

Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho

La cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario

Trabajo fin de grado presentado por: **María Luz Fernández Moncayo**
Titulación: **Grado en Derecho**
Línea de investigación: **Cláusulas abusivas y protección al
consumidor**
Director/a: **Beatriz Sáenz de Jubera Higuero**

Marbella (Málaga)
4 de julio de 2017
Firmado por: María Luz Fernández Moncayo

CATEGORÍA TESAURO: 3.1.2 Derecho Privado

ÍNDICE	Pág.
I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LA CLÁUSULA SUELO EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO ...	4
II.1. Concepto y regulación.....	4
II.2. Consecuencia social.....	6
III. LA CLÁUSULA SUELO COMO CLÁUSULA ABUSIVA.....	6
III.1. Las condiciones generales de la contratación.....	6
III.2. El carácter de cláusula abusiva.....	9
III.3. El control de oficio.....	10
III.4. El control de contenido.....	10
III.5. El doble control de transparencia.....	13
IV. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD.....	16
IV.1. Los efectos de la declaración de nulidad.....	16
IV.2. Los efectos retroactivos y su límite.....	18
V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016.....	20
V.1. Las cuestiones prejudiciales planteadas.....	20
V.2. Efectos “ex tunc”. Interpretación del término “no vincularán”.....	21
V.3. Los límites a la protección del consumidor.....	22
VI. EL REAL DECRETO LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO.....	26
VI.1. Preámbulo, objeto y ámbito de aplicación.....	26
VI.2. Reclamación previa y costas procesales.....	27
VI.3. Disposiciones adicionales y críticas al RDL 1/2017.....	28
VII. CONCLUSIONES.....	31
VIII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....	34
VIII.1. Fuentes normativas.....	34
VIII.2. Fuentes jurisprudenciales.....	35
VIII.3. Fuentes doctrinales.....	36

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

CC	Código Civil.
CE	Constitución española.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Directiva 93/13	Directiva 93/13/CEE del Consejo de Europa, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
OM 89	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. (Vigente hasta el 29 de abril de 2012).
OM 94	Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
RDL 1/2017	Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero de 2017, de Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLGDCU	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.
TS	Tribunal Supremo.

LA CLÁUSULA SUELO EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto el estudio de las controvertidas cláusulas suelo en los contratos de préstamos hipotecarios. Abordaremos en primer lugar el concepto y las condiciones generales de contratación. Se analizarán también los diferentes controles a la que son sometidas las cláusulas y que definen si son lícitas o, por el contrario, tienen carácter abusivo. Examinaremos asimismo la polémica sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que limita la retroactividad de la devolución de las cantidades a los miles de afectados por las cláusulas y como el Alto Tribunal ha tenido que adaptar su jurisprudencia tras la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Y para finalizar, estudiaremos el reciente Real Decreto Ley 1/2017 implantado por el Gobierno de forma urgente, ante la previsibilidad del aumento de las demandas judiciales, que tiene por objeto facilitar a los afectados y los bancos que puedan llegar a un acuerdo extrajudicial.

PALABRAS CLAVES: Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Control de transparencia. Nulidad. Irretroactividad.

I. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas suelo se remontan desde el año 1997 hasta la actualidad. En el escenario de la burbuja inmobiliaria, los bancos comenzaron a incluir estas cláusulas en las hipotecas que contrataban los clientes que implicaba un mínimo a pagar. Esto suponía una ganancia fija, porque ya sabían que el Euríbor (índice de referencia más utilizado en la mayoría de las hipotecas en España) tendería a bajar, tal como sucedió. Después de una época de subidas de tipos (2004-2008) el Euríbor bajó del 3,5 % (cláusula suelo media) en enero de 2009¹. Desde ese momento es cuando el consumidor comienza a padecer el perjuicio que da lugar a tener que pagar un exceso de intereses como consecuencia de contratar la polémica cláusula suelo.

Las entidades bancarias, expertas del sector financiero, protegían de manera anticipada sus propios intereses económicos ante la eventualidad de posibles bajadas del tipo de interés variable fijado como tipo de referencia para el préstamo. El consumidor que, por lo general, no tiene conocimiento en el sector financiero se

¹ ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS (2010: 15).

encuentra en una situación de inferioridad y merece por tanto una protección especial.

La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 9 mayo 2013² dio lugar a que durante los años 2014 y 2015 fueran un tanto caóticos por la disparidad de criterios judiciales. Consecuencia de ello, varios juzgados plantearon cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que se pronunció sobre las cuestiones planteadas el pasado 21 de diciembre de 2016.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una primera aproximación al estudio de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario como condiciones generales de contratación. Observaremos cómo estas cláusulas suelo implican una modificación del precio del préstamo al que tiene que hacer frente el consumidor en su perjuicio y cómo además suponen un quebranto de la información previa facilitada por las entidades bancarias sobre la existencia de esas cláusulas.

Analizaremos el significado de cláusula abusiva, el protagonismo del control de transparencia en las condiciones generales de la contratación que es expresión de la legalidad, que nos llevará a conocer si una cláusula es o no abusiva de modo que garantice al consumidor la comprensibilidad real y no meramente formal de los rasgos básicos del contrato y los efectos de la declaración de nulidad y devolución de las cantidades cobradas indebidamente por el banco.

Para el desarrollo de este trabajo emplearemos la metodología mixta teórico-práctica. Nos apoyaremos en documentación sobre la legislación vigente, doctrina jurídica, sentencias dictadas por los diferentes Tribunales españoles y del TJUE y el reciente Real Decreto Ley de Medidas Urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

La elaboración de este trabajo fin de grado es el resultado del esfuerzo y dedicación pero hubiera resultado imposible de llevar a cabo sin la ayuda de todas las personas que, de una manera o de otra, han participado en su elaboración. A todas ellas es justo dedicarles unas líneas de agradecimiento. En primer lugar, a la UNIR porque me ha brindado la oportunidad de estudiar y gracias a ello puedo ver cumplido mi sueño, ser graduada en Derecho. A mi directora la profesora Beatriz Sáenz de Jubera Higuero, por su valiosa dirección y sus consejos. A mi hermano Luis, fuente de mi motivación y crecimiento personal, por el apoyo y ánimo recibido durante estos cuatro años. A mis dos hijas, por el tiempo robado, por el amor incondicional que me dan les recompensaré.

II. LA CLÁUSULA SUELO EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

II.1. Concepto y regulación.

La cláusula suelo es una cláusula limitativa del tipo de interés que el banco puede incluir en la escritura de hipoteca que afecta a aquellos préstamos hipotecarios con un tipo de interés variable referenciado. El consumidor al contratar

² STS de 9 mayo 2013, sobre cláusulas suelo, nº 241/2013, (Cendoj ROJ: STS 1916/2013).

un préstamo hipotecario asume el riesgo derivado de la variación de los tipos de interés.

El tipo de interés variable de los préstamos está constituido por el valor que marque el correspondiente índice de referencia sumado a otro valor llamado diferencial. Al mismo tiempo, la cláusula suelo puede hacer referencia a un tipo mínimo de interés nominal o un tipo mínimo de referencia, esto es, cuando se fija un porcentaje mínimo al Euribor³. La gran mayoría de los préstamos hipotecarios contratados en España fijan un interés vinculado al valor del Euribor, sumándole un diferencial, que vendrá fijado por la entidad con la que se efectúe el contrato de hipoteca. Como aproximación del diferencial pactado en cada año se utiliza la diferencia entre el IRPH⁴ y el Euribor.

Nos encontramos ante una cláusula suelo si se limita el tipo de interés mínimo a aplicar. De otro modo, si se limita el tipo de interés máximo a aplicar será una cláusula techo. La diferencia entre una y otra estriba en que el límite superior protege al consumidor, ya que se le garantiza un coste máximo del préstamo. El límite inferior protege a la entidad financiera, pues le asegura unos ingresos fijos en caso del descenso del Euribor. El préstamo puede incluir una de estas cláusulas o ambas a la vez. No obstante, los bancos han establecido los suelos garantizando su aplicación, mientras los techos se establecieron en niveles inaccesibles para que así no pueda beneficiarse el consumidor⁵.

En las escrituras del préstamo hipotecario las cláusulas suelo se suelen identificar bajo los enunciados "límites a la aplicación del interés variable", "límite de la variabilidad" o "tipo de interés variable". Así mismo, se establece que el interés nunca podrá ser inferior, en el caso del suelo. Estas cláusulas se encuentran pre-redactadas conforme a los modelos estándar formulados por la entidad bancaria, que se configuran así como un tipo de contratos en masa.

El porcentaje mínimo establecido por las cláusulas suelo se sitúa habitualmente entre un 3,56 % mientras que el de las cláusulas techo fluctúa entre un 13% y el 14%⁶. Esto representa una manera artificiosa de bajada del tipo de interés, eludiendo así las posibles tendencias alcistas y bajistas del mercado hipotecario. La cláusula techo produce en el consumidor una falsa expectativa de reciprocidad porque el tipo de interés fijado por la entidad no se alcanzará nunca y, sin embargo, durante la vida del contrato, en varias ocasiones, se ha activado el tipo de interés mínimo. Por consiguiente, se produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. El consumidor sale perjudicado y la entidad obra de mala fe⁷.

Las cláusulas suelo forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, están reguladas expresamente en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 (en adelante OM 89), la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (en adelante OM 94)⁸,

³ Acrónimo de European Interbank Offered Rate.

⁴ Acrónimo de Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios.

⁵ ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS, (2010: 12-13).

⁶ GENTO MAHUENDA, (2014: 29).

⁷ GARCÍA MONTORO, (2013A: 244).

⁸ OM 89 y OM 94 fueron derogadas y sustituidas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que aumentó los deberes y garantías de información.

la Ley 2/2009 de Contratación de préstamos hipotecarios con particulares y, más recientemente, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

II.2. Consecuencia social.

La activación de la cláusula suelo se produce a partir del año 2009 cuando el Euribor comenzó a bajar vertiginosamente. “En los años del *boom* hipotecario (2005 a 2008), en donde la contratación se realizaba aplicando los menores diferenciales sobre Euribor de la historia de la hipoteca, los efectos de la cláusula son mayores, impidiendo que los usuarios se beneficiaran de los tipos de interés más bajos de la historia”⁹. A partir del año 2010 el perjuicio económico para el consumidor fue incrementándose. En función del préstamo concedido un afectado podría pagar al año unos cuantos miles de euros.

Miles de hipotecados se llevaron una gran sorpresa ante la imposibilidad de aprovechar la bajada del Euribor descubriendo que sus contratos tenían cláusulas suelo. Comenzaron a demandar a los bancos alegando el desconocimiento de la existencia de la cláusula suelo.

Las cláusulas abusivas han cooperado al aumento de los embargos hipotecarios que hemos tenido en los últimos años. Muchos de esos embargos podrían haberse evitado si no se hubiesen aplicado esas cláusulas suelo.

Ante el enorme número de afectados se han llevado a cabo distintos tipos de procedimientos judiciales, tanto demandas colectivas como individuales. A estas demandas colectivas se han sumado las principales asociaciones de afectados por la cláusula suelo.

En los últimos años se ha debatido bastante en los Tribunales españoles sobre si las cláusulas suelo son lícitas o nulas por abusivas, siendo el TS quien puso el broche a toda esta cuestión en su sentencia de 9 de mayo de 2013. A raíz de esta sentencia son numerosos los pronunciamientos de los juzgados y tribunales de nuestro país, no siempre coincidentes en sus razonamientos y en las conclusiones. Ante la disparidad de contradicciones se han planteado numerosas cuestiones prejudiciales al TJUE.

III. LA CLÁUSULA SUELO COMO CLÁUSULA ABUSIVA

III.1. Las condiciones generales de la contratación.

La STS de 9 mayo 2013 que será la base principal objeto de nuestro estudio, resuelve la validez de la denominada cláusula suelo y declara nulas las citadas cláusulas en el procedimiento interpuesto por AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) contra tres entidades bancarias. Esta sentencia revoca la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Sevilla al considerar a las

⁹ GENTO MAHUENDA, (2014: 36).

cláusulas suelo como auténticas condiciones generales de la contratación, pues a pesar de estar referidas al objeto principal del contrato, son condiciones generales impuestas por las entidades bancarias.

El TS señala que respecto a las condiciones generales de la contratación los requisitos deben adaptarse a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) que tiene como finalidad la protección de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios y, además, de cualquiera que haga uso de las condiciones generales de contratación, tanto en las relaciones contractuales entre profesionales como en las contractuales de éstos con los consumidores. No se extiende a todos los tipos de contratos pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del “objeto principal”¹⁰.

Apunta el Alto Tribunal que a pesar del hecho de que las cláusulas suelo constituyan el objeto principal del contrato no impide su consideración como condición general de la contratación. Todo contrato debe contener los elementos esenciales que contempla el art. 1261 del Código Civil (en adelante CC) que son: el consentimiento de las partes, el objeto del contrato y la causa de la obligación. La ausencia de cualquiera de estos tres elementos puede dar lugar a la inexistencia del contrato. Cabe añadir también la obligación que tiene el empresario sobre los deberes de información según establece nuestro ordenamiento jurídico.

Además, el consumidor debe tener conocimiento de la inclusión de la cláusula en el contrato, sea ésta condición general o particular. Es un requisito previo al consentimiento e indispensable para su incorporación al contrato pues, en su caso, las partes no quedarían obligadas y sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder en derecho.

Debemos considerar, como señalamos anteriormente, que estas cláusulas han sido previamente redactadas y, por tanto, entendemos que han sido impuestas por el empresario en el momento en que el consumidor no puede condicionar sobre el contenido o supresión de la cláusula, sólo puede adherirse y consentir contratar o renunciar al contrato. No cabe hablar realmente de la existencia de libertad de contratación y negociación, al menos no en sentido pleno, al quedar reducida la autonomía de la voluntad del adherente a decidir si quiere contratar o no pero sin poder participar en modo alguno en la fijación del contenido contractual.

No es lo mismo la imposición del contenido que la imposición del contrato, son cuestiones distintas. El consumidor puede decidir libremente si contrata o no, pero carece de libertad para configurar el contenido del contrato, que viene predeterminado por el empresario, en este caso, la entidad de crédito¹¹. Las condiciones de las cláusulas suelo se encuentran definidas y estandarizadas por las entidades bancarias, es lo que conocemos como contratación en masa, dada la imposibilidad y los gastos que implicaría una negociación individualizada con cada consumidor.

¹⁰ Art. 1.1 LCGC. "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

¹¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, (2014: 6).

El TS considera que en los casos de condiciones generales en contratos con consumidores cabe aplicar 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). En concreto el art. 82.2 dispone que “el empresario que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba” así también el art. 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 (en adelante Directiva 93/13) dice que “el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”.

Por otra parte, la STS de 9 mayo 2013 considera a las cláusulas suelo como parte del objeto principal del contrato, y se apoya para ello en la doctrina procedente de la Directiva 93/13 en cuanto a la “definición del objeto principal del contrato” toma como base la interpretación literal del art. 4.2 de esa Directiva¹². El Tribunal no hace distinción entre “elementos esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto, sino a si son “descriptivas” o “definidoras” del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al “método del cálculo” o “modalidades de modificación del precio”¹³.

Es por ello que “las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario” y que además definen el objeto principal del contrato. La STS de 9 mayo 2013 afirma que las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato pues cumplen una función definitoria o descriptiva esencial. No obstante, cabe la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

Sin embargo, no todo son ventajas. Estas técnicas de concluir o celebrar contratos han generado importantes riesgos e inconvenientes para los adherentes dando lugar a que las condiciones generales de contratación fuera observada con preocupación doctrinal y jurisprudencia, al pasar a convertirse en muchas ocasiones, al socaire del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC¹⁴), en instrumento privilegiado para la realización de prácticas abusivas que alteraban gravemente el justo equilibrio de las prestaciones en beneficio de la parte predisponente del contrato y en perjuicio del adherente.

Nos encontramos ante productos bancarios de extrema complejidad técnica que, por lo general, el consumidor carece de conocimientos jurídicos y/o financieros para entender el significado y alcance de las cláusulas contractuales. Este es el argumento esgrimido por el TS ante las entidades bancarias que aseguraban que el cliente conocía el producto financiero contratado.

El consumidor se encuentra en una situación de inferioridad con respecto a la entidad financiera, es por ello que merece una especial protección.

¹² Art. 4.2 Directiva 93/13 “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.”

¹³ CÁMARA LAPUENTE, (2013: 114).

¹⁴ Art. 1255 CC “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Acreditado que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, que además recaen sobre un objeto principal del contrato y que no han sido negociadas individualmente, debemos conocer la doctrina vertida por el TS acerca del carácter abusivo de estas cláusulas.

III.2. El carácter de cláusula abusiva.

La definición de cláusula abusiva viene contemplada en el art. 82.1 TRLGDCU¹⁵ y, en el mismo sentido, el art. 3 de la Directiva 93/13 dice que “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas 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”. Puede resultar que algún elemento se haya negociado individualmente pero no es incompatible con la aplicación al resto del contrato en cuanto a las normas sobre cláusulas abusivas.

A esa definición debemos añadir la jurisprudencia sentada por el TS en su sentencia de 9 mayo 2013, basada a en la doctrina del TJUE, en cuanto que para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas se deben cumplir los requisitos del art. 82.2 del TRLGDCU que resumimos:

- Una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando resulte de un contrato previamente redactado y el consumidor no haya podido intervenir en su contenido, por lo general en los contratos de adhesión.
- Que de forma individual se hayan negociado algunos elementos de una cláusula o que se haya negociado una cláusula concreta no descartará la aplicación de las reglas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. Si el empresario manifiesta que la cláusula contratada fue negociada individualmente corre de su cuenta la carga de la prueba¹⁶.

Para que se pueda hablar de cláusula abusiva debe tratarse, en primer lugar de una condición general, esto es, de una cláusula predispuesta no consentida expresamente; de una condición general inserta en un contrato celebrado entre consumidor y empresario; y de una condición general que no traspase el especial control de contenido establecido por el artículo 82.1 del TRLGDCU.

El art. 82.4 del TRLGDCU clasifica por grupos los distintos tipos de cláusulas abusivas y el artículo 85 de la misma norma establece una relación de aspectos del contrato sometidos a la voluntad del empresario como abusivos.

Por otro lado, queremos señalar que aunque la LCGC se ocupa tanto de los consumidores como los no consumidores el TS en su sentencia de 9 mayo 2013 rechaza que se pueda aplicar el control de abusividad a contratos para profesionales

¹⁵ Art. 82.1 TRLGDCU “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

¹⁶ STS de 9 mayo 2013, pág. 39 y art. 82.2 TRLGDCU.

o empresarios¹⁷. El control de transparencia adaptado por el TS queda pues para los contratos de préstamos a consumidores. Para aquellos contratos de préstamos a profesionales no es aplicable el control de transparencia. El TS en sentencia de 3 junio 2016 utiliza el recurso de la buena fe, como criterio de control en la interpretación del contrato a profesionales para evitar situaciones abusivas¹⁸.

Para finalizar este epígrafe, la STS de 9 mayo 2013 señala que serán lícitas “siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variedad de los tipos”. Las cláusulas deben superar el control de abusividad para que sean lícitas, por ello son sometidas a diferentes controles que pasamos a analizar.

III.3. El control de oficio.

Señala la STS de 9 mayo 2013, en los Razonamientos Jurídicos Sexto, que como ha reiterado el TJUE en otras ocasiones "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual" con el fin de dar efectividad a la Directiva 93/13 y a la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. Esta norma es de obligado cumplimiento para todos los Tribunales de la Unión.

Al juez le compete no solo apreciar la abusividad, también cuando existan motivos suficientes para creer que una cláusula es abusiva, si es necesario, acordará de oficio la práctica de diligencias de prueba al objeto de resolver si la cláusula está contenida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13¹⁹.

III.4. El control de contenido.

El TRLGDCU, recogió un especial grado de protección al consumidor como parte que no interviene en la regulación del contenido del contrato, estableciendo un especial control de contenido y un régimen de nulidad de cláusulas abusivas. Este control de contenido ha sido excluido por la LCGC para el caso de la contratación con condiciones generales entre empresarios. En este sentido lo que debiera haber sido el núcleo de una Ley de condiciones generales, es decir, una cláusula general para efectuar un control específico del contenido distinto del que generalmente es aplicable a todos los contratos nuestra Ley no lo tiene, estableciendo únicamente este especial control para el contrato celebrado con un consumidor (art. 8.2 LCGC)²⁰. Podemos observar que en ambos textos legales, LCGC y TRLGDCU, se disponen, dos tipos de controles:

- Un control de incorporación o inclusión que deberán quebrantar las condiciones generales con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios.

¹⁷ Párrafo 233, b) “(...) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-“.

¹⁸ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, (2016: 87-88-99).

¹⁹ STJUE de 9 noviembre 2010, (C-137/08).

²⁰ CAÑIZARES LASO, (2015: 71).

- Un control de contenido que únicamente deberán quebrantar aquellas condiciones generales incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor, por ello sólo merecen el calificativo de cláusulas abusivas aquellas condiciones generales que no traspasen el control de contenido que se establece.

La Directiva 93/13 tiene por objeto dotar a los consumidores de un instrumento normativo que permita restablecer el justo equilibrio de las prestaciones en aquellos contratos en que sus condiciones están previamente preestablecidas por una de las partes y son impuestas a la otra. En el ámbito subjetivo de protección, se refiere a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (contratos de consumo) por lo que no es ampliable a los contratos celebrados entre empresarios. Respecto al ámbito objetivo de aplicación viene constituido por las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, salvo que se traten de disposiciones legales imperativas o pertenecientes a convenios internacionales.

Por otra parte, el art. 7 del CC exige la buena fe y prohíbe terminantemente la abusividad para todo el Orden Jurídico y el art. 8.1 LCGC dispone que “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva”. En el Preámbulo de dicha Ley se recoge “(...) nada impide que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales”.

A más abundamiento el art. 80.1.c) del TRLGDCU establece “Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (...)” como requisito de validez de las cláusulas no negociadas individualmente y, en el mismo sentido, nos remitimos al art. 3.1 de la Directiva 93/13 como señalamos en el primer párrafo de este epígrafe. Más adelante estudiaremos el desequilibrio en las condiciones generales de contratación, en perjuicio del consumidor, que da lugar a la nulidad de pleno derecho de la cláusula.

Sobre el control de contenido hubo diversas posturas entre las que podemos destacar: El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla (Sentencia de 30 septiembre 2010, autos de juicio verbal 348/2010) entendía que las cláusulas suelo eran condiciones generales de la contratación y que, por tanto, no se referían al objeto principal del contrato y aprecia una gran desproporción entre la cláusula suelo y la cláusula techo pactadas. La Audiencia Provincial de Sevilla²¹ entendía que el control de contenido no podía ser realizado debido a que las cláusulas suelo no eran condiciones generales de la contratación por representar el objeto principal del contrato. Y el Juzgado de lo Mercantil de Alicante que manifiesta que estas cláusulas de limitación a la variabilidad del interés no se encontraban contenidas en contratos bilaterales o de obligaciones recíprocas por lo que no se podría analizar el equilibrio entre las partes.

²¹ Sentencia de 7 octubre 2011, (AC 2011, 1569), en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010.

La STS de 9 mayo 2013 resuelve que las cláusulas de un contrato unilateral puedan ser declaradas abusivas en sentido estricto, ya que el control de contenido se basa en el análisis de conjunto de derecho y obligaciones de naturaleza jurídica y no en la comprobación de la justa reciprocidad de las prestaciones económicas o materiales de las partes. Como ya citamos anteriormente, el TS declara el carácter de condiciones generales de la contratación a las cláusulas suelo y las califica como elementos que forman parte del objeto principal del contrato.

El TS llega a la conclusión que el hecho de que la cláusula suelo constituya parte del objeto principal del contrato determina, como normal general, la imposibilidad de analizar el carácter abusivo, en sentido estricto. Principio que se constata en el art. 82.1 del TRLGDCU que sujeta el control de abusividad al contenido normativo del contrato.

En el mismo sentido, la Directiva 93/13 indica que "(...) la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación" y el artículo 4.2 que "(...) la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"²². De esta manera viene a decir el TS que no es viable un control sustantivo de estas cláusulas ni su calificación como abusivas a través de él, cabe pues un control de transparencia.

Hemos de reseñar que la doctrina ha sugerido de manera reiterada que nuestro legislador no alcanzó a transponer el art. 4.2 de la Directiva 93/13. Si bien, el TS lo ha incorporado en sus resoluciones, avalando su aplicación y la inviabilidad de controlar el contenido de las cláusulas identificadas como objeto principal del contrato y el equilibrio de las contraprestaciones²³.

Las condiciones económicas o de índole patrimonial de las prestaciones en la práctica se han considerado que quedan fuera del equilibrio de los derechos y de las obligaciones de las partes según señala la LCGC²⁴. Muchos autores manifiestan que los aspectos económicos del contrato deben estar al margen del control judicial, de este modo se respeta el principio de libertad de precios contemplado en el art. 17.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD)²⁵ y el de libertad de empresa que consagra el art. 38 de nuestra Constitución²⁶.

No obstante, 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 transparencia²⁷ que pasamos a estudiar a continuación.

²² STS de 9 mayo 2013, pág. 44.

²³ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, (2016: 79).

²⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, (2014: 7).

²⁵ Art. 17.1 LCD "Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre".

²⁶ Art. 38 CE "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

²⁷ CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO, (2013: 170).

III.5. El doble control de transparencia.

El TS parte de la premisa de que el control de contenido no se puede aplicar directamente sobre las cláusulas suelo ya que éstas definen el objeto principal del contrato pero sostiene que sí pueden ser sometidas a un doble control de transparencia formal y material. Si estos controles se superan, cabe aplicar el control de contenido. Es decir, que aunque no cabe el control de equilibrio entre precio y contraprestación, cabe un doble control o filtro de transparencia en los contratos celebrados con consumidores: el control de inclusión o de incorporación, que supone el cumplimiento exacto y diligente de los requisitos establecidos en la OM 94, y el control de transparencia, *id est*, que sea clara y comprensible.

El primer control de transparencia formal o de inclusión viene a exigir la transparencia documental de los contratos. Se encuentra regulado en los arts. 5 y 7 LCGC y art. 80 TRLGDCU. En un primer lugar, se deberá facilitar al consumidor una guía informativa, después viene la oferta o propuesta vinculante que deberá incluir las condiciones financieras con exposición de tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés. El consumidor podrá examinar la escritura pública durante el plazo de tres días antes de firmarla. Por último, se formalizará el préstamo en escritura pública y el notario estará obligado a informar a las partes y a prevenir acerca de los pormenores del interés variable y, en particular, si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja²⁸.

La STS de 9 mayo 2013 tras examinar que las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, cumplen los requisitos legales para su incorporación a los contratos, mismamente si se adhieren entre empresarios y profesionales como si se adhieren entre estos y consumidores, entiende superado el filtro de inclusión en el contrato. Sin embargo, si los intervinientes son tan solo consumidores ha de añadirse un nuevo control con los requisitos que contempla el art. 80.1.b) del TRLGDCU²⁹.

Este control incluye la función notarial de advertir al prestatario sobre las condiciones del contrato de préstamo hipotecario. Superado el control de transparencia formal, queda la cláusula incluida en el contrato y se pasa al siguiente control.

El nuevo control, conocido como de transparencia material o de comprensibilidad real, tiene por objeto analizar si la información facilitada al adherente así como en los términos que se le ha facilitado, cumple con las expectativas de comprensión a la hora de la celebración del contrato o, por el contrario son ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, según contempla los artículos 5.5 y 7.b) de la LCGC³⁰.

²⁸ STS de 9 de mayo 2013, pág. 43.

²⁹ Art. 80.1.b) "En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, (...) deberán cumplir los siguientes requisitos: Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura".

³⁰ Art. 5.5 LCGC "La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez". Art. 7 b) LCGC "Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, 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".

Para el análisis sobre el “control de transparencia” el TS se apoya en el vigésimo considerando de la Directiva 93/13³¹ y en el art. 4.2 de la misma, es decir, para la no apreciación del carácter abusivo de las cláusulas éstas deberán estar redactadas de manera clara y comprensible. Dicho de otra manera, serán abusivas si no están redactadas de forma clara y comprensible.

Así mismo, el art. 80.1 del TRLGDCU dispone que los contratos entre consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deben de reunir una serie de requisitos:

- Que estén redactadas con claridad y sencillez y con concreción, para que ayuden a una comprensión directa.
- La cláusula debe ser legible y accesible al consumidor para que pueda tener conocimiento de su existencia y contenido previamente a la celebración del contrato.

La transparencia documental de la cláusula es suficiente para que pueda incorporarse a los contratos entre profesionales y empresarios pero no basta para impedir el examen de su contenido y, por tanto, cabe pues analizar si se trata de cláusulas abusivas. De esta forma, el TS tanto en su sentencia de 9 mayo 2013 como a lo ya declarado por la misma Sala en sentencia de 18 junio 2012³², considera que es necesario que las condiciones incorporadas al contrato superen el control de transparencia como signo de validez de la cláusula suelo. Además, determina que este control de transparencia tiene por objeto que el consumidor pueda entender con facilidad la obligación económica a la que debe responder a cambio del préstamo que le es concedido y la posición jurídica que ejerce con respecto a la ejecución del contrato.

Es decir, el consumidor debe comprender a través de la documentación que le es facilitada que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que influye o puede influir en el contenido de su obligación de pago y, además, debe tener juicio real y razonablemente completo de cómo afecta o puede afectar en la economía del contrato. La información previamente facilitada por la entidad, como dato objetivo, debe ser clara y comprensible. En resumen, la información facilitada al adherente adquiere en esta sentencia una relevancia extraordinaria. El control de transparencia no se supera en caso de que las cláusulas estén disfrazadas en medio de informaciones exhaustivas que en definitiva complican y enredan su identificación³³.

Resumimos el siguiente análisis que realiza el TS:

- Las cláusulas objeto del litigio, que fueron ofertadas como préstamos a interés variables, se transforman, para sorpresa del consumidor, en préstamos a interés mínimo fijo no beneficiándose éste de las bajadas del tipo de referencia.

³¹ Vigésimo Considerando de la Directiva 93/13, “(...) los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, (...)”.

³² STS de 18 junio 2012, (RC 46/2010, ST 406/2012).

³³ STS de 9 mayo 2013, pág. 45.

- La oferta sobre el tipo de interés, además de la falta de información apropiada, es artificiosa y despista al consumidor, atrae su atención sobre elementos secundarios. Además se distrae su atención y esto le dificulta entender o tomar conocimiento del impacto económico que pueda suponer contratar las cláusulas suelo o las cláusulas techo y el tipo de interés contratado, que pueden ser dispuestas como reclamo.
- Las entidades bancarias otorgan a estas cláusulas un tratamiento inadecuado y secundario a pesar de constituir el objeto principal del contrato la cláusula definitoria. De inmediato no afectaba directamente al prestatario, esto delata la falta de claridad de la cláusula porque el consumidor no la percibe como importante ni como objeto principal del contrato.

Finalmente, el TS llega a la conclusión de que las cláusulas analizadas en la sentencia no son transparentes por los siguientes motivos:

- Información deficiente y falta de claridad acerca de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- Son incluidas junto con las cláusulas techo y simulando que son compensación de las mismas.
- No existen representaciones de cuadros variados relativos al comportamiento prudente y previsible del tipo de interés con ocasión del contrato.
- Tampoco existe información anticipada clara y cognoscible con otras modalidades de préstamo de la propia entidad al objeto de comparar el coste.
- En cuanto a las contratadas por el BBVA, las cláusulas se encuentran en medio de una aplastante multitud de datos entre los que quedan disfrazadas y que disminuyen la atención del prestatario.³⁴

Podemos observar que la falta de transparencia que se recrimina a las entidades demandadas vinculadas a la incorporación de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario no se apunta a su claridad o comprensibilidad (transparencia interna), sino al engaño que ha causado en el consumidor que creía que contrataba un tipo interés diferente a la vista de la oferta. Se reconoce la falta de transparencia con el engaño y la sorpresa que supone para el adherente la incorporación de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario. En la fase anterior al contrato no se informó correctamente al adherente y, además, el banco concede a la cláusula suelo un valor secundario. Todos estos aspectos eran fundamentales para decidir si contratar o no contratar³⁵.

La STS de 9 mayo 2013 reputa nula por abusivas las cláusulas suelo de los contratos objeto de la sentencia porque beneficia únicamente a la entidad de crédito, producen un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de la partes que

³⁴ Posteriormente, el TS mediante Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, declaró que el elenco de circunstancias no es exhaustivo, sino *numerus apertus*.

³⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2013A: 13).

sugiere que es contraria a la buena fe, ello en base a que no se informa debidamente de forma clara y comprensible. El consumidor contrata estimando que la obligación económica es más provechosa que la que efectivamente está contratando. Si el consumidor hubiera comprendido el verdadero alcance de la cláusula contratada y la hubiera aceptado de forma libre, voluntaria y consciente, la cláusula no sería abusiva pues el control de transparencia legitimaría su validez. En otro orden de cosas, el consumidor es libre de contratar una cláusula que no le favorece, por cuestiones personales.

No obstante, debemos añadir que el TS declara en la señalada sentencia que las cláusulas suelo pueden llegar a ser lícitas, cuando la cláusula traspasa el “control de transparencia material”. Establece con carácter general la validez intrínseca de las cláusulas suelo³⁶, y su eventual carácter abusivo cuando no traspasen el “control de transparencia material”.

Como hemos visto, la falta de transparencia de la cláusula suelo es concluyente de la abusividad. A continuación conoceremos los efectos sobre la declaración de la abusividad.

IV. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD

IV.1. Los efectos de la declaración de nulidad.

Amparándose en el principio general del derecho *utile per inutile non vitiatur* el TS determina en su sentencia de 9 mayo 2013 la nulidad parcial de los contratos, este es el primero de los efectos. Esto implica la subsistencia del contrato, dado que la nulidad de las cláusulas suelo no implica la nulidad de los contratos en los que se incluyen, estos continúan subsistiendo y seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos pero sin las cláusulas abusivas.

Por esa razón, si la cláusula es declarada nula, no se desvanecerá el objeto del contrato, y por consiguiente, menos aún, el negocio jurídico³⁷ en aplicación del art. 9.2 LCGC³⁸ al tratarse de una condición general de la contratación y que dispone la validez parcial del contrato. Igualmente, el art. 10.1 LCGC³⁹ establece la nulidad parcial, siempre y cuando el contrato pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas.

³⁶ STS de 9 mayo 2013, apartados 256 y ss.

³⁷ Art. 1261 CC “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca”.

³⁸ Art. 9.2 LCGC “La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

³⁹ Art. 10.1 LCGC “La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia”.

Igualmente, son de aplicación los artículos 10.2 LCGC⁴⁰ y 83.2 TRLGDCU⁴¹ que establecen que la nulidad se constituye con arreglo al art. 1258 CC⁴² y al principio de buena fe objetiva. El juez tiene facultades para entrometerse en el contrato y moderar su contenido en todo lo relativo a los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato y podrá declarar la ineficacia del contrato si aprecia perjuicio para el consumidor y usuario.

La STS de 9 mayo 2013 hace suyo los argumentos ya esgrimidos por el TJUE en la sentencia de 14 junio 2012⁴³ que establece la obligatoriedad de eliminar del contenido de los contratos aquellas cláusulas consideradas abusivas. El Tribunal europeo se ampara en la Directiva 93/13 que señala en el art. 6.1 que “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. (...) el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas (...)”.

Es decir, la nulidad de la cláusula suelo no entraña la nulidad del contrato en el que está incluida, el contrato en sí puede seguir subsistiendo sin esa cláusula nula.

La Sala del TS tras los argumentos que hemos resumidos llega a la conclusión que procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas objeto del litigio y a que se abstengan de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan conforme a lo dispuesto en el art. 12.2 LCGC⁴⁴.

El segundo de los efectos es la irretroactividad o efecto *ex tunc* de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. El Tribunal reconoce efectos *ex tunc* desde la fecha de la publicación de la sentencia, 9 mayo 2013. Desde esta fecha se presume que desaparece la buena fe de las partes.

El TS sostiene que la regla general en nuestro sistema es la “retroactividad”, al declarar la ineficacia de los contratos o la nulidad de alguna de las cláusulas del contrato, en caso de que el contrato subsista. La retroactividad requiere deshacer las consecuencias del contrato y suprimir sus huellas como si nunca hubiese existido, de ese modo se evita la derivación de efectos, según establece la norma clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce efecto)⁴⁵. Esta norma parte de lo dispuesto en el art. 1303 CC que establece la regla general de la restitución de las cosas que hubiesen sido materia de contrato más los frutos y los intereses. Así se cumple el principio denominado *restitutio in integrum* que propugna el Tribunal basándose en el Informe de la Comisión de 27 de abril de 2000 al sostener que “la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula

⁴⁰ Art. 10.2 LCGC “La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil (...)”.

⁴¹ Art. 83.2 TRLGDCU “La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”.

⁴² Art. 1258 CC “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

⁴³ STJUE de 14 junio 2012, (asunto C-618/10).

⁴⁴ Art. 12.2 LCGC “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia (...) determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz”.

⁴⁵ MARTÍNEZ GALLEGO, (2014: 29).

determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)”.

La contrariedad que presenta la STS de 9 mayo 2013 no parte de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Al tratarse de una acción colectiva de cesación y no haberse acumulado la solicitud de devolución de cantidades e indemnizaciones de daños entendemos que el TS no debería haberse pronunciado sobre la irretroactividad de los efectos restitutorios. Por consiguiente, la declaración de irretroactividad se hizo innecesaria⁴⁶.

La retroactividad implicaría la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad a los consumidores y que, por tanto, no quiere asumir el TS por diversas cuestiones que pasamos a analizar.

IV.2. Los efectos retroactivos y su límite.

La STS de 9 mayo 2013 recoge en los párrafos 287 a 292 argumentos a favor de la posibilidad de limitar la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad. Señala que no pueden ser impenetrables a los principios generales del Derecho, apelando a la seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 CE como principio rector de nuestro Estado social y democrático de Derecho y sobre todo al orden público económico.

Para justificar sus argumentos el TS manifiesta que en el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE en sentencia de 21 marzo 2013⁴⁷ que señala que para resolver sobre dicha limitación de retroactividad deben concurrir dos criterios fundamentales que son la buena fe de las partes y el peligro de trastornos graves. Así mismo, también añade que el Tribunal Constitucional por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad. Además, la propia Sala en otras ocasiones se ha pronunciado sobre el límite de la retroactividad ante la declaración de nulidad contractual⁴⁸. Tras los argumentos esgrimidos para limitar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo concluye manifestando que procede declarar la irretroactividad de la sentencia.

No obstante, debemos señalar que el TS en resoluciones previas ha declarado la retroactividad de alguna de sus decisiones. Sirva de ejemplo la sentencia del TS de 29 diciembre 2010 en que declara nula la condición general de la contratación que tenía como finalidad el redondeo de alza del tipo de interés referencial. Además de condenar a la demanda a la eliminación de dicha condición general también la condena a la devolución de la cuantía percibida en exceso con el interés legal del dinero⁴⁹.

La Sala del TS en su sentencia de 9 mayo 2013 para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, hace acopio de una serie de criterios: la licitud de la cláusula suelo; argumentos objetivos que acreditan la incorporación de la cláusula en los contratos a tipo de interés

⁴⁶ CAÑIZARES LASO, (2016: 106).

⁴⁷ STJUE de 21 marzo 2013, (asunto C-92/11).

⁴⁸ CAÑIZARES LASO, (2015: 97).

⁴⁹ STS de 29 diciembre 2010, (RJ/2011/148, RC 1074/2007).

variable; que se trate de cláusulas conocidas y toleradas por la sociedad; la abusividad de la cláusula que dimana de la falta de transparencia, no de su carencia de licitud intrínseca; la carencia de transparencia que deriva de la falta de información; que las entidades bancarias han tenido en cuenta las obligaciones reglamentarias de información de la OM 94; la finalidad de la fijación del tope mínimo que está justificado según consta en el IBE y se valoraban para que no comportasen cambios significativos en la cuotas iniciales a pagar; la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que permite la sustitución del acreedor; el riesgo de trastornos graves con consecuencia al orden público económico.

Finalmente, la Sala del TS, con el beneplácito del Ministerio Fiscal, dispone específicamente que “procede declarar la irretroactividad de la presente 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”.

Al parecer, la razón fundamental que lleva al TS a tomar esta decisión, como bien dice en su sentencia, es el “riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico”. De este modo, los bancos condenados sólo debían restituir los intereses pagados por los prestatarios partir de la fecha de la sentencia y no los anteriores. La decisión del Tribunal niega el derecho de los prestatarios a la restitución de lo indebidamente cobrado a la fecha anterior de esta sentencia.

Posteriormente a este pronunciamiento la jurisprudencia de los Juzgados y Audiencias Provinciales ha sido muy variada puesto que la doctrina y argumentos derivados de la sentencia han generado bastante discusión en la doctrina y en la jurisprudencia. La doctrina sentada por el TS no ha sido bien recibida por numerosos tribunales que se han pronunciado de forma diferente⁵⁰.

Debemos apuntar, que el fallo de la señalada sentencia de 9 mayo 2013 declara que “No hay lugar a la retroactividad de esta sentencia”. El TS se refiere exclusivamente a su sentencia, no a la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en general⁵¹.

Por otro lado, el TS en sentencia 25 marzo de 2015 confirma el fallo de la sentencia de 9 mayo 2013 al ratificar que no se pueden recuperar los intereses que se embolsaron los bancos. En esta sentencia se condena al banco, BBVA, a suprimir la cláusula suelo y a reintegrar los intereses cobrados en exceso desde la fecha de la primera sentencia, es decir, 9 de mayo de 2013⁵².

Cabe destacar, que a raíz de la sentencia del TS de 9 mayo 2013 muchos bancos dejaron de incluir en sus contratos este tipo de cláusulas suelo. Si bien esta medida ha tenido un impacto positivo en los consumidores de la que se han hecho eco por las asociaciones de usuarios a través de los medios de comunicación, la realidad es bien distinta. Las entidades financieras han reemplazado la cláusula suelo por un diferencial mucho más alto que los aplicados en épocas anteriores⁵³

⁵⁰ GARCÍA MONTORO, (2013B: 300).

⁵¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2013B: 6).

⁵² STS de 25 marzo 2015, (RC 138/2014).

⁵³ GENTO MAHUENDA, (2014: 32-34).

A la vista de los desacuerdos entre los diferentes Juzgados y Audiencias en sus pronunciamientos acerca de la limitación de la retroactividad fueron formuladas cuestiones prejudiciales al TJUE por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante. Seguidamente estudiaremos el pronunciamiento del Tribunal europeo.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

V.1. Las cuestiones prejudiciales planteadas.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas por los Tribunales españoles el pasado 21 de diciembre de 2016⁵⁴. En su sentencia declara que la jurisprudencia del TS reflejadas en las sentencias de 9 mayo 2013 y de 25 marzo 2015 es contraria a la Directiva 93/13.

Resumimos las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas al Tribunal y que debía resolver:

- Si la limitación de los efectos restitutorios como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo es compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/13.
- Si los criterios de buena fe y riesgo de trastorno graves fueron aplicados correctamente por el TS.

Debemos destacar que el Abogado General del Tribunal de Justicia, Paolo Mengozzi, en sus conclusiones de 13 de julio de 2016, aunque no fueron vinculantes para el TJUE, respaldó la doctrina sentada por el TS. Entiende el Abogado General que el TS al declarar el carácter abusivo de las cláusulas no se extralimitó del Derecho de la Unión y en cuanto la devolución de las cantidades impropriadamente cobradas por las entidades bancarias señala que no compete al Derecho de la Unión pronunciarse sobre las resoluciones del TS de limitar los efectos de sus sentencia pues es cuestión que corresponde a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de acuerdo con el principio de autonomía procesal.

La sentencia del TJUE ha supuesto un quebranto para la jurisprudencia del TS con respecto a la declaración de “irretroactividad” de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades bancarias en sentencia de 9 mayo 2013 y de la declaración de “retroactividad limitada” en sentencia de 25 marzo 2015 a la fecha de la primera de estas sentencias. Pero esta doctrina no sólo es contraria al derecho comunitario, también es contraria al derecho español como muchos han defendido.

Recordemos que el art. 1303 CC señala que una vez declarada la nulidad de un contrato, o de una parte de ese contrato, se debe proceder a la restitución íntegra de las percepciones indebidas más los intereses. No guarda relación con este precepto los razonamientos del TS sobre el grave trastorno al orden público económico que

⁵⁴ STJUE de 21 diciembre 2016, (asunto C154/15, asunto C307/15 y asunto C308/15).

causaría la restitución de las cantidades indebidas, ni la supuesta buena fe de las entidades bancarias que incorporaron en los contratos las cláusulas suelo, ni el principio de seguridad jurídica. Al TS no le corresponde la función de intérprete del derecho y por tanto no puede decidir cuándo aplicar o no una norma jurídica vigente basándose en un interés superior, es decir, a los graves trastornos económicos. Sobra decir que el orden público económico no es fuente de derecho en nuestro ordenamiento jurídico. También es incongruente el TS cuando limita los efectos de la nulidad de una cláusula suelo justificándose en la buena fe de los profesionales a la vista del art. 82 TRLGDCU que establece que cuando una cláusula es declarada abusiva es contraria a la buena fe, máxime cuando ya el TS determinaba que la oferta era engañosa para el consumidor que debía haber tenido conocimiento de esa cláusula por la trascendencia económica que le suponía y el contrato no contenía información suficiente sobre ello⁵⁵.

El TJUE, como intérprete del Derecho de la Unión, tras las conclusiones del Abogado General, analiza si la Directiva 93/13 se opone a la jurisprudencia del TS que habría infringido el art. 6.1 de la Directiva 93/13. Finalmente, resuelve que una cláusula declarada abusiva (nunca ha existido), origina el correspondiente efecto restitutorio de las cantidades pagadas indebidamente por el consumidor (efectos *ex tunc*).

A continuación analizaremos la doctrina emanada del TJUE que le llevó a resolver sobre las cuestiones prejudiciales planteadas.

V.2. Efectos “*ex tunc*”. Interpretación del término “no vincularán”.

Con carácter previo, el TJUE declara, en respuesta a las alegaciones del Gobierno español y las entidades bancarias, que los efectos del carácter abusivo de una cláusula sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en particular, de su art. 6.1⁵⁶. Ante esta evidencia, el Tribunal señala que procede examinar si ese precepto debe interpretarse en el sentido de si un Tribunal nacional está autorizado para establecer un límite a los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula, en el sentido del art. 3.1 de esa Directiva⁵⁷, en un contrato formalizado entre un consumidor y un profesional.

El TJUE manifiesta que conforme a lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, los Estados miembros deben establecer, en las condiciones formalizadas en sus Derechos internos, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre profesionales y consumidores no vincularán a éste último. Esta disposición tiene la consideración de normas de orden público en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Es una norma imperativa que tiene por objeto el restablecimiento de un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes.

⁵⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2017: 3).

⁵⁶ Art. 6.1 Directiva 93/13 “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

⁵⁷ Art. 3.1 Directiva 93/13 “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas 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”.

En cuanto a la interpretación del término “no vincularán” el TJUE señala que una “cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor”. La cláusula declarada abusiva no vincula al consumidor porque no ha existido, no puede tener efectos. Por ello, la consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula es “el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”. Así pues, si el juez declara que la cláusula es nula por abusiva, la consecuencia son los efectos restitutorios de todas las cantidades indebidamente pagadas, es decir, efectos *ex tunc*, se retrotraen los efectos al momento de la conclusión del contrato.

Si el juez nacional elimina el efecto restitutorio, en este caso, pondría en cuestión el efecto disuasorio que persigue el art. 6.1 de la Directiva 93/13, en relación con el art. 7.1⁵⁸ de la misma Directiva que establece el cese del uso de cláusulas abusivas en aquellos contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Evidentemente, no podemos hablar de efectos disuasorios si declarada la nulidad de la cláusula de carácter abusivo se priva al consumidor de los efectos restitutorios que le puedan corresponder. Lógicamente, esto supondría un incentivo para los profesionales pues si la cláusula incorporada en el contrato fuera declarada abusiva por el juez, el profesional como mínimo habría obtenido el efecto deseado. Por este motivo, el efecto disuasorio ha de entenderse con carácter general “ningún profesional...” y no con carácter particular como erróneamente lo consideró el Abogado General en sus conclusiones, pues en este caso sólo se limita el empleo de la misma cláusula abusiva por otros profesionales distintos.

Queremos destacar que el pasado 15 de febrero de 2017 el TS ha resuelto un recurso de casación del BBVA y ha adaptado su jurisprudencia sobre retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo a la sentencia del TJUE de 21 diciembre 2016. Este recurso confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que acordaba la retroactividad total. En esta sentencia el TS descarta la existencia de cosa juzgada, en relación con la STS de 9 mayo 2013, en la que también era parte el BBVA, por diversas razones⁵⁹.

El TJUE al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas pretende otorgar una máxima protección al consumidor, especialmente cuando pacta con profesionales, como seguidamente estudiaremos.

V.3. Los límites a la protección del consumidor.

Señala el TJUE que aunque corresponde a los Estados miembros, a través de sus ordenamientos jurídicos internos, definir qué requisitos son necesarios para determinar el carácter abusivo de una cláusula, también les corresponde, una vez declarado el carácter abusivo de la cláusula, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido esa cláusula abusiva. Si la jurisprudencia nacional pone límites en el tiempo a los efectos

⁵⁸ Art. 7.1 Directiva 93/13 “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

⁵⁹ STS de 24 febrero 2017, (RC 740/2014).

restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de la cláusula resulta que es contraria al Derecho de la Unión Europea, en concreto a la Directiva 93/13.

Los Estados miembros tienen la obligación, conforme establece el art. 7.1 de la Directiva 93/13, de disponer los medios necesarios para que cese del uso de las cláusulas declaradas abusivas en aquellos contratos negociados entre profesionales y consumidores, en aras a la protección de los consumidores que se hallan en situación de inferioridad a los profesionales. Compete al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula y corregir el desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional. En este caso, el juez está obligado a dejar de aplicar la cláusula contractual abusiva a fin de que ésta no ocasione efectos vinculantes para el consumidor. Igualmente, no está facultado para modificar el contenido de la cláusula.

Aunque es competencia de los Estados miembros establecer las condiciones sobre la declaración de efectos abusivos de las cláusulas, no podrán impedir que se restaure la situación del consumidor como si no hubiera existido nunca la cláusula.

El TJUE señala que la falta de vinculación de la cláusula entraña como mínimo la expulsión del contrato con carácter de retroactividad plena. Esta conclusión es acorde a nuestro Derecho tal como se establece en los artículos 83 TRLGDCU y 1303 CC⁶⁰.

El TJUE afirma que el TS no elevó el nivel de protección otorgado por el art. 4.2 de la Directiva 93/13. Esta afirmación es compartida por el Abogado General. De igual forma, las cláusulas contractuales deberán estar descritas de manera clara y comprensible tal como dispone el art. 5 de la Directiva 93/13⁶¹. Con anterioridad a la celebración del contrato el consumidor deberá disponer de información sobre las condiciones y sobre las consecuencias de contratar y, en su caso, decidirá si pretende quedar vinculado. El TJUE deja claro que el análisis del carácter abusivo de una cláusula no transparente viene contemplado en el art. 3.1 de la Directiva 93/13.

El Tribunal europeo reitera que es el único que le compete resolver sobre las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse con respecto a la interpretación de una norma emanada del Derecho de la Unión. Claramente el TJUE ordena a los órganos jurisdiccionales que se abstengan de aplicar, la limitación de los efectos en el tiempo que el TS acordó en la sentencia de 9 mayo 2013 pues esta limitación es incompatible con el Derecho de la Unión. De conformidad con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea que prevalece sobre el Derecho nacional, los jueces de los Estados miembros, en su condición de jueces comunitarios, deberán de aplicar las resoluciones del TJUE.

A pesar de todo, el TJUE reconoce nuevamente que la protección del consumidor no es absoluta. Por otro lado el Derecho de la Unión no impone a un Tribunal nacional el dejar de aplicar las normas procesales internas que atribuyen

⁶⁰ CÁMARA LAPUENTE, (2017A: 10).

⁶¹ Art. 5 Directiva 93/13 “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva”.

fuerza de cosa juzgada a una resolución. También añade que el Derecho de la Unión es compatible con la fijación de plazos justos de preclusión para presentar recursos, en interés de la seguridad jurídica. La sentencia del TJUE de 21 diciembre 2016 nada dispone sobre cómo ha de interpretarse las disposiciones procesales españolas sobre cosa juzgada pues no es competencia del Tribunal europeo sino de los Tribunales españoles.

Así mismo, aquellas sentencias dictadas por los Tribunales españoles que hayan fallado sobre la retroactividad limitada, en el caso de que caiga recurso, el Tribunal superior que le corresponda resolver, quedará vinculado por la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia de 21 diciembre 2016.

Por el contrario, en cuanto las sentencias ya firmes, a pesar del cambio jurisprudencial, no ha lugar a la reapertura ni a nuevo enjuiciamiento conforme al principio de cosa juzgada, según establece los arts. 207.4 y 222 Ley Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)⁶² y en aras a la seguridad jurídica. Es imprescindible distinguir si la condena a la restitución parcial, desde la fecha 9 de mayo de 2013, ha sido dictada en un procedimiento individual o en el marco de una acción colectiva que resolviera una acción de cesación. En el caso de que la sentencia haya resuelto una acción individual de nulidad de cláusula suelo con derecho a restitución de cantidades indebidamente pagadas desde el 9 de mayo de 2013, ésta produce un efecto de cosa juzgada que imposibilita volver a plantear la cuestión para lograr la restitución íntegra, pues entre el primer proceso y el segundo se acumula la triple identidad, de partes, objetiva y de *causa petendi* que establece el art. 221.1 LEC⁶³.

El TJUE en sentencia de 21 diciembre 2016 señaló “la fuerza de la cosa juzgada” que opera como límite a la protección del consumidor.

La nueva doctrina sentada en la STJUE de 21 diciembre 2016 solo podrá ser alegada en el ámbito de aquellos procedimientos en los que aún no haya recaído sentencia firme pues. Por consiguiente, tampoco cabe formular recurso de revisión pues no entra dentro de los supuestos establecidos en el art. 510 LEC⁶⁴. También resulta problemático resolver si media la cosa juzgada cuando quien formuló demanda por la nulidad de la cláusula suelo sólo exigió la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde la fecha 9 de mayo de 2013 y tras el pronunciamiento del TJUE de 21 diciembre 2016 desea presentar una nueva demanda para reclamar el resto. En este caso, puede resultar que entre dentro del ámbito también de cosa juzgada por aplicación del art. 400.2 LEC^{65 66}.

Del mismo modo, también resulta cuestionable la eficacia o ineficacia de los acuerdos extrajudiciales entre el consumidor y la entidad financiera en el cual el consumidor haya renunciado a ejercer futuras acciones legales de reclamación por cantidades indebidamente cobradas antes del 9 de mayo de 2013, a cambio de ciertos beneficios o compensaciones. Cabría la posibilidad que el consumidor

⁶² Art. 207.4 LEC “Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, (...)”. Art. 222 LEC “1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, (...) excluirá (...), un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. (...)”.

⁶³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2017: 11).

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, (2017B: 394).

⁶⁵ Art. 400.2 LEC “(...) los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicios anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

⁶⁶ CÁMARA LAPUENTE, (2017B: 394).

alegara el precepto contemplado en el art. 10 TRLGDCU⁶⁷ para anular el acuerdo con la entidad financiera. También se puede considerar que es contrario a la ley o al orden público conforme lo dispuesto en el art. 6.2 CC⁶⁸. Con anterioridad a la sentencia del TJUE de 21 diciembre 2016 varias Audiencias Provinciales declararon nulas tales renunciaciones y novaciones, incluso las acordadas ante Notario⁶⁹. En todo caso, habrá que estar al caso concreto que requerirá un estudio cuidadoso del tema. Debemos recordar que el TJUE ya se pronunció con respecto a la protección del consumidor, dijo que no era absoluta y éste puede oponerse a que el juez declare de oficio la nulidad de una cláusula abusiva^{70 71}.

Consideramos que existe una responsabilidad de los jueces por no aplicar debidamente las directivas europeas⁷². De la jurisprudencia del TJUE se infiere que cabe la posibilidad para aquellos afectados por la cláusula suelo, sobre las que se hubieren dictado sentencia con fuerza de cosa juzgada, con anterioridad a la STS de 9 mayo 2013, de iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, con el fin de paliar la vulneración de sus derechos y conseguir la restitución del dinero abonado además a los entidades bancarias⁷³.

Habrà que estar nuevamente a la espera para ver como la jurisprudencia resuelve esas cuestiones controvertidas que plantea la consecuencia de cosa juzgada. No sería sorprende que se plantearan nuevas cuestiones prejudiciales al TJUE.

Finalmente, una vez resuelta la cuestión principal por el TJUE acerca de si es conforme el Derecho de la Unión Europea con la irretroactividad de la nulidad de una cláusula suelo, señala que no es necesario resolver sobre el resto de las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles, puesto que, sería procedente pronunciarse sobre esas cuestiones si se hubiese pronunciado de forma diferente a la primera cuestión.

Por otra parte, el TJUE no se pronuncia sobre las expresiones “buena fe de los profesionales” y “graves trastornos al orden público” tan reiteradas por el TS tanto en sentencia de 9 mayo 2013 como por sentencia de 25 marzo 2015. Para el Tribunal europeo resulta irrelevante pronunciarse sobre estos dos aspectos pues, es evidente, con arreglo a la doctrina reflejada en sus sentencias de 21 enero 2013 y en la de 3 junio 2010⁷⁴, que un órgano jurisdiccional nacional no puede limitar en el tiempo los efectos de sus propias sentencias justificándose en motivos de “buena fe de los profesionales” y “graves trastornos al orden público”. El principio de seguridad

⁶⁷ Art. 10 TRLGDCU “La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el art. 6 del código Civil”.

⁶⁸ Art. 6.2 CC “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

⁶⁹ SAP Palencia de 14 noviembre 2016, (RC 333/2016).

⁷⁰ CÁMARA LAPUENTE, (2017A: 27).

⁷¹ STJUE de 4 junio 2009, (asunto C-243/08).

⁷² Art. 292.1 LOPJ “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título”.

⁷³ EL DERECHO.COM, LEFEBVRE - EL DERECHO, (2017).

⁷⁴ STJUE de 21 enero 2013, (asunto C-92/11) y STJUE, 3 junio 2010 (asunto C-2/09).

jurídica de las sentencias dictadas por el TJUE en la interpretación de un precepto comunitario afecta de forma diferente que para las sentencias dictadas por un órgano jurisdiccional nacional en la interpretación y aplicación de su derecho nacional⁷⁵.

A la vista de que el TJUE declara que la jurisprudencia española es incompatible con el Derecho de la Unión al limitar en el tiempo los efectos restitutorios de una cláusula declarada de carácter abusivo no se hizo esperar la promulgación por el Gobierno español del texto normativo que a continuación estudiaremos que tiene como objetivo acometer el cumplimiento de dicha sentencia.

VI. EL REAL DECRETO LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

VI.1. Preámbulo, objeto y ámbito de aplicación.

En la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, (en adelante RDL 1/2017) anticipa que es pretensión de éste prosperar en las medidas que conducen a la protección de los consumidores, fijando un procedimiento a través del cual se abra la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades financieras con las que tienen concertado el contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria, para solucionar las posibles disputas derivadas de los recientes pronunciamientos judiciales con motivo de las cláusulas suelo y, especialmente, la sentencia del TJUE de 21 diciembre 2016.

A más abundamiento, señala que a raíz de la sentencia del TJUE resulta previsible que haya un aumento de las demandas de consumidores afectados por las cláusulas suelo en los contratos de préstamos hipotecarios reclamando la devolución de las cantidades pagadas indebidamente a las entidades de crédito, por lo que resulta de extraordinaria y urgente necesidad mediar un cauce sencillo y ordenado, de naturaleza voluntaria para el consumidor, que le facilite llegar a un concierto con la entidad crediticia que y le permita salvar sus diferencias por medio del reintegro de dichas cantidades.

Con esta norma el Gobierno intenta evitar que haya un engrosamiento en los números de litigios que correspondería resolver a la jurisdicción civil. No sólo supondría un gasto cuantioso a la Administración de Justicia, también resulta perjudicial tanto para el normal funcionamiento del sistema judicial como para el consumidor, pues conllevaría el alargamiento en el tiempo de la duración del procedimiento judicial.

El RDL 1/2017 tiene por objeto disponer de medidas que faciliten al consumidor el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades crediticias. En cuanto a “consumidor” se trata de cualquier persona física que cumpla los

⁷⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2017: 9).

requisitos del art. 3 TRLGDCU⁷⁶. Las medidas vincularán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que contenga una cláusula suelo. A fin de precisar si la cláusula suelo está inserta en el ámbito de aplicación del RDL 1/2017 se ha de estar a los criterios señalados por el TS en sentencia de 9 mayo 2013 (párrafo 296)⁷⁷.

VI.2. Reclamación previa y costas procesales.

Las entidades de crédito están obligadas a establecer un sistema de reclamación previa a la presentación de las demandas judiciales. Este sistema deberá ser conocido por todos los consumidores afectados por la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario. Para el consumidor este procedimiento es voluntario.

El consumidor reclamará directamente a la entidad de crédito y ésta deberá calcular la cantidad a devolver. El Banco deberá remitir al consumidor un desglose del cálculo efectuado. Si la entidad de crédito considera que no procede devolución alguna deberá comunicarle esta decisión fundamentada. En este caso, se entiende finalizado el procedimiento extrajudicial.

Las partes tienen el plazo de tres meses para llegar a un acuerdo contados a partir de la presentación de la reclamación. El consumidor podrá ejercer las acciones que estime oportunas contra la entidad de crédito en caso de que el proceso extrajudicial haya concluido si:

- La reclamación ha sido rechazada expresamente.
- Transcurre el plazo de tres meses y la entidad de crédito no ha contestado a la reclamación.
- El consumidor no está conforme con la cantidad que le ofrece la entidad de crédito o la rechaza.
- Finalizado el plazo de tres meses aún no se le ha devuelto al consumidor el importe ofrecido.

La entidad de crédito informará al consumidor que las devoluciones de dinero pueden ocasionar obligaciones tributarias y, en su caso, realizará la oportuna comunicación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Ahora bien, mientras se sustancia este procedimiento las partes no podrán ejercer entre sí otras acciones judiciales o extrajudiciales relativa al mismo objeto de la reclamación. En caso de que se interponga demanda con el mismo objeto y aún sin finalizar el presente procedimiento, se suspenderá entre tanto el proceso judicial hasta que recaiga la resolución extrajudicial.

Si el consumidor rechaza o declina la cantidad ofrecida por la entidad crediticia y en una posterior demanda logra una sentencia más favorable que la cantidad que le fue ofrecida en un primer momento se condenará en costas a la entidad crediticia. Así de esta manera, la entidad de crédito se ve obligada en hacer bien las cuentas.

⁷⁶ Art. 3 TRLGDCU “(...), son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

⁷⁷ STS de 9 mayo 2013, pág. 55.

Debemos precisar que para acudir a este procedimiento extrajudicial para reclamar las cantidades “indebidamente satisfechas” tiene que existir declaración judicial sobre la nulidad de la cláusula suelo. En caso de que ya exista procedimiento judicial pendiente de sentencia firme, lo lógico será que el proceso continúe su curso, ahora bien, las partes pueden llegar a un acuerdo y pedir la suspensión. Si bien, el RDL 1/2017 prevé que en aquellos procedimientos judiciales, las partes de común acuerdo, pueden acogerse, en cualquier momento, a este procedimiento extrajudicial y, por tanto, dará lugar a la suspensión del proceso judicial.

También puede ocurrir que el consumidor presente demanda sin haber acudido previamente a esta vía extrajudicial y, en caso, de que la entidad de crédito se allane antes de la contestación a la demanda, el juez estimará que no concurre mala fe, y no será condenada en costas⁷⁸. Si el allanamiento fuere parcial, consignada la cantidad prometida, será condenada la entidad crediticia al pago de las costas si el resultado económico de la sentencia es mayor que la cantidad consignada.

VI.3. Disposiciones adicionales y críticas al RDL 1/2017.

En la Disposición adicional primera el RDL 1/2017 estipula que las entidades de crédito deberán disponer las medidas necesarias para hacer frente al cumplimiento de la presente normativa, en el plazo de un mes, con creación de departamento o servicio especializado en todas las oficinas y también en sus páginas web a fin de atender a los consumidores a través de procedimientos ágiles y sencillos.

En la segunda Disposición adicional se prevé que las partes pueden llegar a convenir una medida compensatoria distinta de la devolución del efectivo. La aceptación de la compensación por parte del consumidor deberá reunir los requisitos necesarios de información suficiente y adecuada que comprenda la cantidad a devolver, la medida compensatoria y el valor de ésta. Se hará en documento aparte.

El procedimiento regulado en el RDL 1/2017 es gratuito para el consumidor y se prevé unos gastos mínimos de aranceles notariales y registrales en caso de formalización de nueva escritura pública.

Con respecto al impuesto sobre la renta las devoluciones no se añadirán a la base imponible ni se pagarán retrasos. Si se han realizado deducciones en las declaraciones anteriores por inversión en vivienda habitual, Hacienda puede obligar a realizar declaraciones complementarias. Por otra parte, al consumidor que le hayan devuelto las cantidades indebidamente deberá realizar una declaración complementaria. Las consecuencias fiscales para el consumidor son idénticas tanto en el supuesto del acuerdo extrajudicial como en la resolución del conflicto por sentencia judicial⁷⁹.

Para finalizar el RDL 1/2017 habilita al Gobierno para la creación de un órgano de seguimiento, control y evaluación sobre las reclamaciones, que deberá expedir

⁷⁸ Art. 395.1 CC “Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.”

⁷⁹ PATÓN GARCÍA, (2017: 8).

un informe semestral. El órgano estará compuesto por representantes de los consumidores y de la abogacía.

Desde las asociaciones de consumidores, como FACUA (Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía), se denuncia que este RDL 1/2017 es puro “humo”. El RDL 1/2017 no establece sanción alguna para las entidades bancarias que infrinjan la presente norma o que ni respondan a las reclamaciones de los consumidores⁸⁰. Por otro lado, ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancas, Cajas y Seguros de España) señala que este mecanismo puede resultar ineficaz y que muchos consumidores seguirán en manos de la banca y los juzgados. Tampoco dispone sanción alguna para los bancos respecto a los acuerdos que pueda llegar con el consumidor en los que le sean devueltos el importe correspondiente más los intereses fuera del plazo de tres meses que establece el RDL 1/2017⁸¹.

El RDL 1/2017 excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas, que en nuestro ordenamiento jurídico también tienen la consideración de consumidores. Esta previsión es contraria con el propio art. 3 TRLGDCU al que hace referencia el propio texto “(...) Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas”⁸².

En el RDL 1/2017 tampoco se establece el mecanismo que deberá llevar a cabo la Banca para informar a todos los clientes que tuvieran una hipoteca con cláusula suelo. Al día de hoy son muchos los hipotecados que siguen desconociendo que tienen incluida esta cláusula. Puede resultar que los bancos en vez de notificarlo por correo a los usuarios cuelguen en su página web la información y tan sólo a los que tengan hipotecas en vigor, pero ¿qué pasa con los que ya terminaron de pagar su hipoteca? y ¿qué pasa con los que fueron desahuciados? Numerosos son los bancos que no aceptan las reclamaciones de los consumidores si no se realizan a través de sus formularios. Esto afecta a que la reclamación se vea limitada en su extensión y, por tanto, también afectada en los hechos y la fundamentación jurídica.

Por el contrario, el Consejo General de la Abogacía Española valora que son eficaces las medidas reflejadas en el RDL 1/2017 pues permiten aligerar los trámites y reducir los costes para los consumidores y recomiendan a los perjudicados por las cláusulas suelo que consulten con un abogado para garantizar la mejor defensa de sus legítimos intereses⁸³.

Así mismo, recientemente, el Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto 536/2017, de 26 de mayo, por el que se crea y regula la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el RDL 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo y por el que se modifica el artículo 6 del Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias. La Comisión recabará y evaluará la información que le traslade el Banco de España o las entidades de crédito y publicará semestralmente un informe en el que se evalúe el grado de cumplimiento del RDL 1/2017.

⁸⁰ NOTICIAS JURÍDICAS, (2017).

⁸¹ NOTICIAS JURÍDICAS, (2017).

⁸² CONDE FUENTES, (2017: 223).

⁸³ NOTICIAS JURÍDICAS, (2017).

Para finalizar, hemos de destacar que el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) aprobó el pasado 9 de febrero una propuesta de plan de urgencia para reducir el previsible aumento de demandas sobre cláusulas suelo a raíz de la reciente sentencia del TJUE. Este órgano de gobierno sabe, a ciencia cierta, que las medidas urgentes de protección al consumidores establecidas en el RDL 1/2017 no solucionará por completo los conflictos entre los bancos y los consumidores y prevé que pueda producirse un aumento de demandas que se unirían a las ya existentes en los Juzgados de Primera Instancia. Sin duda, sería perjudicial para el normal funcionamiento de la Administración de Justicia pues llegaría a colapsar los juzgados civiles.

La solución viene dada por la especialización de un Juzgado de Primera Instancia en cada provincia, con competencia exclusiva pero no excluyente sobre toda la provincia, acompañada de las correspondientes medidas de refuerzo. Estos juzgados conocerán de los asuntos relativos a las acciones individuales previstas en la legislación sobre condiciones generales de la contratación y la protección de consumidores y usuarios. Los Jueces adscritos recibirán formación específica sobre la materia. La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) aprobó el pasado 25 de mayo la especialización de un total de 54 juzgados de Primera Instancia. Estos Juzgados empezarán a funcionar a partir del próximo 1 de junio. En cada provincia habrá un juzgado y también en las principales islas de los archipiélagos canario y balear. Se ocuparán de cuestiones como cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios, gastos de formalización de hipoteca o hipotecas multidivisa⁸⁴.

El pasado 2 de junio el periódico El País, al igual que otros más, ha publicado el desconcierto existente entre los funcionarios de Justicia por la descoordinación, la falta de personal, y en general, la ausencia de información. Así mismo, señala que las cuatro asociaciones de jueces, los letrados de la Administración de Justicia, los colegios de abogados y procuradores y los funcionarios han suscrito un manifiesto en conjunto contra el plan del CGPJ de centralizar en un juzgado las reclamaciones y apuntando que el plan está abocado al fracaso⁸⁵.

Por otra parte, la Abogacía Española va a recurrir el acuerdo de 25 de mayo de 2017 del CGPJ, pues considera que infringe el ordenamiento jurídico y que comportará graves problemas sociales. El acuerdo del CGPJ vulnera el principio de juez predeterminado por la ley y quiebra el principio de igualdad de partes en perjuicio del consumidor⁸⁶.

De nuevo, se han adoptado unas medidas sin la necesaria dotación de medios ni presupuestos por parte del Estado y las CCAA con competencias transferidas, lo que provocará graves alteraciones en el normal funcionamiento de la justicia.

En los próximos meses podremos ver la efectividad del RDL 1/2017 y esperemos que sea lo más positivo posible por el bien de los miles de consumidores afectados por las cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario.

⁸⁴ PODER JUDICIAL, (2017).

⁸⁵ EL PAÍS, (2017).

⁸⁶ ABOGACÍA ESPAÑOLA, (2017).

VII. CONCLUSIONES

Primera.- A pesar de la omisión de transposición formal en nuestro ordenamiento jurídico del art. 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas el TS ha dejado claro en la sentencia de 9 de mayo de 2013, en su *ratio decidendi* al considerar como objeto principal del contrato de préstamo hipotecario a las “cláusulas suelo”. Son condiciones generales implantadas por las entidades financieras.

Segunda.- La cláusula suelo constituye parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario del contrato. No pueden ser sometidas a un control de contenido de las condiciones generales de la contratación en relación al objeto principal del contrato, obviamente, al equilibrio entre las contraprestaciones. Ahora bien, que la cláusula sea definitoria del principal no escapa que se pueda controlar si su contenido es abusivo.

Tercera.- La cláusula suelo será válida si supera el doble control de transparencia. La cláusula, como elemento definitorio del objeto principal del contrato, deberá reunir los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez; el adherente deberá conocer la carga económica u onerosidad y la posición jurídica que ostenta con la ejecución del contrato.

Cuarta.- Si la cláusula suelo no supera los controles de transparencia será declarada abusiva y por consiguiente nula, de pleno derecho, con restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas (art. 1303 CC).

Quinta.- La STS de 9 mayo 2013 declara la irretroactividad de los efectos restitutorios. No compartimos esta declaración, era innecesaria, al tratarse de una acción colectiva de cesación y no haberse acumulado la solicitud de devolución de cantidades e indemnizaciones de daños. Consideramos que el TS no debería haberse pronunciado sobre la irretroactividad de los efectos restitutorios.

Sexta.- Consideramos que se ha producido claramente una vulneración del art. 1303 CC. No compartimos los fundamentos que señala el TS cuando declara la irretroactividad de las cantidades pagadas indebidamente basada en el principio de seguridad jurídica; los criterios de buena fe y el riesgo de trastornos graves, es decir, la salvaguardia de orden público económico. Entendemos, que sólo se ha protegido al sector financiero y no a la parte más débil, es decir, al consumidor.

Séptima.- Consideramos que a consecuencia de la STS de 9 de mayo se ha vulnerado el efecto disuasorio que persigue el art. 6.1 de la Directiva 93/13. Evidentemente, no podemos hablar de efectos disuasorios si declarada la nulidad de la cláusula de carácter abusivo se priva al consumidor de los efectos restitutorios que le puedan corresponder. Lógicamente, esto supondría un incentivo para los profesionales pues si la cláusula incorporada en el contrato fuera declarada abusiva por el juez, el profesional como mínimo habría obtenido el efecto deseado.

Octava.- Consideramos que se han vulnerado los derechos del consumidor. No es equiparable la privación de los derechos del consumidor, a los que se les niega la restitución de las cantidades pagadas indebidamente pese al sacrificio realizado durante años, con los beneficios que han percibido las entidades financieras hasta la publicación de la STS de 9 mayo 2013. Es improcedente justificar la falta de

retroactividad declarada por el TS basándose en que las cantidades a devolver a los consumidores fueran muy elevadas y que ocasionaría graves trastornos al sector financiero.

Novena.- Consideramos que es excesiva la argumentación del TS, 138 páginas, para resolver el litigio. Además de la amalgama de conceptos sobre la transparencia se suma también el contradictorio debate acerca de la abusividad de las cláusulas cuando ya se ha proclamado su carencia de transparencia.

Décima.- Sí encontramos positivo, que las entidades bancarias ahora conocen a través de la citada sentencia del TS cuáles son los criterios acerca de la falta de transparencia de las cláusulas que deberán acomodar a sus contratos para que la cláusula sea lícita.

Decimoprimera.- Compartimos, al igual que la mayoría de la doctrina, la declaración del TJUE de 21 diciembre 2016 que ordena a los órganos jurisdiccionales españoles que se abstengan de aplicar, la limitación de los efectos en el tiempo que el TS acordó en la sentencia de 9 mayo 2013, pues esta limitación es incompatible con el Derecho de la Unión. Los efectos restitutorios deben ser *ex tunc*. Por tanto, si el juez declara el carácter abusivo de la cláusula procede el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la se encontraría el consumidor de no haber existido.

Decimosegunda.- Consideramos que existe una responsabilidad de los jueces por no aplicar debidamente las directivas europeas y que, por tanto, el Estado incurre en responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, con respecto a aquellos afectados que se hubieren dictado sentencia con fuerza de cosa juzgada, con anterioridad a la STS de 9 mayo 2013. Al parecer, se hace necesario recordar a los Tribunales españoles que el Derecho de la Unión Europea prevalece sobre el Derecho nacional por el principio de primacía.

Decimotercera.- Consideramos, que el RDL 1/2017 no es todo lo preciso que debiera ser. No parece estar hecho por un buen legislador. Esta norma no articula mecanismo que establezca cómo deberá llevar a cabo la Banca la comunicación a todos los clientes que tuvieran una hipoteca con cláusula suelo. Tampoco se establece sanciones para el Banco que incumpla las previsiones que se disponen en éste. El RDL es insuficiente para resolver el problema que padecen los afectados por las cláusulas suelo.

Decimocuarta.- Queremos poner de manifiesto que al día de la fecha de finalización del presente trabajo, con la entrada en vigor el pasado 1 de junio de un total de 54 juzgados de Primera Instancia especializados, acordado por el CGPJ como plan de urgencia para reducir el previsible aumento de demandas sobre cláusulas suelo, se han adoptado sin la dotación de medios ni presupuesto por parte del Estado y las CCAA con competencias transferidas, lo que provocará graves alteraciones en el normal funcionamiento de la justicia. A más abundamiento, la Abogacía Española ha declarado que va a recurrir el acuerdo del CGPJ, pues considera que infringe el ordenamiento jurídico y que comportará graves problemas sociales.

En los próximos meses podremos ver la efectividad de la implantación del RDL 1/2017 y esperemos que sea lo más positivo posible por el bien de los miles de

consumidores afectados por las cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, a pesar de que aún queda mucho por recorrer hasta llegar al final del túnel.

Ciertamente, el debate sobre las cláusulas suelos es interminable, pero este trabajo tiene un límite de espacio que debemos respetar no sin antes manifestar que sería interesante realizar un análisis profundo sobre el control de transparencia en la contratación entre empresarios en favor del pequeño profesional.

La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.
Justiniano.

VIII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

VIII.1. Fuentes normativas.

- Código Civil.
 - Art. 6.2
 - Art. 395.1
 - Art. 1255
 - Art. 1258
 - Art. 1261
 - Art. 1262

- Constitución Española, 1978. Publicado en BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978. Vigencia desde 29 de Diciembre de 1978. Revisión vigente desde 27 de Septiembre de 2011.
 - Art. 38

- Directiva 93/13/CEE del Consejo de Europa, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
 - Art. 3.1
 - Art. 4.1
 - Art. 4.2
 - Art. 5
 - Art. 6.1
 - Art. 7.1
 - Vigésimo Considerando

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
 - Art. 17.1

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
 - Art. 1.1
 - Art. 5.1
 - Art. 5.5
 - Art. 7. b)
 - Art. 9.2
 - Art. 10.1
 - Art. 10.2
 - Art. 12.2

- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o crédito.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
 - Art. 207.4
 - Art. 222
 - Art. 400.2

- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- 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. (Vigente hasta el 29 de abril de 2012).
- Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- 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.
 - Art. 3
 - Art. 10
 - Art. 80.1.b)
 - Art. 82.1
 - Art. 82.2
 - Art. 83.2
- Real Decreto Ley, de 20 de enero de 2017, de Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

VIII.2. Fuentes jurisprudenciales.

- **2009**
 - STJUE de 4 junio 2009, (asunto C-243/08).
- **2010**
 - STJUE de 3 junio 2010, (asunto C-2/09).
 - STJUE de 9 noviembre 2010, (asunto C-137/08).
 - STS, de 29 diciembre 2010, (RJ/2011/148, RC 1074/2007).
- **2011**
 - SAPS de 7 octubre 2011, (AC 1569/2011).
- **2012**
 - STJUE de 14 junio 2012, (asunto C-618/10).
 - STS de 18 junio 2012 (RC 46/2010, ST 406/2012).
- **2013**
 - STJUE de 21 enero 2013, (asunto C-92/11).
 - STJUE de 21 marzo 2013, (asunto C-92/11).
 - STS de 9 mayo 2013, (RC 485/2012).
- **2015**

- STS de 25 marzo 2015, (RC 138/2014).
- **2016**
- SAP Palencia de 14 noviembre 2016, (RC 333/2016).
- STJUE de 21 diciembre 2016, (asunto C154/15, asunto C307/15 y asunto C308/15).
- **2017**
- STS de 24 febrero 2017, (RC 740/2014).

VIII.3. Fuentes doctrinales.

- ABOGACÍA ESPAÑOLA (2017), “La abogacía española recurrirá el acuerdo del poder judicial sobre los juzgados únicos para cláusulas suelo” (<http://www.abogacia.es/2017/06/01/la-abogacia-espanola-recurrira-el-acuerdo-del-poder-judicial-sobre-los-juzgados-unicos-para-clausulas-suelo/>, fecha última consulta 8-6-2017).
- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS, (2010), “Informe Jurídico-Económico de ADICAE en respuesta al informe del Banco de España sobre Cláusulas Suelo”, págs. 12-13-15.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013), “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo 2013 sobre cláusulas suelo”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, pág. 114.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017A), “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre 2016: Su impacto sobre la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, págs. 10-27.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017B), “Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”. *Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2017)*, Vol. 9, Nº 1, pág. 394.
- CAÑIZARES LASO, A., (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Civil*, págs. 71-97.
- CAÑIZARES LASO, A., (2016), “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”. *Revista de Derecho Civil*, págs. 106.
- CARRASCO PERERA, A.-CORDERO LOBATO, E., (2013), “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, pág. 170.
- CONDE FUENTES, J., (2017), “El procedimiento extrajudicial para la

restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216 vol. IV, núm. 1 (enero-marzo, 2017) Ensayos, pág. 223.

- EL DERECHO.COM., LEFEBVRE - EL DERECHO (2017), “Cláusulas suelo/Civil. Más sobre las cláusula suelo y la cosa juzgada”, por Manuel Campo Miñarro, Fiscal de la Audiencia Provincial de Valencia, (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Clausulas-suelo-cosa-juzgada-reclamacion-efectos-restitutorios_11_1071430002.html, fecha última consulta 12-6-2017).
- EL PAÍS, (2017), “Ni juez, ni refuerzos, ni nada”, “Los juzgados especializados para tramitar las demandas de las cláusula suelo abren el desconcierto por no estar listos y las críticas en el sector judicial por la falta de medios”, (https://economia.elpais.com/economia/2017/06/01/actualidad/1496336593_215959.html, fecha última consulta 4-7-17).
- GARCÍA MONTORO, L. (2013A), “La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual”. Análisis de algunos pronunciamientos judiciales recientes previos a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, pág. 244.
- GARCÍA MONTORO, L. (2013B), “Contra la sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, pág. 300.
- GENTO MAHUENDA, P., (2014), “El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 10, 2014, pág. 29-32-34-36.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., (2014), “Cláusulas Suelo: ¿Se puede negociar con el Banco? Anulación y retroactividad (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 133, págs. 6-7.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., (2014), “Devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusula suelo declarada nula”, *Tribuna de actualidad*, Vol. 2, pág. 29.
- NOTICIAS JURÍDICAS, (2017). “Las asociaciones de consumidores decepcionadas con el Real Decreto-ley 1/2017 sobre cláusulas suelo”, (<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11582-las-asociaciones-de-consumidores-decepcionadas-con-el-real-decreto-ley-1-2017-sobre-clausulas-suelo/>, fecha última consulta 8-6-2017).
- PATÓN GARCÍA, G., (2017), “¿Incentivos fiscales por la eliminación de la cláusula suelo?”, *Revista CESCO Centro de Estudios de Consumo*, Publicaciones jurídicas, 24 de febrero de 2017, pág. 8.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., (2013A), “Falta de transparencia y carácter abusivo

de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, pág. 13.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., (2013B), “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013”. *Diario La Ley*, Nº 8154, pág. 6.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., (2017), “Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, págs. 3-9-11.
- PODER JUDICIAL, (2017), “El CGPJ aprueba la especialización de 54 juzgados para conocer de los litigios por las cláusulas suelo”, (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-especializacion-de-54-juzgados-para-conocer-de-los-litigios-por-las-clausulas-suelo>, fecha última consulta 8-6-2017).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., (2016), “Cláusulas Suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. Buena fe”. *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, vol. III, nº 4 (octubre-diciembre, 2016) Estudios, págs. 79-87-88-99).