuesto:

“Hasta aquí lo que dice la normativa. Sin embargo la realidad, como todos sabemos e iremos viendo a lo largo de las siguientes ponencias, ha desdibujado la consecución de los objetivos pretendidos por estas normas, siendo frecuente tanto la firma simultánea de la Oferta Vinculante y de la Escritura de préstamo cuyas condiciones financieras debía haber informado, como la imposibilidad material de los clientes, aun no siendo conscientes de haber renunciado a este derecho, de revisar la escritura con antelación a la fecha de su firma”⁴⁶.

- Las entidades de financieras sostienen en su defensa que para determinar esa falta de transparencia es preciso analizar de forma individual cada caso y ver cuáles fueron las circunstancias que rodearon a dicho caso. Este análisis llevaría, según las entidades, a poder determinar si la cláusula suelo en ese caso concreto, genera un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Este argumento, desde nuestro punto de vista, puede llegar a ser una arma de doble filo como veremos de forma más detenida en el punto siguiente (irretroactividad de las cláusulas suelo), puesto que no creemos que se pueda sostener la irretroactividad de la devolución de las cantidades en base a unas teóricas "repercusiones macroeconómicas", fruto sobre todo de demandas colectivas que agrupan a miles de demandantes, con las repercusiones que podría generar cada caso tomado de forma individualizada como pretenden las entidades financieras.

- Otra de las alegaciones realizadas por la banca es la claridad en la redacción y la correcta ubicación de las cláusulas suelo impugnadas.

Nada tenemos que objetar a la “ubicación” de las cláusulas, pero en relación al resto de lo alegado, creemos, conforme a lo expuesto en el punto III.1 de este trabajo, que carece por completo de fundamento: no hay más que volver a revisar cualquiera de las diversas formas y redacciones con las que se inserta la cláusula suelo en los contratos de préstamo para ver que, sin ningún género de duda, poseen una absoluta falta de claridad en su redacción con, nos atreveríamos a afirmar, la única finalidad de no atraer la atención sobre estas.

⁴⁶ PAYO ALCARAZ, I. 2016. Cláusulas de variabilidad del tipo de interés. Novedades legislativas, redondeo, comisiones y gasto. *El notario del siglo XXI*, [en línea]. Número 70 de Nov./ Dic. [Consulta: 19 de diciembre 2016]. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-16?id=2228:clausulas-de-variabilidad-del-tipo-de-interes-novedades-legislativas-redondeo-comisiones-y-gastos-0-7535204577758168>

- Las entidades esgrimen también el argumento de que la eventual falta de transparencia no conlleva la inmediata declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas, esta falta de transparencia “simplemente” habilita al Juzgador para que este ejercite el control de su supuesta abusividad al amparo del TRLGCU. En el hipotético caso de que se considerase que las cláusulas suelo litigiosas no cumplen las exigencias de transparencia, sólo podrían declararse nulas si concurriesen los requisitos legales que, el ya mencionado art. 82.1 TRLGDCU, exige para declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual⁴⁷.

- Por último, también se alega por la parte demandada, que el conocimiento que tenían los consumidores de la existencia de estas cláusulas, equivaldrían de alguna forma, a una admisión por parte de estos, aunque sea de una forma tácita, de su validez y por lo tanto de su eficacia. Con este último argumento la banca estaría acudiendo a la denominada “doctrina de actos propios”, el principio por el cual se entiende que nadie puede ir contra sus propios actos⁴⁸.

Este último argumento también tiene, a nuestro entender, dos puntos débiles. El primero de ellos es que no todos los actos pueden estar sujetos a este principio como bien afirma reiterada jurisprudencia del TS⁴⁹. El segundo de ellos es que las entidades de crédito debieran de soportar de forma inequívoca la carga de la prueba y demostrar que el consumidor conocía la existencia de las cláusulas, así como sus efectos, en el momento de la forma del contrato de préstamo y no durante el transcurso del mismo. No podemos olvidar que estamos ante contratos que, según datos estadísticos, tienen una duración de entorno a los 13,2 años de media⁵⁰; pretender que los consumidores no sean conscientes de la existencia de las citadas cláusulas durante toda la vida del préstamo, es un extremo absolutamente improbable, por no decir imposible, por lo que, el argumento sostenido por la banca carecería por completo de fundamento.

VI.2 El control de las cláusulas abusivas en la UE

Para clarificar los conceptos ya expuestos y a modo de recapitulación podemos decir que el control judicial de las cláusulas abusivas se utiliza en contratos cuyo contenido se redacta previamente y se hace no solo pensando en una situación contractual concreta, si no en una pluralidad de situaciones similares, en este caso objeto de estudio, la contratación de un crédito hipotecario. Al prestatario, siempre que este sea catalogado o enmarcado dentro de la definición de consumidor⁵¹, se le

⁴⁷ EQUIPO FABREGAS & ASSOCIATS. 2014. Sobre el control judicial de las cláusulas abusivas. *Fábregas & Associats*, [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.fabregasassociats.com/control-judicial-de-las-clausulas-abusivas/>

⁴⁸ BUENO JIMÉNEZ, M. 2015 La doctrina de los actos propios: aplicación y exclusión. *Noticias Jurídicas, Conocimiento, Artículos Doctrinales*, [en línea]. [Consulta: 28 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10185-la-doctrina-de-los-actos-propios:-aplicación-y-exclusión/>

⁴⁹ Así por ejemplo podemos citar la STS 77/1999, de 30 de enero, posteriormente reiterada por las SSTS 01/07/2011, 28/12/2011, 31/01/2012 y 09/03/2012.

⁵⁰ DÍAZ GUIJARRO, R. 2017 Los titulares de hipotecas sobre casas tardan en pagarlas de media 13,2 años. *Cinco Días*, [en línea]. [Consulta: 3 de enero de 2017]. Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2012/11/13/economía/1352946216_850215.html

⁵¹ España. Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias., “...son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un

“concede” el derecho a negociar, de una forma más bien restrictiva, ciertos aspectos básicos o esenciales como son el consentimiento, el objeto, que en este caso concreto será el referido al precio y la causa⁵². Respecto al resto de condiciones o cláusulas, el contratante se limita a aceptarlas, a “adherirse” a ellas (precisamente de ahí su nombre: “contratos de adhesión”) sin que tenga sobre estas ningún poder de negociación. Podemos decir que lo único que hace el prestatario es “consentir” en la firma del contrato.

La protección que la UE brinda al consumidor en materia de cláusulas abusivas viene establecida en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. No debemos olvidar que esta es una directiva de mínimos, este hecho permite que los Estados miembros puedan establecer una legislación que proteja más al consumidor, pero que en ningún caso puede ser más restrictiva. Esta directiva parte de la base, acertada a nuestro entender, de que el consumidor al que ya hemos hecho referencia, se haya en inferioridad de condiciones respecto del profesional en dos aspectos sustanciales: en cuanto a la capacidad negociadora que posee uno y otro y en cuanto al nivel de información. Estas dos características son las que hacen que el consumidor se adhiera a contratos con cláusulas redactadas de antemano por el profesional y que no tenga ninguna capacidad de negociación sobre las mismas⁵³.

Atendiendo a estos dos aspectos, el TJUE ha determinado que “la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes que intervienen en la firma del contrato”⁵⁴. ¿Cómo se manifiesta esta intervención positiva ajena al contrato?: en la figura del juez nacional e imparcial⁵⁵.

Es también importante resaltar en este sentido, el valor que tienen las Sentencias del TJUE y el modo en que el juez nacional debe aplicarlas en el marco de su propio ordenamiento procesal: las Sentencias del Tribunal de Justicia son vinculantes para todos los Estados miembros, de forma que la interpretación que estas hacen del derecho comunitario deberá de tenerse en cuenta a la hora de aplicar el mismo a cada cuestión procesal concreta. El juez nacional por tanto, deberá prestar atención, a todas aquellas sentencias dictadas en cuestiones prejudiciales que hayan sido planteadas por órganos judiciales españoles, y además, aspecto esencial en esta cuestión, a todo el resto de sentencias que

propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, núm. 287.

⁵² BERROCAL LANZAROT, A.I. 2014. El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance. *Cuadernos de derecho y comercio*, [en línea]. Núm. 62, págs. 173-214. ISSN: 1575-4812. Disponible en: <http://vlex.com/vid/control-abusividad-transparencia-caracterizacion-573617878>

⁵³ MARTINEZ ESPIN, P. 2013. El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [en línea]. Núm. 6. ISSN:2254-2582. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/303>

⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Banif Plus Bank (C-472/11). Sala Primera, Sentencia de 21 de febrero de 2013.

⁵⁵ PÉREZ DEL VILLAR CUESTA, R. 2014. Cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Noticias jurídicas, Civil, Artículos Doctrinales, Cláusulas Abusivas*, [en línea]. [Consulta: 3 de enero de 2017]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4938-clausulas-abusivas-en-contratos-de-prestamo-hipotecario-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea/>

conforman la jurisprudencia del TJUE y que interpreten normas del Derecho de la Unión⁵⁶.

Asimismo el TJUE, en su Sentencia sobre el asunto BANIF de 21 de febrero de 2013, recoge lo siguiente: "el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata, no se circumscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"⁵⁷, dicho en otras palabras: el control de oficio por parte del juez nacional ni se configura, ni se ha de entender como un derecho, sino como una obligación.

Consideramos conveniente, por su especial relevancia, añadir otras notas jurisprudenciales del TJUE a la ya mencionada sentencia Banif Plus Bank:

- Conforme a la STJUE de 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza Claro), la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, constituye un medio idóneo para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la directiva: "impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva"; así como para ayudar a que se alcance el objetivo del art. 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas⁵⁸.

- Conforme a la STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon, y en el mismo sentido que la primera de las sentencias aquí reseñadas, el examen de oficio no es realmente una facultad del juez nacional, sino un deber.

- Conforme a las SSTJUE de 4 de junio de 2006, caso Pannon; 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones; 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito y 21 de febrero de 2013, Banif Plus bank, no es preciso que el consumidor inste el control de la cláusula para que este se lleve a cabo de oficio.

VI.3 Control previo de incorporación de la condición general al contrato

No debemos de olvidar que el objetivo último del control judicial de este tipo de cláusulas es determinar sin lugar a dudas si realmente son abusivas o si por el contrario, no lo son. Para ello es necesario distinguir entre aquellas que deben de ser consideradas "solamente" como condiciones generales de contratación, de aquellas que realmente son o pueden llegar a ser consideradas como cláusulas abusivas:

⁵⁶ CENTENO HUERTA, S. 2013. El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante. *Lefebvre - El Derecho. Cláusulas abusivas*, [en línea]. [Consulta: 3 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html

⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Banif Plus Bank (C-472/11). Sala Primera, Sentencia de 21 de febrero de 2013. Apartado 23.

⁵⁸ AZPARREN LUCAS, A. 2013. Protección de los consumidores en los contratos bancarios: especial referencia a la cláusula suelo. *Tirant online. Doctrina*, [en línea]. Documento TOL3.919.112. 7/2013. [Consulta: 4 de enero de 2017].

- Una cláusula es una condición general de la contratación cuando esta predisposta e incorporada a una pluralidad de contratos de forma exclusiva por una de las partes y, como tal, no tiene por qué ser abusiva.
- Por el contrario, una cláusula abusiva es aquella que no solo va contra las exigencias de la buena fe contractual, sino que además causa un detrimiento, un daño material en contra de los intereses en este caso del consumidor y genera un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Esta cláusula abusiva puede tener o no el carácter de condición general ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual, esto es contratos de adhesión particular⁵⁹.

Aunando las ideas que acabamos de desarrollar, podríamos decir que este sería el primer control al que se deben de someter las cláusulas consideradas abusivas de forma general y las cláusulas que limitan la variación del tipo de interés de forma particular. Este primer control se podría denominar como control previo de incorporación de la condición general al contrato. Estas cláusulas insertadas en los contratos de préstamo hipotecario son una condición general de contratación a tenor de la definición definida en el art. 1.1 de la LCGC. El citado artículo dispone que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispostas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Además de la normativa ya mencionada, también la STS de 9 de mayo de 2013, traza las líneas maestras y recoge de forma explícita cuales son los requisitos para que una cláusula sea considerada como tal:

1.- Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

2.- Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo la característica más relevante que no ha sido fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.

3.- Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

⁵⁹ MARÍN NARROS, H.D. 2015. El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Año nº 91, N° 752, 2015, págs. 3769-3798. ISSN 0210-0444.

4.- Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Todos los requisitos exigidos en la STS, se dan en los casos objeto de este estudio:

- Las cláusulas suelo son unas cláusulas contractuales y su inserción en los contratos no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. No hay ninguna norma que determine que para que el contrato de préstamo sea válido deba de incorporar de forma obligatoria dicha cláusula.

- Son cláusulas que han sido pre-redactadas por la entidad financiera y que no son fruto de un necesario consenso, es más, en la mayoría de los casos estudiados ni tan siquiera se hizo referencia a su inclusión en los contratos.

- Como en el punto anterior, son cláusulas que las entidades financieras redactan e incluyen unilateralmente en los contratos, siendo estos impuestos a los prestatarios sin alternativa alguna para los mismos: deben de acatar su inclusión en el contrato (si es que llegan a saber de su existencia). Normalmente, como ya hemos podido poner de relieve, solo se negocia la suma prestada, y las cuotas y los plazos de devolución en función de un interés fijo o variable.

- Finalmente, se trata de unas cláusulas incluidas en unos modelos de contrato de préstamo que se aplican a una pluralidad de clientes. Baste comparar dos escrituras de préstamo de una misma entidad entre sí, para observar que son prácticamente iguales, y que contienen exactamente las mismas estipulaciones, con la misma redacción.

VI.4 El doble control de transparencia

Al abordar este estudio comprobamos que, según ante que autor nos encontremos, se procede a clasificar los tipos de control de una forma diferente. Lo que queda claro tanto para la doctrina mayoritaria, como para la reiterada jurisprudencia, es que es la STS de 9 de mayo de 2013 la que, en su párrafo 197 declara que el hecho de “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...”, para, a continuación ir desgranando dicho control en los siguientes apartados.

VI.4.1 El control de inclusión de las condiciones generales

La importancia de este control, a diferencia del segundo que pasaremos a analizar posteriormente, es que se realiza con independencia de si el prestatario tiene o no la consideración de consumidor. Así lo recoge de forma expresa el apartado 201 de la citada sentencia: “En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación...” A continuación, en los siguientes apartados va desgranando esta

afirmación para concluir en su apartado 202⁶⁰, que recoge de una forma más o menos explícita que, los requisitos exigidos por la ya derogada OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente al tiempo de los hechos y sustituida por la OM EHA/2899/2011 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.), sirven de criterio para comprobar si existió transparencia por parte de la entidad bancaria en cuanto a la inclusión de la cláusula suelo, sea cual sea la condición del cliente, consumidor o empresario⁶¹.

Este control de inclusión supone revisar de forma sistemática si se cumplen o no los requisitos contenidos en la LGC y de forma más concreta, los recogidos en sus artículos 5.5 y 7. En el primero de ellos se determina que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

Con la misma contundencia y claridad se recoge en el Artículo 7, apartado b), la segunda de las dos razones que recoge este artículo, por la que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que:

“...sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprendibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

En este mismo sentido y a mayor abundamiento de este control de inclusión, se manifiesta la STS de 24 de marzo de 2015, que resuelve el recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, que, desde nuestro punto de vista, hace hincapié de forma muy acertada en lo que nosotros subrayábamos en nuestro punto III.1, “Lo que debiera explicar la entidad financiera”:

“...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 subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio...”

⁶⁰ España. Tribunal Supremo. (Sala Primera). Sentencia núm. 1916/2013 de 9 de mayo. Apartado 202: *Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.*

⁶¹ CORDERO LOBATO. E. 2013. Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley, [en línea]* N° 8088, 2013. ISSN 1989-6913.

En este primer control de inclusión, lo que se debe tratar de probar, lógicamente por parte del prestatario, es que no tuvo ocasión u oportunidad real de conocer dichas condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato. Recordemos que la práctica habitual consiste en enviar las condiciones del contrato antes de la firma del mismo, el problema añadido con el que se encuentran los demandantes es que basta con que la entidad de crédito acredite que puso a disposición del prestatario dichas condiciones y que se dio la "oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas", para superar este control⁶². A nuestro entender esto va en contra del sentido que el legislador le quiso dar a la norma puesto que lo que realmente se pretende es que el consumidor haya conocido y entendido las cláusulas contenidas en el contrato y no que simplemente se hayan puesto a su disposición o que haya tenido oportunidad real de conocerlas.

VI.4.2 El control de transparencia o de "comprensibilidad real"

Una vez superado este primer control de inclusión (enmarcado en el doble control de transparencia), se pasaría al segundo de ellos, el control de transparencia propiamente dicho, también llamado por algunos autores como de "comprensibilidad real", contenido en el fundamento jurídico duodécimo de la STS de 9 de mayo de 2013: "El control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores". En ese sentido, la sentencia recoge de manera explícita que, una vez "admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores". Quizá uno de los rasgos más importante de esta STS es el planteamiento que se hace de este control, formulándolo como un control separado e independiente. El TS señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión⁶³, con unos rasgos definidos y propios.

Como señalábamos al comienzo del control de inclusión la primera de las diferencias básicas entre uno y otro es que, mientras el primero no distingue entre consumidor o profesional, en este segundo control tenemos una limitación muy definida: tan solo es de aplicación a los contratos celebrados con consumidores.

La razón de ser de este segundo control la encontramos en el art. 4.2 de la directiva 93/13⁶⁴ al excluir del control de abusividad a las cláusulas que definan el objeto principal del contrato "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Es por tanto obvio que, a sensu contrario, si no pueden ser

⁶² PLAZA PENEDÉS, J. 2016. Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores. *Revista Consumo y Empresa*, [en línea]. [Consulta: 4 de enero de 2017]. Núm. 2, Mayo 2016. ISBN: 2462-487X

⁶³ CAÑIZARES LASO, A. 2015. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, [en línea]. Vol. II, núm. 3 julio-septiembre, 2015, pp. 67-105. ISSN: 2341-2216. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149>

⁶⁴ Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario Oficial de la Unión Europea* L095, 21 de abril de 1993, pp. 0029 – 0034. Artículo 4.2. *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.*

objeto de control las cláusulas redactadas de manera clara y comprensible, aquellas que no estén redactadas conforme a estos dos requisitos podrán y deberán ser objeto de control.

Este control de transparencia no solo se realizará utilizando como base normativa el ya citado artículo 5 de la LCGC, sino que también se utilizará el TRLGCCU y de forma más concreta su artículo 80.1 que recoge los requisitos que deben reunir aquellas cláusulas no negociadas individualmente. En su apartado a) el citado artículo confirma como requisito la:

“Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”.

Respecto a la jurisprudencia del TS podemos señalar que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 señala el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el que se indica que “...los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas...”. De forma parecida se manifiesta la Sentencia del Pleno de la Sala 1^a del TS de 8 septiembre 2014 sobre el control de transparencia, completando de algún modo lo recogido en la STS de 9 de mayo de 2013 y determinando que “queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato”.

Se vuelve a incidir, una vez más, en que la comprensión del consumidor ha de ser total y no solo en cuanto a la existencia o a la inclusión en el contrato de la cláusula sobre la que se está llevando a cabo el control de transparencia, si no a la posición que ostentará en el futuro el prestatario cuando haya suscrito un contrato que incluya dicha cláusula. Es preciso por tanto, que la información suministrada, en este caso por la entidad de crédito, permita al prestatario ver que se encuentra ante una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y otorgarle un conocimiento real y razonablemente completo del papel que va a jugar dicha cláusula a lo largo de la vida del contrato⁶⁵.

En el caso concreto de las cláusulas suelo objeto de este trabajo, es precisamente la forma en la que suelen estar redactadas la que hace que, a pesar de que como ya se ha puesto de manifiesto, nos encontremos ante cláusulas que definen el objeto principal o esencial del contrato, las entidades financieras, desde

⁶⁵ CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. 2013. El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. *Centro de Estudio de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha*, [en línea]. Núm. 7. [Consulta: 5 de enero de 2017]. ISSN: 2254-2582. Disponible en: <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357>

nuestro punto de vista, con una ausencia absoluta de buena fe contractual, les dan un tratamiento impropriamente secundario, lo que incide en una falta de claridad de la cláusula, puesto que no es percibida por el prestatario como relevante para el desarrollo del contrato.

VI.5 El control de contenido: examen de abusividad.

Una vez que la cláusula que está siendo sometida a los diferentes controles analizados, supera el doble control de transparencia recogido en los puntos previos no cabría ningún control ulterior, pero si no supera estos controles, habrá que volver a analizar detenidamente la misma puesto que el que carezca de transparencia, el que nos encontremos ante una cláusula oscura e incomprensible, no conlleva per se que dicha cláusula sea abusiva, o dicho de otra forma, que una cláusula sea clara y comprensible tampoco ha de suponer de por sí, que sea equilibrada y que beneficie al consumidor

Este nuevo análisis del que hablamos, es el control denominado “Control de Contenido”. ¿En qué consiste este control de contenido?, este control sirve para valorar si la cláusula que no ha pasado el doble control de transparencia, en contra de las exigencias de la buena fe contractual que se presupone en todo contrato, causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes intervinientes.

La normativa básica para proceder al estudio de este control parte del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, así como del artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

- La Directiva comunitaria en su artículo 3.1 define como abusivas “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (...) si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.
- Por su parte, el TRCLU, en su artículo 82.1 define como abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Se dice que siempre que se hable de cláusulas abusivas, lo que se está haciendo implícitamente es el denominado control de contenido⁶⁶. Por esta razón, una vez que se ha verificado que el contrato celebrado con un consumidor ha superado los controles previos de inclusión y de transparencia, el mismo ha de someterse a este control de contenido, control de abusividad, para comprobar que las cláusulas incluidas en dicho contrato cumplen con los requisitos establecidos en

⁶⁶ AVILÉS GARCÍA, J. 1998. Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Núm. 648, Septiembre-Octubre, págs. 1533-1585. ISSN 0210-0444.

los artículos mencionados, es decir, que no se opongan a los principios de la buena fe contractual y que respeten el justo equilibrio de las contraprestaciones.

El modelo adoptado por el TRLCU para delimitar este control de contenido, es, desde nuestro punto de vista, muy acertado: por una parte determina una lista cerrada de cláusulas consideradas como abusivas contenidas en los artículos del 85 al 90 del mismo, y por otra establece los requisitos necesarios para que el juzgador pueda determinar si la cláusula es abusiva, requisitos contenidos en los artículos 80 y 82. De estos dos artículos podemos deducir que los requisitos que son necesarios para que pueda considerarse una cláusula como abusiva, son los siguientes⁶⁷:

- Que el contrato se haya celebrado con un consumidor;
- Que en el contrato se contengan estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente y en cuyo contenido no haya podido influir el consumidor;
- Que las mismas sean contrarias a la buena fe, y que produzcan un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes.

Y en todo caso, aquellas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario o limiten los derechos del consumidor y usuario o determinen la falta de reciprocidad en el contrato o impongan al consumidor garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable

La consecuencia de los ya descritos controles de incorporación y controles de contenido es, como no puede ser de otra forma, la ineficacia de las condiciones generales o de aquellas cláusulas que no los superen. Esta ineficacia está regulada en los artículos del 7 al 10 de la LCGC y en el artículo 83 del TRLCU. El artículo 7 LCGC determina que aquellas condiciones generales que, no superando los pertinentes controles, sean consideradas como inaccesibles o incompresibles, no se incorporarán al contrato. El artículo 8 LCGC por su parte, declara nulas las condiciones generales consideradas como ilegales o abusivas.

VII. RETROACTIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

VII.1 Notas jurisprudenciales.

Desde nuestro punto de vista, el mayor problema que se ha creado en torno a las cláusulas que limitan la variación del tipo de interés es precisamente el de la retroactividad.

La jurisprudencia del TS ha sido muy clara al respecto, aspecto a priori no parece criticable, y no ofrece ningún género de duda, como se puede deducir del estudio de tres de las sentencias del TS (SSTS de 9 de mayo de 2013, 25 marzo 2015 y 29 abril de 2015) que condenan a las entidades de crédito demandadas a devolver las cantidades indebidamente cobradas desde la publicación de la primera

⁶⁷ BLANCO PEREZ-RUBIO, L. 2015. El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predisuestos de carácter abusivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Núm. 749, Mayo, págs. 1099-1142. ISSN 0210-0444.

de ellas: el 9 de mayo de 2013. Este fallo, en el que se determinaba la irretroactividad para las situaciones ya juzgadas y para los pagos ya realizados hasta la fecha de la misma, ha recibido por parte de la doctrina el nombre de "retroactividad parcial" y ha sido uno de los temas más controvertidos, e incluso nos atreveríamos a asegurar que va a seguir siéndolo, hasta la STJUE del pasado 21 de Diciembre de 2016.

Más discutible que el continuismo en su criterio de retroactividad parcial, nos parece el motivo principal que llevó al TS a fallar en este sentido, y que como recoge en su sentencia de 9 de mayo no es otro que "el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico" que generaría la retroactividad de la sentencia. En consecuencia a este argumento, declaró la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que "la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia". Tanto los argumentos mantenidos, como la propia sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera, son de una especial importancia pues, como es sabido, constituye doctrina jurisprudencial, conforme a los artículos 197 y 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶⁸.

Durante los dos años de silencio del TS, desde el 2013, hasta el 2015 han sido numerosos y contradictorios los criterios doctrinales y judiciales a favor y en contra del criterio mantenido por el este⁶⁹. El 25 de marzo de 2015 se publicó la STS 139/2015, con la que el Tribunal Supremo quiso poner fin a la diversidad de criterios con respecto a la restitución o no, de los intereses abonados por el prestatario a una entidad financiera, cuando se hubiera declarado la nulidad de una cláusula suelo. Esta sentencia vino a confirmar el fallo de la STS 241/13, confirmando la irretroactividad de sus efectos, es decir, la retroactividad parcial de la misma, lo que significó que la declaración de nulidad de estas cláusulas no afectaba, ni a la continuidad del contrato, ni a las cantidades ya abonadas por los prestatarios. Esto supone que cuando una cláusula suelo sea declarada nula por abusiva, lo que procede es restituir al cliente los intereses que éste hubiera abonado a partir de la fecha de publicación de la STS 241/2013, es decir, desde la fecha del 9 de mayo del 2.013.

Más allá de que estemos ante una acción colectiva, que es el supuesto de hecho que dio pie a la STS 241/2013, o ante una acción individual, que es el caso que nos ocupa⁷⁰, lo relevante de esta STS es el alcance real del efecto restitutorio y los argumentos que alega el Tribunal Supremo para proceder de esta forma, a saber: la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastorno grave del orden

⁶⁸ GARCIA-VILLARUBIA, M. 2014. La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual. *Lefebvre - El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, [en línea]. Núm. 17. [Consulta: 27 de diciembre de 2016] Disponible en: <http://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=3993&pub=Publicacion&tipo=>

⁶⁹ SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. 2016. Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea]. Núm. 8/2016, parte Estudio. [Consulta: 27 de diciembre de 2016]. ISSN: 1889-4380

⁷⁰ AGÜERO ORTIZ, A. 2013. Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos. *Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha*, [en línea]. Núm. de Septiembre de 2013. ISSN: 2254-2582. Disponible en: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/40.pdf>

público económico, con respecto al cual aclara que "la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

Además de este argumento, el TS sostuvo que las entidades financieras, los bancos, actuaban de buena fe, porque no hay ilicitud en las cláusulas suelo, sino falta de transparencia. Falta que, a juicio del Tribunal Supremo, las entidades de crédito ignoraban hasta el 9 de mayo de 2013, fecha en la que se hizo pública la STS 241/2013.

No obstante lo dicho, es de gran importancia señalar que el magistrado del Supremo, Francisco Javier Orduña, emitió un voto particular a la STS 139/2015, en el que afirmaba la necesidad de distinguir entre una acción individual y una colectiva y en el que se manifestaba a favor de devolver al prestatario la suma total de lo indebidamente abonado a una entidad financiera por la inclusión de una cláusula suelo declarada nula. Este magistrado defendió la necesidad de proceder a un examen pormenorizado, es decir, caso por caso, y si se llegara a declarar la nulidad de una cláusula suelo, ésta declaración debería dar lugar a la devolución de lo percibido sin causa justificada. En este mismo sentido se pronuncia Achón Bruñen, que señala que la alegación realizada por el TS respecto "al trastorno grave del orden público económico", esgrimido como argumento base para fundamentar la irretroactividad en su decisión, solo tendría cabida en acciones colectivas, perdiendo su sentido cuando nos encontremos ante el ejercicio de acciones individuales⁷¹.

Pero quizá lo más importante del voto particular emitido por el magistrado es que terminaba diciendo: "Todo ello, sin contar con que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado".

La alegación que realiza el magistrado en su voto particular quiere decir que, a pesar de que el Tribunal Supremo considera inaplicable lo establecido en el art. 1303 del Código Civil⁷² (en adelante, CC.), él defiende la tesis contraria, de tal manera que la restitución de los intereses debiera ser efectiva desde que se produce el perfeccionamiento del contrato de préstamo o desde que el mismo comience a surtir efectos. En este mismo sentido se expresó la Audiencia Provincial de Jaén en su sentencia, de fecha 27 de marzo de 2014 en la que manifiesta que la ineficacia de los contratos, y por extensión a sus cláusulas si el contrato subsiste, exige "destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)", conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 CC.

⁷¹ ACHÓN BRUÑÉN, M.J. 2014. Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. *Diario La Ley*, [en línea]. Núm. 8366. [Consulta: 28 de diciembre de 2016]. ISSN 1989-6913.

⁷² España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de junio de 1889, núm. 206. Art. 1303: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

En relación a la problemática surgida en torno a la retroactividad o irretroactividad de la sentencia y al momento exacto desde el que se debía de proceder a la devolución de las cantidades cobradas de forma indebida tras proceder a anular una cláusula suelo en el transcurso de una acción individual, un numeroso grupo de Audiencias atendió el criterio fijado por la STS 241/13 y, al proceder a la declaración de nulidad, dispusieron que la restitución de dichas cantidades se produciría desde la fecha del 9 de mayo de 2013⁷³.

Pero otras muchas⁷⁴, entendieron que la línea mantenida por la STS 9 mayo 2013, se refería solamente a la resolución de una acción colectiva y no de una acción individual, y que por lo tanto, los argumentos aplicables a aquella no era extrapolables al ejercicio de acciones individuales, argumentando que el régimen previsto en la LCGC es distinto para ambas y utilizando como motivo principal para disentir que, en el ejercicio de acciones individuales, los efectos económicos no resultaban gravosos a la entidad o al sector, por lo limitado de su alcance⁷⁵. Avalando este argumento en pos de la diferenciación entre una acción colectiva y una acción individual, se pronunció la Sala Primera del TJUE, el 14 de abril de 2016, ante la cuestión presentada por el juzgado de lo mercantil de Barcelona, que elevó a la justicia europea la cuestión prejudicial de si se debía o no proceder a la suspensión de un procedimiento individual con el mismo objeto, cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que una demanda colectiva interpuesta previamente. Esta sentencia declaró que no es legal suspender automáticamente una acción individual ejercitada contra las cláusulas suelo cuando haya abierto simultáneamente un proceso colectivo, alegando que dicha suspensión vulnera la protección que la Directiva 93/2013/CEE de 5 de abril, le dispensa al consumidor.

⁷³ Entre otras: SAP Córdoba, secc. 3^a, 18 junio 2013 (AC 2013, 1880), rec. 162/2013, SAP Tarragona, Secc. 1^a, 18 noviembre 2013 (JUR 2014, 22544), rec. 736/2012, SAP Pontevedra, Secc. 1^a, 9 abril 2014 (JUR 2014, 202911), rec. 93/2014, SAP Granada, Secc. 3^a, 23 mayo 2014 (AC 2014, 1686), rec. 204/2014, SAP Ourense, Secc. 1^a, 22 mayo 2014 (JUR 2014, 212700), rec. 278/2013, SAP León, Secc. 1^a, 5 junio 2014 (JUR 2014, 196051), rec. 69/2014. SAP Palencia, Secc. 1^a, 12 junio 2014 (AC 2014, 1717), rec. 118/2014, SAP Almería, (JUR 2014, 202743), rec. 249/2013.

⁷⁴ Entre otras: SAP Álava, Secc. 1^a, de 9 de julio 2013 (AC 2013, 1538), rec. 283/2013, SAP Alicante, Secc. 8^a, de 12 de julio 2013 (AC 2013, 1545), rec. 84/2013, SAP Cuenca, Secc. 1^a de 30 julio 2013 (JUR 2013, 300401), rec. 9/2013, SAP Murcia, Secc. 4^a de 12 de septiembre 2013 (AC 2013, 1579), rec. 708/2012, SAP Barcelona, Secc. 15^a, 16 diciembre 2013 (JUR 2014, 19672), rec. 719/2012, SAP Málaga, Secc. 6^a, 14 marzo 2014, rec. 786/2012, SAP Albacete, Secc. 1^a, 17 marzo 2014 (JUR 2014, 91823), rec. 1/2014, SAP Jaén, Secc. 1^a, 27 marzo 2014, rec. 201/2014, SAP Huelva, Secc. 3^a, 21 marzo 2014 (AC 2014, 648), rec. 151/2013, SAP Asturias, Secc. 4^a, 8 mayo 2014 (AC 2014, 619), rec. 139/2014 y Secc. 5^a, 1 julio 2014 (JUR 2014, 195023), rec. 187/2014, SAP Valencia, Secc. 9^a, 9 junio 2014 (AC 2014, 1043), rec. 222/2014, y 2 octubre 2014 (JUR 2014, 270166), rec. 370/2014, SAP Guipúzcoa, Secc. 2^a, 30 julio 2014 (JUR 2104, 268522), rec. 2058/14 y 28 octubre 2014 (JUR 2015, 14691), rec. 2217/2014, SAP Albacete, Secc. 1^a, 23 septiembre 2014 (JUR 2014, 261248), rec. 256/13, SAP Lleida, Secc. 2^a, 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 264657), rec. 670/13, SAP Ciudad Real, Secc. 1^a, 13 Octubre 2014 (AC 2014, 2054), SAP Zamora, Secc. 1^a, 22 octubre 2014 (JUR 2015, 26569), rec. 70/2014, SAP Las Palmas, Secc. 4^a, 26 noviembre 2014 (JUR 2014, 294025), rec. 211/2014, y los Autos AP Barcelona, Secc. 14^a, 9 mayo 2014 (JUR 2014, 143643), rec. 821/2013, y Secc. 17^a, 1 octubre 2014, rec. 272/2014, AAP Pontevedra, Secc. 6^a, 9 mayo 2014, rec. 159/2013 y AAP Tarragona, Secc. 3^a, 13 junio 2014, rec. 435/2012.

⁷⁵ RODRIGUEZ ACHÚTGUI, E. 2015. Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error? *Revista Aranzadi Doctrinal*, [en línea]. Núm. 6/2015. Parte Comentario. [Consulta: 28 de diciembre de 2016] ISSN 1889-4380.

La problemática en cuanto a la retroactividad y a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en caso de nulidad de la cláusula también se ha debatido ampliamente en el seno de la UE, poniéndose de manifiesto también en este ámbito las discrepancias entre las diferentes teorías existentes. Así, tan solo seis meses después de la publicación de la STS/139/2015, el 24 de septiembre de 2015, la Comisión Europea hizo público un informe solicitado por el TJUE sobre el asunto prejudicial C-154/15, informe que estuvo en desacuerdo con lo que nuestro Tribunal Supremo sostenía en su sentencia, afirmando a sensu contrario, que cuando una cláusula es declarada nula, dicha nulidad se retrotrae hasta el origen de la misma, lo cual afecta a la obligación de devolver las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario a la entidad financiera. Este informe puso en tela de juicio el hecho de que la retroactividad de la nulidad de una cláusula suelo deba ser admitida sólo a partir de la fecha de la STS 241/2013, es decir, el 9 de mayo de ese año.

En sentido contrario, y en defensa de la tesis que sostiene nuestro Tribunal Supremo, se manifestó el Abogado general del TJUE Paolo Mengozzi que, en fecha de 13 de julio de 2016, presentó un informe en el que, básicamente, manifestó que la Directiva no exige a los Estados miembros que establezcan la retroactividad de las cláusulas suelo que hayan sido declaradas nulas, desvinculando la declaración de nulidad de una cláusula suelo, de las posibles sanciones que ello comporta, alegando que la Directiva no pretende armonizar las sanciones aplicables en cada uno de los Estados miembros. Además, estuvo de acuerdo en que el hecho de admitir la retroactividad sin límite derivado de la nulidad de las cláusulas suelo y la consiguiente devolución de todas las sumas indebidamente abonadas por los prestatarios, tendría consecuencias muy negativas en el conjunto de la economía, razón que, a su juicio, es motivo suficiente para no admitir dicha retroactividad⁷⁶.

VII.2 La STJUE de 21 de Diciembre de 2016.

A pesar de que las opiniones del abogado general no son vinculantes para el TJUE, en la mayoría de los casos sus conclusiones coinciden con el fallo definitivo. En el caso que nos ocupa no ha sido así.

El día 21 de diciembre de 2016 se dio a conocer el fallo del TJUE en el asunto sobre retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo⁷⁷. En el mismo se determina que las entidades de crédito deben de devolver todo el dinero cobrado de más a los clientes afectados por la existencia de cláusulas suelo en sus contratos hipotecarios, rechazando que se pueda aplicar la retroactividad parcial que había venido sosteniendo como criterio nuestro más alto tribunal, una retroactividad limitada en el tiempo que el TJUE ha calificado de "incompleta e insuficiente" y entendiendo que esta limitación en el tiempo, 9 de mayo de 2013, es contraria a la normativa comunitaria y a la pretendida protección del consumidor.

⁷⁶ Unión Europea. Conclusiones del Abogado General del TJUE, Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 13 de julio de 2016. Asuntos acumulados C- 154/15, C- 307/15 y C- 308/15. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181583&doclang=ES>

⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Cajasur Banco, S.A.U. y otros (asunto C- 154/15). Sentencia de 21 de diciembre de 2016. Asuntos acumulados C- 154/15, C- 307/15 y C- 308/15.

De esta forma y contrariamente a lo expuesto por el abogado general que validaba la decisión adoptada por el TS de limitar en el tiempo la devolución de las cantidades cobradas indebidamente, decisión claramente tendente a los intereses de las entidades financieras, el TJUE ha determinado que un derecho nacional si está facultado por las directivas comunitarias para “precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato”, pero también lo es que dicha declaración de abusividad de una cláusula contenida en un contrato “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”.

¿Cuál sería la forma de restablecer al consumidor en una situación en la que no hubiera existido dicha cláusula?, “mediante la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”, es decir, como justificaremos más adelante, procediendo a la devolución íntegra de las cantidades cobradas indebidamente desde la fecha de suscripción del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

El eje principal sobre el que giran las alegaciones presentadas por el Gobierno español, por Cajasur y por el Banco Popular, es que estos entienden que los efectos que puede conllevar una supuesta declaración del carácter abusivo de las cláusulas que limitan la variación mínima del tipo de interés, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y más concretamente, en el ámbito de aplicación del artículo 6.⁷⁸, sosteniendo además la tesis de que el TS, con su pronunciamiento, lo que hizo fue elevar el nivel de protección de los consumidores, por encima de los niveles de protección que otorga por la propia directiva. Este último argumento es rebatido por el TJUE diciendo que el control de transparencia al que se alude como indicativo de “mayor nivel de protección”, ya viene recogido en el artículo 4.2 de la mencionada Directiva⁷⁹.

Para terminar su argumentación, el TJUE hace también referencia al examen de abusividad de una cláusula conforme a lo recogido en el artículo 3.1 de la Directiva, es decir, para aquellos casos en los que el consumidor no hubiese dispuesto de toda la información necesaria antes de la firma del contrato, así como de las consecuencias de dicha firma, entendiendo este hecho como “comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”.

Una vez aclarado por parte del TJUE, que los efectos que puede (y debe) conllevar la declaración de nulidad de una cláusula considerada como abusiva,

⁷⁸ Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea L095, 21 de abril de 1993, pp. 0029 – 0034. Art 6.1: “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 y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

⁷⁹ Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea L095, 21 de abril de 1993, pp. 0029 – 0034. Art 4.2: “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.

entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, procede determinar si se pueden limitar en el tiempo dichos efectos. Al respecto y tras lo que a nuestro parecer es una sólida argumentación respecto a la obligación del juez nacional a controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos⁸⁰, el Tribunal determina que, si ha habido una declaración de abusividad del juez competente, la consecuencia obvia debe ser “el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula” y esto solo se conseguirá a través de un efecto restitutorio: la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito.

Para concluir justifica ese deber de restituir al prestatario, exponiendo otro argumento igualmente sólido: si no se restituyesen al prestatario las cantidades abonadas de forma improcedente ¿dónde quedaría el efecto disuasorio que pretende la Directiva a través de su articulado?, ¿cómo se protege al consumidor si no se aplican medidas coercitivas que garanticen la cesación en el uso de dichas cláusulas?

Estos mismos argumentos debió de valorar y compartir la juez María Victoria Dávila Arévalo, titular del Juzgado de Instrucción número 2 de Mérida que, tan solo cuatro horas después de que se hiciera pública la STJUE, dictó sentencia condenado a la entidad Caja Extremadura a devolver todas las cantidades indebidamente cobradas, desde la suscripción del contrato en el año 2005.

⁸⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Cajasur Banco, S.A.U. y otros (asunto C- 154/15). Sentencia de 21 de diciembre de 2016 “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”.

VIII. CONCLUSIONES

Primera.- La primera de las conclusiones con las que iniciamos este último punto de nuestro trabajo es para señalar que, en un momento de debilitamiento económico y financiero cuyas consecuencias seguimos padeciendo en España, la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, en lugar de ayudar a sostener la economía de muchas familias españolas, ha generado una mayor precariedad y, en miles de casos, la incapacidad material de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias mensuales y, por lo tanto, al desahucio de miles de familias. A este respecto, la Asociación de usuarios financieros (en adelante, ASUFIN), en una nota de prensa, publicada en su página web el 19 de enero del año 2016⁸¹, afirmaba que la cláusula suelo está afectando a unos 2.000.000 de familias en España y que alrededor de un 10% de los que contrataron su hipoteca con una cláusula suelo, terminan perdiendo su vivienda habitual por causa de cláusulas abusivas que convierten el pago de las cuotas hipotecarias mensuales en algo prácticamente imposible.

No obstante lo dicho, el informe del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) sobre las estadísticas de ejecuciones hipotecarias realizadas durante el tercer trimestre del año 2016, hecho público en su página web oficial el 2 de diciembre de 2016, indica que las inscripciones de certificaciones por ejecuciones hipotecarias iniciadas sobre viviendas habituales han bajado un 34,8%. Y que el 59,9% de las ejecuciones hipotecarias sobre viviendas corresponde a contratos hipotecarios firmados entre el año 2005 y el 2008. La situación, obviamente, ha mejorado y ello bien puede deberse a la sucesión de demandas interpuestas contra las entidades financieras responsables de esta situación y, por supuesto, a las resoluciones judiciales que parecen haber logrado que el sector bancario de un paso atrás y que se planteen, o bien la no inclusión de estas cláusulas abusivas o, en el caso de hacerlo, proceder de acuerdo con las condiciones de transparencia y claridad exigidas por la legalidad vigente en la UE y en España, por el TJUE y por nuestros propios Tribunales.

Segunda.- La declaración de nulidad de las cláusulas suelo por abusivas y, sobre todo, las consecuencias prácticas que comporta o debiera comportar esta declaración de nulidad, es decir, sus efectos, está siendo objeto de una ya muy larga discusión por parte de los directamente afectados, de las asociaciones que los representan, de los juzgados y tribunales, de la doctrina, de la población española que sigue con interés la evolución de los hechos y de los medios de comunicación, supuestamente imparciales, que son el cauce habitual por el que la mayor parte de la población tiene acceso a esta información.

Es una cuestión bastante obvia que, ni con la STS de 9 de mayo de 2013, ni con el Auto de aclaración de la misma, dictado por la Sala primera del TS el 3 de junio de 2013, con los que nuestro más alto tribunal pretendió poner fin a esta situación, se consiguió el objetivo pretendido. Por un lado, se han seguido planteando cuestiones de prejudicialidad relacionadas con las cláusulas suelo ante

⁸¹ ASUFIN. 2016. El suelo hipotecario provoca 200.000 desahucios al año. *Asufin, Home, General, Medios*, [en línea]. [Consulta: 4 de enero de 2017]. Disponible en: <https://asufin.com/2016/01/el-suelo-hipotecario-provoca-200-000-desahucios-al-ano/>

el TJUE y, por otro, se siguen dictando sentencias que contradicen a la del 9 de mayo de 2013, como por ejemplo la dictada por el Juzgado de primera instancia de Baracaldo, y hecha pública el 16 de noviembre de 2016, que admite la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo desde la fecha en la que se firmó el contrato y, en consecuencia, obliga a la devolución del importe total de las cantidades indebidamente abonadas a la entidad financiera en cuestión.

Tercera.- Como hemos expuesto en este trabajo, la STS 241/2013 sostiene que las cláusulas suelo son, en principio, lícitas. Por eso, su inclusión en un contrato de préstamo hipotecario no puede suponer de forma automática su nulidad. Y no la puede suponer porque su validez, en principio, está amparada tanto por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como por la legalidad que le atribuye la normativa vigente.

Asimismo, constatábamos que hay autores que no admiten el control del equilibrio entre el precio y la contraprestación porque entienden, que este mencionado control, vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad, que es el fundamento de la economía de mercado. Partiendo de estas premisas, consideran una injerencia en la autonomía de la voluntad de las partes el hecho de querer controlar este equilibrio entre el precio y la contraprestación, bien sea por parte del legislador, bien sea por parte de los tribunales y añaden que este control podría dificultar, injustificadamente, el normal funcionamiento del mercado.

Así pues, el precio pactado debe ser libre, someterse solamente a las reglas de mercado, a las reglas de la libre competencia y a la ley de la oferta y la demanda. En definitiva, si el consumidor está bien informado, consideran que el contrato está bien encauzado. Con respecto a la afirmación de que la competencia es garantía del equilibrio económico, nos remitimos a los datos y a las estadísticas, sólo en lo que se refiere al número de ejecuciones hipotecarias y de desahucios. Pero creemos firmemente que es importante recoger en este tercer punto lo que afirmaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 "las reglas de mercado se han revelado incapaces, por sí solas, para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores".

Cuarta.- Tanto la STS de 9 de mayo de 2013, como la STS de 25 de marzo de 2015, declararon la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo y, sin embargo, establecieron una retroactividad parcial de los efectos de esta declaración de nulidad, limitándolos a la fecha de la primera de ellas: el 9 de mayo de 2013.

Con respecto a esta decisión, la primera pregunta que cabe plantearse es si el posible "riesgo de trastornos graves en el sistema económico español", que alega el TS para decidir sobre la retroactividad total o la retroactividad parcial, es cierto, o no lo es. Para contestar a esta pregunta, entendemos que sería necesario haber aportado pruebas, es decir, proceder a un estudio, cuando menos estimativo, de las cantidades que las entidades financieras tendrían que devolver a los consumidores perjudicados, comparándolo con la suma de los ingresos anuales de dichas entidades, y de las ayudas que se han brindado al sistema bancario español. Posteriormente habría que proceder a valorar el perjuicio irrogado a miles de familias españolas, a cuya suma hemos de añadir un riesgo de precariedad económica muy serio al orden económico de nuestra sociedad, como ya ha quedado demostrado de

forma palpable sin necesidad de realizar ningún estudio ulterior.

En definitiva, no creemos que sea admisible afirmar la existencia de un posible riesgo, a su juicio tan grave, que no vaya respaldado por las necesarias razones que lo justifiquen y lo hagan creíble. Cuando, lo que sí es cierto y constatable es la indigencia de miles y miles de familias, cuya capacidad adquisitiva se ha visto gravemente afectada por cláusulas abusivas de cuya responsabilidad responde, sólo parcialmente, el sector bancario: el causante.

A ello habría que añadir otra pregunta, tal vez implícita en el último punto abordado en el voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña, a la STS 139/2015, esto es, "que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémicos en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado".

La pregunta que, a nuestro juicio, procede es la siguiente: ¿puede el Tribunal Supremo, en el año 2015, mantener la retroactividad parcial de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en un contrato de préstamo hipotecario cuando la razón por la cual se tomó esta decisión ha desaparecido? La pregunta nos parece totalmente pertinente, porque si, habiendo mejorado la situación económica de España, el Tribunal Supremo no modifica su decisión en 2015, ello puede deberse a que los motivos que alegaron para adoptar tal decisión, sencillamente, no fuesen ciertos.

Quinta. - Por lo demás, otros dos argumentos que alegó el Tribunal Supremo en su STS 139/2015, fueron: la seguridad jurídica y la buena fe.

Con respecto a la seguridad jurídica, amparada por el art. 9.3 CE, sencillamente no alcanzamos a entender por qué el Tribunal Supremo entiende que queda garantizada vulnerando lo establecido, por ejemplo, en el art. 1303 CC., en el que se recoge la norma general, a la que antes aludíamos, en virtud de la cual aquello que es declarado nulo, carece de efectos y, por lo tanto, los ya producidos habrán de retrotraerse al momento en el que se perfeccionó el contrato. A nuestro juicio, más contribuye a la seguridad jurídica una norma tan lógica como la del art. 1303 CC., que la posibilidad de que ésta se vea modificada por el mismísimo Tribunal Supremo, alegando razones que no nos convencen.

En lo que a la buena fe se refiere, ¿cómo explicar esa buena fe en todas las demandas interpuestas, antes y después del 9 de mayo de 2013, cuando la forma de proceder de las entidades financieras demandadas es exactamente la misma? Esos miles de procedimientos, y las familias que hay detrás de cada uno de ellos ¿son los que avalan la buena fe de la banca?

Estamos teniendo en cuenta el propio argumento del Tribunal Supremo, recogido en la STS 139/2015, de acuerdo con el cual "la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

"Muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación"...Sin duda,

esos procedimientos deben de ser los que avalan la buena fe que alega el Tribunal Supremo.

Sexta.- Cinco días después de ser publicada la STS 241/2013, de 9 de mayo, se promulgó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, lo cual pone de manifiesto la preocupación del legislador por la situación que se estaba viviendo en España. De hecho, el preámbulo de la ley empieza reconociendo "las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones", a lo cual añade la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios cuya causa son precisamente "esas circunstancias excepcionales".

En primer lugar no deja de llamar la atención el tiempo que ha tardado el legislador en promulgar una ley tan necesaria y el hecho de que subraye, como causa fundamental, si no la única, la crisis económica y financiera que padecía España. Es esta una simplificación que, sencillamente, no nos parece admisible.

Volviendo a la Ley 1/2013, y conscientes de nuestra propia limitación a la hora de realizar un análisis cabal de las medidas que esta ley adopta y de las decisiones que, al respecto, ha tomado el Tribunal Supremo, no podemos dejar de comentar que nos sorprende que, por un lado el Tribunal Supremo decida la retroactividad parcial de los efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, con las consecuencias económicas que ello comporta para el bolsillo del prestatario y, por otro, que la Ley 1/2013 prevea la suspensión inmediata, por el plazo de dos años, de los desahucios de las familias que padeczan el riesgo de exclusión.

Si nuestro razonamiento es correcto, ¿no hubiera sido más lógico, y económicamente más efectivo, decidir, en primer lugar, la retroactividad de estas declaraciones de nulidad, para después seguir adoptando tantas medidas como fueran necesarias? ¿No se habrían evitado miles de desahucios con tan solo adoptar esta primera medida?

Sin embargo, no ha sido así. Las familias en grave riesgo de exclusión social se han visto forzadas a interponer demandas contra las entidades financieras, esperar a que se dicte sentencia para, después, percibir lo indebidamente abonado con el límite temporal que ya conocemos. Y es entonces, cuando se promulga la ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios: no deja de llamar nuestra atención la contradicción existente en el hecho de que el Tribunal Supremo se incline hacia la protección del sector bancario, aun esgrimiendo razones de orden público económico, y que el legislador, al menos en apariencia, se preocupe del deudor.

Luego es pertinente volver a preguntarse cuáles son los bienes jurídicos que realmente se están protegiendo. Y esto es así, porque el tipo de medidas y el orden en el que han sido adoptadas no nos parecen ni lógico, ni desde luego efectivo. El dinero que falta a las familias en riesgo de exclusión, debiera estar en sus cuentas, no en el de las entidades financieras, en gran medida, causantes de la situación que padecen estas familias.

IX. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

IX. 1. Fuentes doctrinales

ACHÓN BRUÑÉN, M.J. 2014. Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. *Diario La Ley*, [en línea]. Núm. 8366. [Consulta: 28 de diciembre de 2016]. ISSN 1989-6913.

AGÜERO ORTIZ, A. 2013. Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos. *Centro de Estudios de Consumo - Universidad de Castilla-La Mancha*, [en línea]. Septiembre de 2013. ISSN: 2254-2582. <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/40.pdf>

ALFARO AGUILA-REAL, J. 1998. Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales. *Anuario Jurídico de La Rioja*, [en línea]. Nº. 4, págs. 53-70. ISSN 1135-7096. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=188499>

AVILÉS GARCÍA, J. 1998. Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Núm. 648, Septiembre-Octubre, págs. 1533-1585. ISSN 0210-0444. Disponible en: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/clausulas-abusivas-buena-fe-reformas-324366>

AZPARREN LUCAS, A. 2013. Protección de los consumidores en los contratos bancarios: especial referencia a la cláusula suelo. *Tirant online. Doctrina*, [en línea]. Documento TOL3.919.112. 7/2013. [Consulta: 4 de enero de 2017]. Disponible en: <https://www.tirant.com/editorial/libro/revista-juridica-de-canarias-n302-013-victor-caba-villarejo-E000020004322>

BERROCAL LANZAROT, A.I. 2015. Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Año nº 91, nº 752, págs. 3644-3664. ISSN 0210-0444.

BERROCAL LANZAROT, A.I. 2014. El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance. *Cuadernos de derecho y comercio*, [en línea]. Núm. 62, págs. 173-214. ISSN: 1575-4812. Disponible en: <http://vlex.com/vid/control-abusividad-transparencia-caracterizacion-573617878>

BLANCO PEREZ-RUBIO, L. 2015. El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Núm. 749, Mayo, págs. 1099-1142. ISSN 0210-0444.

BUENO JIMÉNEZ, M. 2015 La doctrina de los actos propios: aplicación y exclusión. *Noticias Jurídicas, Conocimiento, Artículos Doctrinales*, [en línea]. [Consulta: 28 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/>

conocimiento/articulos-doctrinales/10185-la-doctrina-de-los-actos-propios-aplicación-y-exclusión/

CÁMARA LAPUENTE, S. 2013. El control de cláusula abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio 2012 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [en línea]. Nª 6, pp. 113 y ss. ISSN-e: 2254-2582. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/download/313/276>

CAÑIZARES LASO, A. 2015. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, [en línea]. Vol. II, núm. 3 julio-septiembre, 2015, pp. 67-105. ISSN: 2341-2216. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149>

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. 2013. El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. *Centro de Estudio de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha*, [en línea]. Núm. 7. [Consulta: 5 de enero de 2017]. ISSN: 2254-2582. Disponible en: <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357>

CENTENO HUERTA, S. 2013. El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante. *Lefebvre - El Derecho. Cláusulas abusivas*, [en línea]. [Consulta: 3 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html

CORDERO LOBATO. E. 2013. Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, [en línea] Nº 8088, 2013. ISSN 1989-6913.

DE PUIG MATEU, J; DE PUIG VILADRICH, J. 2013. El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, [en línea]. Nº. 5, págs. 157-162. ISSN 1889-4380.

DÍAZ GUIJARRO, R. 2017 Los titulares de hipotecas sobre casas tardan en pagarlas de media 13,2 años. *Cinco Días*, [en línea]. [Consulta: 3 de enero de 2017]. Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2012/11/13/economía/1352946216_850215.html

DIEZ DE LOS RIOS FLORES, M. La ficha europea sobre el crédito hipotecario (FEIN). En FLORES DOÑA, M. DE LA S. (ed.) *El Préstamo Hipotecario y el Mercado del Crédito en la Unión Europea*. Madrid. Dykinson. Pág. 379

EQUIPO FABREGAS & ASSOCIATS. 2014. Sobre el control judicial de las cláusulas abusivas. *Fábregas & Associats*, [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.fabregasassociats.com/control-judicial-de-las-clausulas-abusivas/>

GARCIA-VILLARUBIA, M. 2014. La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual. *Lefebvre - El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, [en línea]. Núm. 17. [Consulta: 27 de diciembre de 2016] Disponible en: <http://www.uria.com>

</es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=3993&pub=Publicacion&tipo=>

GÓMEZ-HIDALGO TERÁN, F. 2014. Las cláusulas abusivas y los criterios generales de abusividad. *Lefebvre - El Derecho*, [en línea]. [Consulta: 18/12/2016]. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/clausulas-abusivas-criterios-generales-abusividad_11_743305003.html.

GONZALEZ CARRASCO, M.C. 2013. Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [en línea], nº 6, págs. 116-128. ISSN: 2254-2582. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/3427>

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. 2014. La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate. *Diario la Ley, Sección Documento on-line*, [en línea]. Nº 8279, pág. 5. ISSN 1989-6913. Extracto disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4882-la-clausulasuelo-en-los-prestamos-hipotecarios:-una-discusion-abierta-para-el-debate/>

MARÍN, A. 2014. La oferta vinculante y su relación con la cláusula suelo. *Consumo & Ley*, [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://abogadomarin.blogspot.com.es/2014/11/la-oferta-vinculante-y-su-relacion-con.html>

MARÍN NARROS, H.D. 2015. El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [en línea]. Año nº 91, Nº 752, 2015, págs. 3769-3798. ISSN 0210-0444.

MARQUES MOSQUERA, C. 2014. Las cláusulas suelo. *Cuadernos de derecho y comercio*, [en línea]. Nº Extraordinario-2014, págs. 251-266. [Consulta: 11 de diciembre de 2016]. ISSN: 1575-4812.

MARTINEZ ESCRIBANO, C. 2014. Cláusulas suelo: ¿Se puede negociar con el banco? *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, [en línea]. Año nº 33, Nº 133, págs. 295-344. ISSN: 0211-6138. Extracto en: <http://abogadoscanovas.com/wp-content/uploads/2015/06/ARTICULO-CL%C3%81USUL AS-SUELO.pdf>

MARTINEZ ESPIN, P. 2013. El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [en línea]. Núm. 6. ISSN: 2254-2582. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/303>

OLAIZOLA MARTINEZ, F. 2013. El Tribunal Supremo, la cláusula suelo, las manos rojas y la psicoeconomía. *El notario del siglo XXI*, [en línea]. [Consulta: 16 de diciembre 2016]. Disponible en: <http://www.olaizolanotario.es/el-tribunal-supremo-la-clausula-suelo-las-manos-rojas-y-la-psicoeconomia/>

OLIVA LEÓN, R. 2015. Cláusulas suelo (definición y jurisprudencia). *Blog Lenguaje Jurídico*. [lenguajejuridico.com](http://www.lenguajejuridico.com), [en línea]. [Consulta: 19 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.lenguajejuridico.com/clausulas-suelo-definicion/>

PAYO ALCARAZ, I. 2016. Cláusulas de variabilidad del tipo de interés. Novedades legislativas, redondeo, comisiones y gasto. *El notario del siglo XXI*, [en línea]. Número 70 de Nov. / Dic. [Consulta: 19 de diciembre 2016]. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hermeroteca/revista-16?id=2228:clausulas-de-variabilidad-del-tipo-de-interes-novedades-legislativas-redondeo-comisiones-y-gastos-0-7535204577758168>

PÉREZ BENÍTEZ, J.J. 2008. El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil, Barcelona*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, [en línea]. Disponible en: https://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Condiciones_generales_contratacion_JJ_Perez_Benitez.pdf

PÉREZ CONESA, C. 2013. Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, [en línea]. Nº. 4, Vol. 2, págs. 39-47. ISSN 2174-1840.

PÉREZ DEL VILLAR CUESTA, R. 2014. Cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Noticias jurídicas, Civil, Artículos Doctrinales, Cláusulas Abusivas*, [en línea]. [Consulta: 3 de enero de 2017]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4938-clausulas-abusivas-en-contratos-de-prestamo-hipotecario-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea/>

PERTIÑEZ VILCHEZ, F. 2013. Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Revista para el análisis del Derecho*, [en línea], nº julio de 2013, pág. 5. ISSN 1698-739X. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>

PEYRA, J. M. 2013. Anulación de la cláusula suelo: principales criterios fijados por la primera sentencia del Tribunal Supremo. *DiarioJurídico.com*, [en línea]. [Consulta: 12 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.diariojuridico.com/anulacion-de-la-clausula-suelo-principales-criterios-fijados-por-la-primer-a-sentencia-del-tribunal-supremo/>

PLAZA PENEDÉS, J. 2016. Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores. *Revista Consumo y Empresa*, [en línea]. [Consulta: 4 de enero de 2017]. Núm. 2, Mayo 2016. ISBN: 2462-487X.

ROCA-ERRE, E. 2013. ¿Cómo afecta la bajada de tipos de interés a los activos financieros? *Rankia*, [en línea]. [Consulta: 5/12/2016]. Disponible en: <http://www.rankia.com/blog/erre/2025216-como-afecta-bajada-tipos-interes-activos-financieros>

RIPOLL SOLER, A. 2014. 50 preguntas al notario antes de firmar un préstamo. *El Blog del Notario*, [en línea]. [Consulta: 5/12/2016] Disponible en: <https://pildoraslegales.com/2014/10/18/50-preguntas-notario-antes-firma-prestamo/>

RODRIGUEZ ACHÚTGUI, E. 2015. Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error? *Revista Aranzadi Doctrinal*, [en línea]. Núm. 6/2015. Parte Comentario.

[Consulta: 28 de diciembre de 2016] ISSN 1889-4380.

SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. 2016. Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [en línea]. Num.8/2016, parte Estudio. [Consulta: 27 de diciembre de 2016]. ISSN: 1889-4380.

VILLAR FORNOS, J.L. 2013. Cláusulas suelo y techo: ¿Son legales?, ¿Se puede solicitar su anulación? *Capitalibre*, [en línea]. [Consulta: 12 de diciembre de 2016] Disponible en: <https://capitalibre.com/2013/06/clausulas-suelo-y-techo-legales-solicitar-anulacion>

IX.2. Fuentes normativas

- Legislación comunitaria

Directiva

Unión Europea. Directiva 2014/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Diario oficial de la Unión Europea, L 60, de 28 de febrero de 2014, pp. 34-85*.

Directiva

Unión Europea. Directiva 93/2013/CEE, del Consejo, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario oficial de la Unión Europea. Diario oficial de la Unión Europea, L 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34*.

- Legislación estatal

España. Constitución española de 1978

Ley/Ley Orgánica

España. Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación. *Boletín Oficial del Estado, 14 de abril de 1998, núm. 89, pp. 12304-12314*.

Ley/Ley Orgánica

España. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. *Boletín Oficial del Estado, 1 de abril de 2009, núm. 79, pp. 30843- 30859*.

Ley/Ley Orgánica

España. Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Boletín Oficial del Estado, de 15 de mayo de 2013, núm. 116, pp. 36373 a 36398*.

Decreto/Real Decreto/ Real Decreto Ley

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, cuya última modificación se publicó el 21 de noviembre de 2016. *Boletín Oficial del*

Estado, de 25 de julio de 1889, núm. 206, pp. 249- 259.

Decreto/Real Decreto/ Real Decreto Ley

España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial del Estado, de 30 de noviembre de 2007, núm. 287, pp. 49181- 49215.*

Orden

España. Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. *Boletín Oficial del Estado, 19 de diciembre de 1989, num.303, pp. 39289-39292.*

Orden

España. Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. *Boletín Oficial del Estado de 11 de mayo de 1994, núm. 112, pp. 14444-14449.*

Orden

España. Orden Ministerial de 27 de octubre de 1995, por la que se modifica la de 5 de mayo de 1994. *Boletín Oficial del Estado, de 1 de noviembre de 1995, núm. 261, pp. 31794-31794.*

Orden

España. Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1999, sobre fórmula de cálculo del tipo de interés del mercado intercambiario a un año (Mibor). *Boletín Oficial del Estado, de 4 de diciembre de 1999, núm. 290, pp. 42113-42114.*

Orden

España. Orden Ministerial de Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. *Boletín Oficial del Estado, de 29 de octubre de 2011, núm. 261.*

IX.3. Fuentes jurisprudenciales

- Tribunales internacionales

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Cajasur Banco, S.A.U. y otros (Asuntos acumulados C- 154/15, C- 307/15 y C- 308/15). Sentencia de 21 de diciembre de 2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Aziz (C- 415/11). Sentencia de 14 de marzo de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia Europea. Caso Banif Plus Bank (C-472/11). Sentencia de 21 de febrero de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Caja Madrid vs Ausbanc (C-484/08). Sentencia de 3 de junio de 2010.

- Tribunales españoles

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo.

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo civil) Sentencia núm. 241/ 2013, de 9 de mayo.

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio.

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo. Auto del Pleno de la Sala primera de 6 de noviembre de 2013.

Audiencia Provincial

España. Audiencia provincial de Sevilla. (Sección 5^a) Sentencia núm. 396/2015, de 5 de noviembre.

Audiencia Provincial

España. Audiencia provincial de Sevilla. (Sección 5^a) Sentencia de 7 de octubre de 2011.

Juzgado de lo Mercantil

España. Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid. Sentencia núm. 471, de 7 de abril de 2010.

Juzgado de lo Mercantil

España. Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla. Sentencia núm. 246, de 30 de septiembre de 2010.