



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y Dirección de empresas

Las cláusulas suelo en la jurisprudencia del TJUE y de la Sala 1ª del TS

Presentado por:

Sonia Vielba Gutiérrez

Tutelado por:

Vicente Guilarte Gutiérrez

Valladolid, 20 de junio de 2017

RESUMEN

Las cláusulas suelo son cláusulas limitativas del tipo de interés que, en los últimos años del siglo XX, los bancos han incorporado a los préstamos con garantía hipotecaria. Dichas cláusulas han provocado graves perjuicios a los consumidores que celebraron contratos en los que se incluían, ya que las cuotas que tuvieron que pagar eran mayores a lo que hubiese correspondido si dichas cláusulas no hubieran existido. Las cláusulas suelo han sido enjuiciadas numerosas veces en los Tribunales españoles y, en concreto, por el Tribunal Supremo español, el cuál fijó doctrina a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, incorporando un doble control de transparencia que, si no cumplían, serían declaradas abusivas y nulas. No obstante, la doctrina fijada por el TS español, no fue del todo aceptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues consideraba que los tribunales españoles no estaban siendo justos con los consumidores, por lo que dictó sentencia el 21 de diciembre de 2016.

PALABRAS CLAVE: cláusulas suelo, préstamos hipotecarios, abusividad, consumidor.

ABSTRACT

The floor clauses are clauses limiting the interest rate that, in the last years of the 21st century, the banks have incorporated into mortgage-backed loans. These clauses have caused serious damage to consumers who signed contracts in which they were included because the quotas that they had to pay were greater than what would have corresponded if those clauses had not existed. The floor clauses have been tried numerous times in the Spanish Courts and, specifically, by the Spanish Supreme Court, which established doctrine from the STS of May 9, 2013, incorporating a double control of transparency that, if they did not comply, the clauses would be declared abusive and void. However, the Spanish Supreme Court doctrine was not fully accepted by the Court of Justice of the European Union because it considered that the Spanish courts were not being fair with the consumers, reason why it delivered judgment on December 21, 2016.

KEY WORDS: floor clauses, mortgage loans, abusive, consumer.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO	7
3. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIO	9
3.1 Concepto.....	9
3.2 Tipos de cláusulas	10
4. LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO	13
4.1 Concepto y características	13
4.2 Régimen jurídico.....	16
5. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A LAS CLÁUSULAS SUELO	19
6. MEDIDAS ESPECIALES EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS SUELO	42
7. CONCLUSIONES	46
8. BIBLIOGRAFÍA	50
9. ANEXOS	53

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la mayoría de los contratos que existen, son contratos de adhesión, es decir, se trata de contratos con condiciones uniformes, preestablecidas y predispuestas por el prestamista y, que el prestatario tendrá que aceptar o no, pero no podrá modificar. La razón que da lugar a esto es la masificación de la contratación en el ámbito mercantil puesto que, si prestamista y prestatario tuvieran que negociar las condiciones de los contratos, esto extendido al gran número de contratos existentes, provocaría un colapso en el sistema productivo y por tanto, no sería rentable.

Para poder hablar de cláusulas suelo, tenemos que referirnos, en primer lugar, a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria donde las mismas están incluidas. Se trata de contratos no negociados entre las partes, donde el prestamista impone sus condiciones y el prestatario decide si las acepta y se adhiere al contrato, o si por el contrario busca otra alternativa a la que le ofrece ese prestamista. Por tanto, podemos ver que existe una falta de libertad de las partes a la hora de pactar las cláusulas y el contenido del contrato. Concretamente, nos encontramos con dos partes, prestamista y prestatario, que se encuentran en posiciones diferentes a la hora de suscribir un contrato. El prestatario, normalmente un consumidor, se va a encontrar en una situación de inferioridad con respecto al prestamista, que generalmente será una Entidad bancaria, situada en una posición de superioridad en relación con el consumidor. Una vez celebrado el contrato de préstamo hipotecario entre prestamista y prestatario, entidad bancaria y consumidor, aparece el problema de las cláusulas que incluye y su contenido.

En España, la mayoría de las hipotecas que se contratan son con un tipo de interés variable, por lo que sus intereses dependen de la suma del Euribor y el diferencial. El Euribor, es el tipo de interés al que los bancos europeos se prestan entre sí y es objeto de fluctuaciones continuas. En el año 2008, el Euribor alcanzó máximos de casi el 5%, mientras que, en 2009, cayó hasta el 2,62% y siguió reduciéndose progresivamente. Esta caída del Euribor, en condiciones normales de contratación, provocaría la disminución de la cuota mensual a pagar por la hipoteca de los consumidores. No obstante, y a pesar de esta caída del Euribor, los intereses que los consumidores seguían pagando oscilaban entre un 3 y 3,5% de media, algo que desconcertó completamente a los consumidores. La razón por la que debieron de seguir pagando estos intereses era la inclusión, por parte de la entidad bancaria contratante, de cláusulas suelo en sus contratos, es decir, de cláusulas que imponían a los consumidores el tener que pagar un mínimo de intereses aunque el Euribor cayera.

La jurisprudencia española y la jurisprudencia europea, caracterizan a las cláusulas suelo, en su mayoría, como cláusulas abusivas que se encuentran dentro de los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre una entidad bancaria y un consumidor. Con estas cláusulas, las entidades bancarias, consiguen beneficiarse aun cuando se produzcan bajadas en el Euribor, pues ellas se aseguran cobrar una cantidad mínima siempre. Cuando el asunto de las cláusulas suelo ha empezado a aflorar en España, han sido muchas las entidades bancarias españolas que se han visto demandadas por este motivo y, por consiguiente, inmersas en procedimientos judiciales en los que los consumidores reclamaban la eliminación de dichas cláusulas de sus contratos y las indemnizaciones que les correspondían por haber pagado una cantidad indebida a los bancos.

La Asociación para la Defensa de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (Adicae), valora los afectados por la incorporación de este tipo de cláusulas en sus contratos de préstamo hipotecario, en dos millones de perjudicados en España. Además cifra las cantidades cobradas indebidamente por las entidades bancarias por cada familia afectada por estas cláusulas entre 2.155 y 4.276 euros al año¹.

La primera sentencia que declaró la nulidad, aunque parcial, de las cláusulas suelo, fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013². Dicha sentencia, declaraba nulas las cláusulas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario celebrados por consumidores con las entidades bancarias: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, Caja de ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra. La STS 241/2013, obligó a estas entidades bancarias a eliminar las cláusulas suelo de sus contratos al no superar el doble control de transparencia que se materializa en dicha sentencia. Esta sentencia fijó doctrina respecto a los asuntos relativos a las cláusulas suelo y posteriores sentencias toman esta como base jurisprudencial. Esta doctrina, tenía efectos únicamente, desde el 9 de mayo de 2013, fecha en la que se dicta, por lo que las entidades bancaria, no tenían que devolver el dinero cobrado injustamente a los consumidores desde que se firmó el contrato, sino que solo tenían que devolver las cantidades cobradas indebidamente desde el 9 de mayo de 2013.

¹ P, V., “La historia del fin de las cláusulas suelo”, *Dirigentes digital*. Disponible <https://dirigentesdigital.com/articulo/economia-y-empresas/43219/historia-fin-clausulas-suelo.html> [Consulta 30/04/2017]

² Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013.

Posteriormente, el 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decretó que, la devolución de las cantidades obtenidas de forma injustificada por las entidades bancarias de los consumidores, no tenía que hacerse desde el 9 de mayo de 2013, sino que tenía que llevarse a cabo la devolución a origen de estas cantidades. Por consiguiente, los afectados por las cláusulas suelo podrían reclamar el dinero cobrado en exceso en su totalidad. Ante esta situación, la justicia española está intentando adaptar su jurisprudencia a esta sentencia lo antes posible, aunque se prevé que puedan producirse ciertos colapsos en los Juzgados de Primera Instancia a consecuencia del gran número de demandas que se esperan a partir de junio de 2017. Por este motivo, en la actualidad, se están tomando medidas urgentes para poder sobrellevar este problema de la mejor manera posible.

Con lo expuesto anteriormente, este trabajo constará, en primer lugar, de una breve descripción donde se explicaran y matizaran qué se entiende por contratos de préstamo hipotecario, por cláusulas abusivas y, concretamente, por cláusulas suelo. En segundo lugar, se hará un análisis exhaustivo de la evolución de la jurisprudencia relativa a las cláusulas suelo del Tribunal Supremo Español y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Previamente al estudio y análisis de las cláusulas suelo, las cuales son objeto de este trabajo, es necesario hacer una breve referencia al contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre entidades bancarias y consumidores pues es la base negocial presupuesto de dicha cláusula.

Los contratos de préstamo hipotecario incluyen dos negocios jurídicos entre los que existe una relación de dependencia: por un lado, el contrato de préstamo propiamente dicho, y por otro lado, la constitución del derecho real de hipoteca a favor del acreedor.

En primer lugar, cuando hablamos de hipoteca, nos referimos a un derecho real de garantía que grava, normalmente, bienes inmuebles, cuyo fin es garantizar el cumplimiento de una obligación o el pago de una deuda. Si al finalizar el plazo no se satisface dicha deuda, el acreedor tiene el derecho de realización del valor del bien, por lo que puede vender el bien y cubrir la deuda con lo que obtenga de él³.

En segundo lugar, el llamado préstamo con garantía hipotecaria es un negocio jurídico mediante el cual se pacta un préstamo de dinero que se garantiza con hipoteca sobre un bien inmueble. Además, este inmueble, normalmente, se adquiere con dicho préstamo que formará parte del pago de su precio⁴.

Los contratos de préstamo hipotecario son contratos típicos y sus condiciones resultan innegociables para el prestatario pues vienen impuestas mediante condiciones generales por el prestamista. Son contratos de adhesión, es decir, son contratos en los que el oferente plantea unas condiciones a los potenciales demandantes y los aceptantes se suscriben o no al mismo⁵. En ellos, el prestamista, normalmente una Entidad de crédito, realiza una oferta al prestatario, generalmente un particular, que tendrá que aceptarla. Sin embargo, esto no significa que el prestatario no tenga opciones, sino que tiene varias y tendrá que elegir aquella que resulte más beneficiosa y favorable para sus intereses. Se trata de contratos en los cuales, el consumidor, puede adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional o no, pero sin poder influir en el contenido de éstas.

³ RAMOS CHAPARRO, E.J. *La Garantía Real Inmobiliaria. Manual Sistemático de la Hipoteca*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2008, páginas 41 y siguientes.

⁴ YSÀS SOLANES, M. *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, 1994, páginas 81 y siguientes.

⁵ NAVARRO MENDIZÁBLA, I.A. *Derecho de obligaciones y contratos*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2011, páginas 278 y siguientes.

El objeto de la obligación contraída es la prestación que lleva consigo la satisfacción del interés del acreedor. Cuando hablamos de intereses y nos referimos a los intereses variables, los criterios de determinación de estos no pueden ser dispuestos por las partes⁶. Además de estos intereses periódicos, en caso de incumplimiento, se fijan unos intereses moratorios que están varios puntos por encima del interés normal. Estos intereses se devengan con la constitución en mora del deudor.

No obstante, la situación en la cual una de las partes del contrato influye en el contenido del mismo y marca sus condiciones mientras la otra parte sólo tiene margen de acción para adherirse a él, puede desembocar en la generación de beneficios valiéndose de la situación de superioridad del primero frente al segundo y con ello, se pueden producir abusos a los consumidores. Por esta razón, y con el fin de evitar cláusulas abusivas en los contratos, se han regulado las condiciones generales de contratación a nivel europeo en la Directiva 93/13/CEE⁷, y en España, en la Ley 7/1998⁸ y en EL Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de ahora en adelante TRLGCU)⁹.

A efectos del presente trabajo, nos vamos a referir de forma exclusiva a los contratos celebrados entre una Entidad bancaria o empresa, cuyo objeto sea la concesión de préstamos y créditos hipotecarios, y los consumidores. A efectos del TRLGCU, encargado de regular las relaciones entre los consumidores y los empresarios, entendemos como consumidores aquellas personas físicas que no actúen dentro del ámbito de sus actividades profesionales¹⁰.

⁶ Código Civil 1889. *Boletín oficial del Estado (BOE)*. BOE-A-1889-4763. Artículo 1256: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

⁷ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario oficial de la Unión Europea (DOUE)*. DOUE-L-1993-80526.

⁸ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Boletín oficial del Estado (BOE)*. BOE-A-1998-8789.

⁹ 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. *Boletín oficial del Estado (BOE)*. BOE-A-2008-2487.

¹⁰ Artículos 2 y 3 TRLGCU : “Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” y, “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas 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”.

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

3.1 Concepto

La noción de “*cláusulas abusivas*” ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y dependiendo del momento en el que nos encontremos ha ido adquiriendo diversos matices. La Ley 7/1998, sobre condiciones generales de contratación, en su artículo 1, establece qué se entiende por “condición general de contratación”, definiéndola como aquella cláusula que ha sido predispuesta e impuesta por el empresario con el objetivo de incluirla en multitud de contratos. Una de las partes, la que impone las condiciones, va a ser el empresario, mientras que la otra parte, la que se encuentra en una posición de inferioridad, es posible que sea un consumidor y, si es así, tendríamos que acudir al TRLGCU.

Otra definición de “*cláusulas abusivas*” la encontramos en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE¹¹ relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y en el artículo 82 del TRLGCU¹². Se describe como aquella condición contenida en un contrato, no negociada de manera individual por el empresario con el consumidor y contraria a la buena fe, pues causa un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes. Cuando una cláusula sea declarada abusiva, dicha cláusula no va a producir efectos, es decir, será considerada como nula¹³. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se trata de un contrato celebrado entre un empresario y un particular, establece que sí el juez constata que una cláusula de dicho contrato es nula, tiene el deber de no aplicarla pero no tiene potestad para modificarla¹⁴.

¹¹ El artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE establece cuándo podemos considerar que una cláusula es abusiva: “*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*”. Asimismo, es importante matizar cuándo una cláusula no se ha negociado de forma individual, dicho artículo continúa diciendo que “*Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*”.

¹² El artículo 82 del TRLGCU considera cláusulas abusivas a “*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*”.

¹³ PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “Efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas”. *Revista Derecho Mercantil*, 1 de julio de 2016.

¹⁴ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015. Asunto C-602/13.

3.2 Tipos de cláusulas

Una vez conocido el concepto de cláusulas abusivas es necesario ver sus diferentes tipos. En primer lugar y de forma general para todos los contratos, el artículo 3.3 de la Directiva 93/13/CEE se remite a los Anexos de la misma, donde se muestra una lista “*indicativa y no exhaustiva*” de las cláusulas que podrían declararse, en su caso, como cláusulas abusivas. Se trata, por tanto, de una lista abierta o *numerus apertus* que contiene una enumeración ejemplificativa de posibles cláusulas abusivas que se pueden dar dentro de un contrato¹⁵.

¹⁵ Anexo Directiva 93/13/CEE: Se trata de cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional;
- b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional;
- c) prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;
- d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización;
- e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;
- f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;
- g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa.
- h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo;
- i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;
- j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato sus términos.
- k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;
- l) estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido;
- m) conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato;
- n) restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;
- o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas;
- p) prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;
- q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

Al tratarse de una lista abierta, es posible incluir otros tipos de cláusulas abusivas. El TRLGCU, como transposición de la Directiva anteriormente mencionada, establece diversos tipos complementarios de cláusulas que podrían tener la consideración de abusivas en sus artículos 85 a 90¹⁶.

En segundo lugar, y en conexión con el objeto de este trabajo, es conveniente acotar estas cláusulas a las incorporadas de forma más frecuente a los contratos de préstamo garantizado con hipoteca¹⁷. Entre estas podemos destacar: cláusulas abusivas contenidas en las escrituras de hipoteca y cláusulas oponibles en la ejecución hipotecaria, cláusulas relativa a intereses¹⁸, cláusula suelo, cláusula de liquidación unilateral, cláusula que vincula la concesión, o ampliación, del préstamo hipotecario con la contratación de un seguro, cláusulas de vencimiento anticipado¹⁹, cláusulas limitativas de la disponibilidad del inmueble gravado con el derecho real de hipoteca, cláusulas de compensación de la deuda derivada del impago del crédito hipotecario con depósitos del deudor y de imputación de pagos concedida como facultad a la entidad bancaria, cláusula por la que se altera, en perjuicio del deudor, la correlación entre el valor de tasación del inmueble gravado con la hipoteca y el tipo mínimo de la subasta y otras como la cláusula de sumisión territorial, cláusula de extensión de la hipoteca a la costas procesales, cláusula de imposición de cargos

¹⁶ El TRLGDCU en sus artículos 85 a 90 incluye como posibles cláusulas abusivas aquellas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, cláusulas que limiten los derechos básicos del consumidor y usuario, cláusulas abusivas por falta de reciprocidad, sobre garantías, que afecten al perfeccionamiento y ejecución del contrato o las cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

¹⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C. *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, páginas 159 y siguientes.

¹⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. *Ibid.*, página 166 y siguientes. Dentro de las cláusulas relativas a intereses encontramos: cláusulas de interés variable, cláusulas de intereses remuneratorios, cláusula por la que se acuerda el devengo de los intereses remuneratorios de todo el capital pendiente de pago para el supuesto de vencimiento anticipado de la deuda, cláusula de intereses moratorios, cláusula de anatocismo, cláusula de variación del tipo de interés en una amortización anticipada, cláusula de cálculo de interés anual y posterior distribución temporal, por meses o por días y cláusula de redondeo al alza del tipo de interés.

¹⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. *Ibid.*, página 244 y siguientes. Dentro de las cláusulas de vencimiento anticipado existen subtipos dependiendo de que se trate de: incumplimiento genéricos, incumplimiento por impago de cuota de amortización del préstamo, incumplimiento por impago de la prima del contrato de seguro vinculado al contrato de préstamo con garantía hipotecaria y por desatención de otras obligaciones accesorias, incumplimiento por gravamen o disposición de la finca hipotecada o de su uso por parte del deudor sin consentimiento del acreedor, incumplimiento por denegación de la inscripción registral de la escritura del préstamo hipotecario, incumplimiento por alteración de la situación económica del deudor e incumplimiento por muerte sobrevenida del prestatario.

que legalmente no incumben al cliente, cláusula de cargos por comisiones, cláusula de imposición por parte de la entidad bancaria de la empresa tasadora y del notario interviniente y cláusula de aplicación de la hipoteca a construcciones futuras.

4. LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

4.1 Concepto y características

En la actualidad, existen tres tipos de hipotecas dependiendo del tipo de interés que en ellas se establezca. Nos encontramos hipotecas fijas, si se paga la misma cantidad durante toda la duración del préstamo; hipotecas variables, si el interés que se va a aplicar varía en función de la evolución de los tipos de interés, por lo que las cuotas mensuales varían con cada revisión de los tipos de interés; e hipotecas mixtas, en las que concurren los dos tipos anteriores, teniendo un tipo de interés fijo en el período inicial²⁰ y posteriormente un tipo de interés variable.

En España, para solicitar una hipoteca, es necesario conocer la relación entre esta y el Euribor²¹, pues es el tipo de referencia más utilizado en la constitución de hipotecas y por tanto, el máximo condicionante de sus cuotas mensuales. El Euribor se define como el tipo de interés al cuál un gran número de bancos europeos se prestan dinero entre sí, por lo que fluctúa constantemente. Es por esto por lo que las variaciones que se producen en el Euribor influyen directamente en el importe de la cuota de la hipoteca. No obstante, además de este, es importante tener en cuenta el diferencial pues es la cantidad que la entidad bancaria fija en las condiciones de contratación (no es el mismo en todas las entidades bancarias, varía de unas a otras). Este diferencial es también una parte del tipo de interés.

La mayoría de las hipotecas que se suscriben en España tienen un tipo de interés variable dependiente del Euribor. El problema se encuentra en que, ante la constante fluctuación del mismo, muchas hipotecas incluían *cláusulas suelo y techo*, es decir, en los contratos de préstamo hipotecario se incluían límites por debajo de los cuales los intereses no podían reducirse o límites por encima de los cuales no podían crecer aunque el Euribor se encontrase por encima, respectivamente.

Por consiguiente, podemos definir las “*cláusulas suelo*” como aquellas cláusulas que las entidades bancarias incorporan a los contratos con el fin de limitar la bajada del tipo de

²⁰ UTRERA, E, 2016, “¿Hipoteca mixta? Sepa cómo elegir la mejor”, *Expansión*. Disponible en <http://www.expansion.com/ahorro/2016/02/07/56b7bb49e2704e5e558b45de.html> [Consulta 27/03)2017]. En la hipoteca mixta, el período inicial debe de ser superior a un año. Además, los expertos recomiendan que la duración de esta parte fija sea de al menos 10 años.

²¹ EURIBOR: “*Euro Interbank Offered Rate*” o “tipo europeo de oferta interbancaria”.

interés por debajo de los baremos de las entidades u organismos independientes, generalmente el Euribor. Este tipo de cláusulas favorecen a las propias entidades bancarias y dejan en una situación de “inferioridad”, en cuanto a su protección se refiere, a los consumidores, pues se trata de proteger los intereses económicos de estas entidades ante la posible bajada del tipo de interés que tendría efectos perjudiciales para ellas²².

Las entidades bancarias españolas, en los últimos años, han incluido este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario de manera habitual. Aquí, hay que acentuar “las entidades españolas” puesto que en el resto de países europeos la presencia de contratos que tuviesen incorporados estas cláusulas ha sido muy escasa pues sus legislaciones tienden a otorgar una mayor protección al consumidor que la legislación española, y la inclusión de las mismas está sometida a diversos requisitos y restricciones. Los únicos países europeos donde han sido utilizadas, de forma ocasional y excepcional, son cuatro, Portugal, Italia, Francia y Bélgica²³.

Las cláusulas suelo se han incorporado a los contratos de préstamo hipotecario de dos formas distintas: a través del “suelo hipotecario” o del “suelo de la hipoteca”, es decir, estableciendo un tipo mínimo de referencia o un tipo mínimo de interés, respectivamente. Ambas son similares pero tienen diferentes matices:

Por un lado, lo que se conoce como “suelo hipotecario”, trata de señalar un mínimo para el índice de referencia del que se trate, en nuestro caso, en la mayoría de las cuestiones, vamos a coger como índice de referencia el Euribor. Posteriormente, trata de calcular el cupo de los intereses remuneratorios finales sumando al final el margen diferencial que se había establecido con anterioridad. Por ejemplo:

Pedimos un préstamo hipotecario con valor de 100.000€ de tipo variable cuyo plazo de amortización es de 30 años. El índice de referencia es el Euribor y el diferencial es del 1%. Suponemos entonces que este índice de referencia es del 0,54%, con lo visto anteriormente el interés aumentaría hasta 1,54% (Euribor + diferencial). Esto supondría que tendríamos que pagar 347,04€ al mes. No obstante, si en el préstamo inicial se hubiesen incluido cláusulas de suelo hipotecario al 3%, el interés ahora sería del 4% (Euribor con “suelo

²² CASTILLO MARTÍNEZ, C. *op. cit.*, páginas 209 y siguientes.

²³ LLORENTE, C., “España, reducto europeo de las cláusulas suelo”, *Diario Jurídico*. Disponible en <http://www.diariojuridico.com/espana-reducto-europeo-de-las-clausulas-suelo/> [Consulta 27/03/2017]

hipotecario” + diferencial). Por lo que, al mes, tendríamos que pagar 477,42€, suponiendo esto un incremento de 133,26€ respecto de lo anterior²⁴.

Por otro lado, lo que se conoce como “suelo de la hipoteca”, trata de fijar un mínimo por debajo del cual no podría decaer la suma del índice de referencia, en la mayoría de los casos el Euribor, y el diferencial. Por ejemplo:

Pedimos un préstamo hipotecario, al igual que en caso anterior, de 100.000€, cuyo plazo de amortización es de 30 años, el Euribor es del 0,54% y el diferencial del 1%. Esto supondría que tendríamos que pagar 347,04€ al mes. Ahora bien, si este préstamo incluye un cláusula de “suelo de la hipoteca”, de por ejemplo, el 3%, el interés sería también de 3% ya que la suma del Euribor y el diferencia (1,54%) es menor a ese 3% del suelo de la hipoteca. Por lo que, al mes, tendríamos que pagar 421,60€, cantidad que es superior a lo que tendríamos que pagar si el contrato de préstamo no incluyese dicha cláusula, pero inferior a la que tendríamos que pagar si se tratase del “suelo hipotecario” visto anteriormente.

Estas dos formas de incluir las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, son perjudiciales para el consumidor, mientras que, del lado de las entidades bancarias, les reporta ciertos beneficios económicos, pues independientemente de la variabilidad del índice de referencia, y de la bajada que esto podría suponer en los pagos que los consumidores debieran hacer al mes, las entidades bancarias, siempre van a cobrar una suma de dinero mínima por encima de lo que lo harían si se tratase de un contrato sin este tipo de cláusulas.

Ahora bien, es necesario referirse al inicio de la inclusión de tipo de cláusulas en los contratos de préstamos hipotecario. Fue a partir de 1997, con la burbuja inmobiliaria de aquellos años, cuando las entidades bancarias empezaron a incorporar las cláusulas suelo con el fin de tener siempre unos ingresos fijos ante las posibles bajadas del Euribor. Estas cláusulas siguieron incluyéndose en estos contratos durante muchos años, a pesar de que con el tiempo, se empezó a plantear la legalidad de las mismas. No obstante, no fue hasta 2010 cuando se dictó la primera sentencia que obligó a anular una cláusula suelo. Se trata de la sentencia de 30 de Septiembre de 2010, del Juzgado Número 2 de lo Mercantil de Sevilla²⁵. A partir de entonces, han sido muchas las sentencias que han reiterado la nulidad

²⁴ Los ejemplos se han realizado a través del simulador de préstamos del Banco de España.

²⁵ Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, 30 de septiembre de 2010, nº 246/10. Dicha sentencia condenaba a BBVA, Caja de Ahorros de Galicia, Cajamar y Cajamar Caja Rural, las cláusulas que incluían en sus hipotecas al considerarlas abusivas.

de las cláusulas suelo, siendo crucial para el momento en el que nos encontramos hoy en día, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013²⁶. Podría decirse que esta sentencia fue un punto de inflexión en todas las cuestiones relativas a la nulidad de las cláusulas suelo.

4.2 Régimen jurídico

En los últimos años, la contratación en masa ha aumentado de forma muy significativa, así como los inconvenientes derivados de la misma, coincidiendo con la burbuja inmobiliaria. Ante esta situación, tanto el legislador estatal como el legislador comunitario se han visto obligados a establecer un nuevo marco legislativo al respecto que reforzase la posición del consumidor como parte contratante. Este nuevo marco legislativo, se ha visto muy influenciado por la aparición del Derecho del consumo y de la competencia, y tiene como fin volver a instaurar un equilibrio entre entidad bancaria y consumidor y, restablecer el correcto funcionamiento del mercado.

La preocupación por los contratos en masa se ha visto acrecentada en los últimos años, es por esto que se produce un punto de inflexión en su regulación desde 2011. Encontramos entonces dos fases: en primer lugar, el periodo anterior a 2011, el cual tiene como fin conseguir “la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario”; en segundo lugar, el periodo posterior a 2011 y hasta hoy, tiene como fin reforzar la “la transparencia e información para incrementar las vías que eviten la ejecución hipotecaria”²⁷.

La legislación aplicable a este asunto, por orden de promulgación, tanto española como comunitaria, es²⁸:

- Orden 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013.

²⁷ ALCALÁ DIAZ, M.A., *La protección del deudor hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013, páginas 19 y siguientes.

²⁸ PASTOR, Grupo Banco Popular “Información básica sobre cláusulas suelo”. Disponible en http://www.bancopastor.es/MungoBlobs/458/449/CL%C3%81USULAS_SUELO.pdf [Consulta 01/04/2017].

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Orden 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- 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.
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

- Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.
- Anteproyecto de Ley XX/2016, de 26 de julio, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

No obstante, además de los textos jurídicos mencionados anteriormente, tenemos que tener en cuenta la jurisprudencia que existe al respecto, tanto del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.

5. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A LAS CLÁUSULAS SUELO

En la actualidad, las cláusulas suelo son un tema muy candente que ha dado lugar, desde sus inicios en 1997, a multitud de conflictos. Como hemos expuesto anteriormente, la primera sentencia que declara la nulidad de las cláusulas suelo es la sentencia de 30 de Septiembre de 2010, del juzgado número 2 de lo Mercantil de Sevilla. Sin embargo, el punto de inflexión en este asunto lo marca la **Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo**²⁹.

Inicialmente, es necesario referirse a los hechos que dieron lugar a esta sentencia:

En primer lugar, AUSBANC CONSUMO -Asociación de usuarios de los servicios bancarios-, interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, Caja de ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra. La interposición de esta demanda, se produjo con el fin de hacer cesar las condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, instando a que se declarasen las cláusulas suelo que incluían en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores, como cláusulas abusivas. Para ello, se ejercitó por parte de AUSBANC una acción colectiva de cesación de las mismas.

El 30 de septiembre de 2010, el Juzgado de lo Mercantil N°2 de Sevilla, dictó sentencia condenatoria contra BBVA, Cajamar y Caixa Galicia por la imposición de cláusulas abusivas en sus contratos de préstamo hipotecario e instaba a que en lo sucesivo no volviesen a incluir tal tipo de cláusulas en sus contratos. Contra esta sentencia, BBVA, Cajamar Caja rural, Sociedad cooperativa de crédito y Caixa de ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra, interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla.

El 7 de octubre de 2011, se dictó sentencia estimando los recursos de apelación, revocando la sentencia anterior y declarando que las cláusulas citadas anteriormente no eran nulas, y por tanto, estas entidades bancarias quedaron absueltas. Esta resolución se recurrió, por un lado, por parte de AUSBANC, interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y, por otro lado, por parte de Ministerio Fiscal

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013.

interponiendo recurso de casación. A este respecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo, admitió todos los recursos.

Los recursos fueron analizados por el Tribunal Supremo, el cuál terminaría dictando sentencia el 9 de mayo de 2013. Para el Tribunal Supremo, y al igual que ha reiterado el TJUE en diversas ocasiones, en este tipo de contratos de préstamos hipotecario, la parte que se encuentra en inferioridad es el consumidor y, por tanto, en base al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE³⁰, el tribunal consideró que dicho artículo es una disposición imperativa que intenta imponer un equilibrio real y no formal entre las partes, evitando así los perjuicios que pudiera suponer al consumidor el quedar vinculado por una cláusula abusiva.

En cuanto al control de oficio de la existencia de dichas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo, siguiendo la línea del TJUE³¹, determinó que no es el consumidor el que tiene que plantear el carácter abusivo de alguna de las cláusulas de sus contratos, sino que, es el juez español el que debe apreciar de oficio ese carácter abusivo de una cláusula contractual. Además, la existencia de cláusulas abusivas, debe probarse no solo cuando esté demostrada su existencia, sino que, cuanto existan motivos razonables para pensar que podrían existir este tipo de cláusulas, debe realizarse la prueba. No obstante, el juez español no tiene el deber de excluir la aplicación de dicha cláusula si el consumidor, una vez informado de todo lo acontecido, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula.

Hay que matizar que, respecto de lo anteriormente expuesto, el juez español no puede apartarse de los hechos fundamentales que han fijado las partes para justificar lo que reclaman. La justificación de esto la encontramos en el principio que establece que, un proceso debe iniciarse por las partes y no de oficio, a no ser que, se trate de un caso de interés público donde se exija la intervención del juez de manera excepcional. Además, hay que constatar que, todo lo referido a los pleitos que pudieran surgir entre empresario y

³⁰ El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE establece que: *“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”*.

³¹ SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 de febrero de 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23.

consumidor de manera individual, puede aplicarse de forma análoga a los casos en los que se lleve a cabo una acción de defensa de intereses colectivos³².

Una vez sentadas las bases, es importante analizar si las cláusulas contractuales de estabilización de tipos de interés, son condiciones generales de la contratación. Para ello, la doctrina estableció que se deben de cumplir ciertos requisitos: (i) Contractualidad, (ii) Predisposición, (iii) Imposición y, (iv) Generalidad.; es decir, deben ser cláusulas contractuales predispuestas, impuestas, en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos. Además, para que una cláusula adquiera dicha clasificación como condición general de contratación, carece de interés: (i) la autoría material y, (ii) que el adherente sea un profesional o un consumidor. Igualmente, las condiciones generales de contratación, pueden estar referidas al objeto principal del contrato y, únicamente se van a considerar incluidas en el mismo cuando hayan sido aceptadas por el adherente. Por tanto, con todo lo anterior, el Tribunal Supremo consideró las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación.

Asimismo, una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, es necesario establecer a qué se refieren dichas cláusulas dentro del contrato de préstamo. El Tribunal Supremo consideró que dichas cláusulas se refieren al objeto principal del contrato teniendo una función definitoria esencial. No obstante, aunque en principio estas cláusulas no sean susceptibles de control jurisdiccional, el Tribunal Supremo, en base a la STJUE de 3 de Junio de 2010³³, consideró que la Directiva 93/13/CEE deja abierto el abanico de posibilidades respecto de este tipo de cláusulas, permitiendo a los Estados la adopción de una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran al objeto principal del contrato³⁴.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, estableció que para poder declarar las condiciones generales de la contratación, y en concreto, las cláusulas suelo, como nulas, es necesario que se declare que dichas cláusulas son abusivas, pues las cláusulas suelo se entenderán

³² Esta afirmación se basa en: a) el artículo 9 Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios: “*Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.*”; b) la tutela de los consumidores ha sido reclamada tanto por una asociación de consumidores (AUSBANC), como por el Ministerio Fiscal; c) la importancia que tiene el interés público es lo que fundamenta que un juez nacional pueda apreciar de oficio la abusividad de una cláusula contractual.

³³ Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 3 de junio C-484/08

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013. Página 68.

como lícitas cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos³⁵. En primer lugar, es necesario comprobar si supera un doble control de transparencia: por un lado, el control de incorporación y, por otro lado, el control de transparencia real. Es necesario matizar que este control se refiere a cláusulas perjudiciales para el consumidor, es decir, está reservado únicamente a los contratos celebrados entre una entidad bancaria y particulares con la condición de consumidores.

Las condiciones generales de la contratación pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación como establecen los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación³⁶. Estos artículos hacen referencia a la transparencia documental de dichas cláusulas, es decir, si la cláusula está situada en el lugar correspondiente a la materia en el contrato, si su redacción es clara y transparente, etc. Este control de incorporación de las condiciones generales de la contratación, puede extenderse a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza con independencia de que el adherente sea consumidor o no.

Posteriormente, es necesario examinar si superan el control de transparencia real una vez que se encuentran incorporadas correctamente a los contratos. Este control, a su vez, de acuerdo con el artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios³⁷, hace referencia a si el consumidor tuvo la oportunidad de comprender realmente las implicaciones que suponía la cláusula suelo. Sin embargo, este control de transparencia, a

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013. Página 80.

³⁶ El artículo 5 LCGC establece que: “*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*”, mientras que el artículo 7 LCGC muestra que: “*no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*”.

³⁷ Artículo 80.1 TRLCU: “*En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:*

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

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. 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.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.”

diferencia del anterior, únicamente puede referirse a los contratos celebrados entre entidades bancarias y consumidores.

Por consiguiente, la doctrina concluyó que, las cláusulas referidas en la citada STS de 9 de mayo de 2013, cumplían con el control de incorporación en los contratos de préstamo hipotecario pero no con el control de transparencia real pues no tenían la claridad necesaria para los consumidores, existía una falta de información de los mismos, se incorporaban de forma conjunta con las cláusulas techo simulando una aparente contraprestación de las mismas, no había información sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo que pudiera ofrecer la entidad bancaria y, concretamente en lo referido a BBVA, se encontraban situadas entre multitud de datos haciendo más difícil su comprensión por el consumidor.

Una vez realizado este doble control de transparencia y cuando el tribunal entienda que no se supera, debe realizarse el control de abusividad. En este caso, se cumplía solo uno de los dos controles de transparencia -el control de incorporación-, por lo que era necesario comprobar si las cláusulas suelo, examinadas en dicha sentencia, tenían carácter abusivo³⁸. Para poder considerar las cláusulas suelo como abusivas es necesario que³⁹: (i) sean condiciones generales no negociadas individualmente e impuestas en la mayoría de los contratos, (ii) causen un desequilibrio en los derechos y obligaciones que se deriven del contrato de préstamo⁴⁰ y, (iii) dicho desequilibrio sea perjudicial para el consumidor. Por tanto, el Tribunal Supremo calificó las cláusulas suelo objeto de la STS 241/2013 como cláusulas abusivas al considerar que se cumplían los requisitos anteriores. Ahora bien, una vez calificadas las cláusulas suelo como abusivas y por consiguiente, nulas, la doctrina matizó que la nulidad de las cláusulas suelo no comportaba la nulidad de los contratos en los que estaban incorporadas, pues la nulidad de las mismas no suponía una imposibilidad

³⁸ Artículo 8.1 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC): “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra normal imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE: “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran 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”.

³⁹ Artículo 82.1 TRLCU: “se consideraran 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”.

⁴⁰ Respecto de estos desequilibrios, es necesario destacar que, a pesar de que una cláusula sea clara y comprensible para el consumidor, no necesariamente significa que sea equilibrada y beneficie al consumidor.

para que el contrato subsistiera. Además, es necesario remarcar que no cabe afirmar la nulidad radical en todos los casos, sino que deber ser objeto de análisis caso por caso.

Finalmente y en base a lo anterior, el Tribunal Supremo condenó a las entidades bancarias citadas previamente a excluir de sus contratos las cláusulas suelo y a no volver a incluirlas en más contratos de esta forma. Sin embargo, los contratos que ya se encontraban en vigor y que incluyesen este tipo de cláusulas⁴¹, subsistirían en los mismos términos en los que acordaron las partes, eliminando de los mismos las cláusulas suelo. Además, respecto a la retroactividad de la sentencia, se declaró la irretroactividad de la misma, por lo que no tenía efectos en los hechos acontecidos anteriormente a ella⁴².

La STS de 9 de mayo de 2013, estableció las bases sobre cómo debía realizarse el control de las cláusulas suelo, estableciendo que se debía llevar a cabo un doble control de transparencia con el fin de examinar la abusividad de las mismas. No obstante, si bien el Tribunal Supremo declaró que debía realizarse el doble control de transparencia, en la práctica, los tribunales declaran que una cláusula suelo es nula cuando no supera el control de transparencia. La STS 241/2013, sentó doctrina en relación al asunto de las cláusulas suelo.

Esta sentencia, se vio completada con un **Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013**⁴³. En primer lugar, el Tribunal Supremo aclaró, a petición de las entidades bancarias demandadas, que en su fallo número séptimo, al declarar la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo de dichas entidades, las razones que expone, son relativas únicamente a las cláusulas analizadas en dicha sentencia. En segundo lugar, clarificó que una cláusula suelo declarada nula no deja de serlo a pesar de que el consumidor se haya visto beneficiado un tiempo por este tipo de cláusulas cuando se han producido bajadas del tipo de referencia -Euribor-.

⁴¹ Artículo 12.2 LCGC: *“la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo (...)”*.

⁴² La eficacia retroactiva de esta sentencia se hacía inviable, pues, como establece dicha sentencia en su página 85, "Si se otorga este efecto retroactivo total (...) quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que (...) habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas" lo que causaría un daño irreparable en las entidades bancarias españolas e consiguientemente, a la economía nacional.

⁴³ Auto Aclaratorio del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013.

A partir de este momento, encontramos diversas sentencias relativas a las cláusulas suelo dictadas por el Tribunal Supremo, de las cuáles es necesario analizar las más relevantes a este respecto:

La **Sentencia del Tribunal Supremo 464/2014, de 8 de septiembre**⁴⁴, resuelve el recurso de casación interpuesto por la representante de ocho particulares afectados por las cláusulas suelo de BANKIA, S.A., contra la sentencia dictada con fecha de 28 de diciembre de 2012, en recurso de apelación núm. 359/2012, por la Audiencia Provincial de Segovia. La primera demanda, presentada ante el Juzgado de lo Mercantil de Segovia y posteriormente recurrida en apelación por la demandante, acumuló ocho acciones de nulidad individual contra las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario de BANKIA⁴⁵, apuntando que dichas cláusulas se encontraban entre diversos datos sin ninguna reseña especial por lo que pasaban desapercibidas, que no hubo ningún tipo de negociación sobre las mismas entre las partes y, que dichas cláusulas entrañaban un desequilibrio fundamental en los derechos y obligaciones de las partes. La parte demandante, pedía la nulidad de las cláusulas suelo por considerarlas abusivas.

La STS 464/2014 siguió lo formulado por la doctrina en la STS 241/2013, apoyándose en la fundamentación técnica y jurídica en ella expuesta. El Tribunal Supremo llevó a cabo el control de transparencia real necesario para poder determinar si nos encontrábamos ante cláusulas suelo con carácter abusivo y por tanto, nulas. Al examinar la transparencia de las mismas, el tribunal observó que la entidad bancaria no incorporó en el contrato de préstamo hipotecario los criterios precisos y comprensibles con el fin de que los particulares pudieran evaluar el alcance jurídico de las cláusulas suelo. Además, estas cláusulas no habían sido negociadas entre las partes y debían estar remarcadas y diferenciadas dentro del contrato en base al principio de transparencia real, algo que no se cumplía en dichos contratos.

Por consiguiente, en vista de lo anterior, el Tribunal Supremo dictó sentencia el 8 de septiembre de 2014, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°2 y Mercantil de Segovia, de 21 de septiembre de 2012. Esta sentencia, declaraba la nulidad de las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre 464/2014.

⁴⁵ La demanda de juicio ordinario interpuesta por la procuradora de los ocho particulares afectados por las cláusulas suelo, en un primer momento, fue dirigida contra Caja de ahorros y monte de Piedad de Segovia. No obstante, esta y otras siete entidades, fueron posteriormente integradas en lo que hoy se conoce como BANKIA, SA.

hipotecario de los demandantes por considerarlas abusivas y, condenaba a BANKIA a eliminar dichas cláusulas de sus contratos. Sin embargo, no condenaba a pagar a la entidad bancaria la cantidad debida por la aplicación de las cláusulas suelo a los demandantes.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 138/2015, de 24 de marzo**⁴⁶, sigue la doctrina fijada en la STS 241/2013, de 9 de mayo. La STS 138/2015, de 24 de marzo, decidió acerca del recurso de casación interpuesto por Caja sur Banco, S.A.U. contra la Sentencia 91/2013, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de Córdoba. La demanda en primer instancia fue interpuesta por la Asociación de Usuarios de Servicios bancarios -AUSBANC CONSUMO- contra Caja de Ahorros y Monte Piedad de Córdoba, Caja sur (posteriormente BBK Back Caja sur, S.A. y, Caja sur Banco, S.A.U.), en ejercicio de una acción colectiva de cesación de uso de condición general que establece una cláusula suelo por falta de transparencia. Los hechos que dieron lugar a la interposición de esta demanda se pueden concretar en la inclusión, por parte de la entidad bancaria Caja sur Banco, S.A.U., de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario que fueron consideradas como cláusulas abusivas por AUSBANC CONSUMO, el cuál pedía al tribunal que las declarase de tal manera y consecuentemente, nulas. El Juzgado de lo Mercantil N°1 de Córdoba dictó la Sentencia 404/2012, de 16 de noviembre que, posteriormente, fue recurrida en apelación por la entidad bancaria y dio lugar a la Sentencia 91/2013, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de Córdoba, que desestimó su recurso apelación anterior. Además, el Ministerio Fiscal formó parte de la pretensión de la demandada.

La STS 138/2015, de 24 de marzo, resolvió el recurso de casación interpuesto por Caja sur Banco, S.A.U. desestimándolo al no encontrarse válidos los motivos en los que se fundamentaba –infracción del artículo 80.1 TRLCU al considerarse, en la sentencia recurrida, las cláusulas suelo como no transparentes y abusivas e, infracción de la doctrina de la STS 241/2013, de 9 de mayo-. Por lo que, confirmando la Sentencia 404/2012, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Córdoba, se declaraban las cláusulas suelo incorporadas en los contratos de préstamo con tipo de interés variable de Caja sur Banco, S.A.U., base de dicha cuestión, como abusivas y por tanto, nulas. Además, se condenaba a la entidad bancaria, Caja sur Banco, S.A.U., a eliminar estas cláusulas de sus contratos y a no volver a utilizarlas en ocasiones posteriores.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo 138/2015.

Únicamente un día después a la STS 138/2015, de 24 de marzo, el Tribunal Supremo dictó la **Sentencia 139/2015, de 25 de marzo**⁴⁷. Esta sentencia es especialmente relevante ya que sienta doctrina acerca de los efectos restitutorios de las cláusulas suelo que se declarasen abusivas. La STS 139/2015, de 25 de marzo, resuelve los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) contra la Sentencia (AC 2014, 624), de 21 de noviembre de 2013, de la Audiencia Provincial de Álava. La primera demanda, fue presentada por dos particulares ante el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Álava, el cuál dictó Sentencia de 2 de julio de 2013, que fue recurrida en apelación por BBVA y, posteriormente desestimado dicho recurso (Sentencia (AC 2014, 624), de 21 de noviembre de 2013). Las circunstancias que llevaron a la interposición de dicha demanda se basan en la incorporación, por la entidad bancaria BBVA, de cláusulas suelo en los contratos de préstamos hipotecario que emitía, por lo que la parte demandante, ejercitó una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de contratación y acción de devolución de la cantidad debida.

En principio, y derivado de la sentencia que declaró la desestimación del recurso de apelación que interpuso BBVA (Sentencia (AC 2014,624), se consideró que la cláusula que ha dado lugar a este caso, era idéntica a las que dieron lugar a la STS 241/2013, de 9 de mayo, y por tanto, dicha cláusula debía considerarse nula. Sin embargo, la STS 241/2013, no establecía nada al respecto de la devolución de las cantidades reclamadas por los particulares.

La STS 139/2015, de 25 de marzo, remarcó que el punto de inflexión en los asuntos relativos a las cláusulas suelo abusivas incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario lo marca la STS 241/2013, de 9 de mayo. Por este motivo, el Tribunal Supremo, en esta nueva sentencia, declaró que a partir del 9 de mayo de 2013, fecha de publicación de la STS 241/2013, ninguna entidad bancaria podría alegar la buena fe en la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos que emitiera, pues ya contaban con todo el conocimiento necesario acerca de la doctrina sentada por dicha sentencia así como con la capacidad de indagar y esclarecer si las cláusulas suelo que incluyesen en sus contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecían de transparencia por insuficiencia de información. Por tanto, si las cláusulas suelo se declarasen abusivas y consecuentemente nulas, las sentencias tendrían efecto retroactivo desde la fecha de 9 de mayo de 2013⁴⁸, es

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 139/2015.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 139/2015. Página 22.

decir, se procedería a la devolución de las cantidades pagadas de más por los consumidores, como consecuencia de la ilegítima aplicación de la cláusula suelo, desde aquella fecha. Los consumidores que vieran estimadas sus demandas de nulidad por la incorporación de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, no podrían recuperar las cantidades pagadas indebidamente antes de esa fecha.

Por consiguiente, se desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal y se estimó el recurso de casación, ambos interpuestos por BBVA. Además, se estimó el recurso de apelación interpuesto por BBVA contra la sentencia dictada en primera instancia estableciendo que, cuando se declarase la nulidad de una cláusula suelo y los perjudicados pudieran reclamar los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las mismas, dichos efectos no se extenderían a los pagos de intereses efectuados en aplicación de ella anteriores al 9 de mayo de 2013, fecha en la que se dictó la STS 241/2013⁴⁹.

Finalmente, es necesario subrayar que dicha sentencia sienta doctrina, en cuanto que establece: “Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013⁵⁰”.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 222/2015, de 29 de abril**⁵¹, decidió acerca de los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) contra la Sentencia 32/2013, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Badajoz. La demanda en primera instancia fue interpuesta por un particular contra BBVA, en ejercicio de una acción declarativa de nulidad y cesación de condición general de contratación –cláusula suelo- y acción de devolución de cantidad. Los hechos que dieron lugar a la interposición de la demanda se pueden concretar en la incorporación, por parte de la entidad bancaria BBVA, de una condición general de la contratación en el contrato de préstamo hipotecario del particular, por las que la parte demandante pedía se declarase la nulidad de las mismas. El Juzgado de lo Mercantil N°1 de Badajoz dictó la Sentencia 129/2012, de 13 de julio que, posteriormente, fue recurrida en apelación por el

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 139/2015. Página 23.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 139/2015. Página 24.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 222/2015.

particular y dio lugar a la Sentencia 32/2013, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Badajoz, que estimó su recurso de apelación anterior.

La STS 222/2015, de 29 de abril, siguió la doctrina sentada por las STS 241/2013 y STS 139/2015. La sentencia resolvió los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por la entidad bancaria BBVA, desestimando el primero y estimando el segundo. Además, asumió la segunda instancia y estimó, en parte, el recurso de apelación interpuesto por el particular contra la Sentencia 129/2012, de 13 de julio, del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Badajoz. El motivo que llevó al Tribunal Supremo a estimar parcialmente dicho recurso fue la realización, por dicho tribunal, del doble control de transparencia de la cláusula suelo objeto de esta sentencia, donde resolvió que existía una clara falta de transparencia en dicha cláusula y por tanto, debía declararse como abusiva y decretarse la nulidad de la misma. Por tanto, la estimación de este recurso tuvo como consecuencias: (i) la declaración de la nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo a interés variable contraído por el particular y la entidad bancaria BBVA, (ii) la obligación del BBVA de devolver a la demandante los intereses cobrados en exceso por la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) y, (iii) la obligación de BBVA de recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variables del particular, excluyendo la cláusula suelo, contabilizando el capital que debió ser amortizado⁵².

La **Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre**⁵³, resolvió los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por las entidades bancarias Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) y Banco Popular Español, S.A., contra la Sentencia de 26 de julio de 2013 (PROV 2013, 297024) de la Audiencia Provincial de Madrid. La primera demanda, fue presentada por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) ante el Juzgado de lo Mercantil Nº9 de Madrid, el cuál dictó Sentencia de 8 de septiembre de 2011, que fue recurrida en apelación por el BBVA, el Banco Popular Español, la OCU y el Ministerio Fiscal y, posteriormente, la Audiencia Provincial de Madrid, estimó parcialmente los recursos de la OCU y el Ministerio fiscal, mientras que, los recursos del BBVA y el Banco Popular Español, fueron íntegramente desestimados (Sentencia de 26 de julio de 2013 (PROV 2013, 297024). Los motivos que dieron lugar a la interposición de dicha demanda se basan en la incorporación, por las entidades bancarias BBVA y Banco Popular Español, de cláusulas suelo en los contratos de préstamos

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 222/2015. Páginas 37-39.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre 705/2015.

hipotecario que emitían, por lo que la parte demandante, ejerció acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas incluidas en préstamos hipotecarios y otros contratos bancarios.

El Tribunal Supremo, una vez analizados y estudiados los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, interpuestos por las entidades bancarias BBVA, S.A. y Banco Popular Español, S.A., decidió desestimar todos ellos al considerar que los motivos que dichas entidades expresaban en los mismos no eran válidos. El tribunal declaró abusivas las cláusulas suelo y las cláusulas de vencimiento anticipado, entre otras, impuestas por ambas entidades de crédito, y, consecuentemente, nulas, al no superar lo sentado en la doctrina de la STS 241/2013. En cuanto al recurso de casación interpuesto por BBVA, el Tribunal Supremo consideró que la condición general de la contratación sobre la que trataba la sentencia referida a esta entidad de crédito, era idéntica a la que se trató en la STS 222/2015. Más concretamente, la STS 705/2015, declaró abusiva la cláusula en la que el BBVA imponía al prestatario el pago de todos los gastos, tributos y comisiones derivados del préstamo hipotecario. La cláusula de vencimiento anticipado incluida en los contratos de préstamo hipotecario de la entidad bancaria BBVA, es decir, la cláusula que permitía al banco exigir de manera anticipada la devolución de la totalidad del préstamo por la falta de pago de una parte de cualquiera de las cuotas, se declaró como cláusula abusiva y, por ende, nula, ya que no superaba lo establecido en la STS 241/2013. La cláusula que lleva consigo la imposición de un interés de demora del 19% en el préstamo hipotecario del BBVA, también fue declarada abusiva y, su nulidad, afectó al exceso respecto del interés remuneratorio pactado. Por último, las cláusulas suelo impuestas por el Banco Popular Español, S.A., y el BBVA, se declararon nulas ya que no cumplían con la doctrina fijada en sentencias anteriores relativa a la transparencia de dichas cláusulas.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 367/2016, de 3 de junio**⁵⁴, tiene como fin esclarecer las cuestiones planteadas cuando el presunto afectado por la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario es un profesional o empresario y no un consumidor. El Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la demandante profesional contra la Sentencia de 29 de mayo de 2014 (JUR 2014, 218619), de la Audiencia Provincial de La Coruña. La parte recurrente interpuso también recurso extraordinario por infracción procesal pero posteriormente desistió del mismo, por lo que, el Tribunal Supremo, únicamente admitió a trámite el recurso de casación. La demanda en

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio 367/2016.

primera instancia fue interpuesta por un particular con condición de empresario que había suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con el fin de poder adquirir un local que posteriormente se destinaría a la instalación de una oficina de farmacia. En el contrato firmado entre el particular con condición de empresario y la entidad bancaria Banco Popular Español, S.A., se incluía una cláusula de limitación del interés variable, es decir, una cláusula suelo. El Juzgado de lo Mercantil N°1 de La Coruña dictó Sentencia de 6 de noviembre de 2013, que fue recurrida en apelación por el Banco Popular Español, S.A. Este recurso de apelación fue posteriormente estimado en la Sentencia de 29 mayo de 2014 (JUR 2014, 218619) de la Audiencia Provincial de La Coruña, que revocaba la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°1 de La Coruña.

Finalmente, una vez analizado el motivo único del recurso de casación interpuesto por la demandante profesional contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, el Tribunal Supremo resolvió desestimándolo. La desestimación de dicho recurso se derivó de la condición de la demandante como empresaria, pues, este tribunal, consideró que la doctrina sentada por el mismo, así como por el TJUE, es relativa, únicamente, a los contratos celebrados con consumidores, y así lo demostró en la Sentencia 264/2014, de 28 de mayo⁵⁵, y la Sentencia 227/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 2019)⁵⁶. Con esto, se entendió que el control de abusividad -doble control de transparencia-, planteado anteriormente en la STS 241/2013, de 9 de mayo, no era de aplicación para profesionales y empresarios. No obstante, las cláusulas incluidas en contratos firmados con empresarios o profesional sí que son susceptibles del control de incorporación de las mismas, mientras que, no son susceptibles del control de transparencia posterior para comprobar su abusividad. Ni el legislador español, ni el comunitario, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual⁵⁷. Además, y concretamente en el caso que da lugar a la sentencia aquí

⁵⁵ La Sentencia 264/2014, de 28 de mayo, estableció que: “La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación”.

⁵⁶ La Sentencia 227/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 2019), estableció que: “En nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o de usuario, esto es, cuando este se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente”

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio 367/2016. Página 13.

analizada, no se discutió que la cláusula superase el control de incorporación, mientras que, sí que se declaró probado que hubo negociaciones entre las partes acerca de dicha cláusula y que por tanto, el particular tuvo perfectamente conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula suelo. Por lo que, dicha cláusula, no podía considerarse contraria a la legítima expectativa que pudo tener el particular no consumidor, ni pudo afirmarse que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la entidad bancaria. Por consiguiente, y en virtud de la STS 367/2016, de 3 de junio, cabe afirmar que, el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tenga la condición legal de consumidor.

Como se puede observar, tanto las sentencias aquí recogidas, como aquellas que también tratan sobre cláusulas suelo, dictadas por los tribunales españoles y concretamente por el Tribunal Supremo, hacen referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo. Esto se debe a que dicha sentencia sentó doctrina acerca de las cláusulas suelo que fueran declaradas abusivas y por consiguiente, nulas, por los tribunales españoles.

Ahora bien, a pesar de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo Español, la cuestión de las cláusulas suelo ha sido muy controvertida tanto a nivel nacional como a nivel comunitario, pues, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la doctrina de los tribunales españoles no estaba siendo justa en lo que a la posición del consumidor en los contratos de préstamo hipotecario se refería y en concreto, en lo referido a lo pagado por estos a las entidades bancarias por razón de la inclusión de cláusulas suelo en sus contratos. Por esta razón, el asunto llegó al TJUE, que dictó **Sentencia el 21 de diciembre de 2016**, la cual establecía que, limitar la retroactividad de la devolución de lo cobrado en exceso por las entidades bancarias, gracias a la inclusión de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, al 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013), es contrario al derecho comunitario, lo que equivale a reconocer la retroactividad total desde que se produjo la firma del contrato de préstamo.

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-154/15 y C-307/15, de 21 de diciembre de 2016**⁵⁸, establece la retroactividad total de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Es importante destacar cómo ha sido posible que el TJUE conociese sobre la cuestión de las cláusulas suelo:

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, C-154/15 y C-307/15.

La STJUE de 21 de diciembre de 2016 tuvo por objeto conocer varios asuntos acumulados, en concreto los asuntos: C-154/15 (Francisco Gutiérrez Naranjo/Caja Sur Banco, S.A.U) a petición del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Granada y, C-307/15 (Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.) y C-308/15 (Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu) a petición de la Audiencia Provincial de Alicante, todas ellos con base en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁹. Los hechos que dieron lugar a la imposición de las demandas en primera instancia fueron, al igual que en los casos analizados anteriormente, la suscripción de préstamos hipotecarios de particulares, con condición de consumidores, con entidades bancarias. Las peticiones que los tribunales nacionales hicieron llegar al TJUE, se fundamentaron en que los particulares reclamaban la restitución de las cantidades abonadas sobre la base de cláusulas contractuales que habían sido declaradas abusivas por los tribunales nacionales⁶⁰.

En primer lugar, el asunto C-154/15, tuvo su origen en la celebración de un contrato de préstamo hipotecario con cláusula suelo entre un particular y la entidad bancaria Caja Sur Banco, S.A.U. El particular, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Granada, con el objetivo de que se declarase la nulidad de la cláusula suelo, así como la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el particular a la entidad bancaria. Al analizar esta cuestión, el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Granada, se preguntó si el hecho de que los efectos de la declaración de una cláusula contractual por considerarse abusiva, se limitasen exclusivamente al periodo posterior a la declaración de nulidad de la

⁵⁹ Artículo 267 TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: A) sobre la interpretación de los Tratados; B) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, C-154/15 y C-307/15. Página 3.

misma era compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁶¹, por lo que decidió remitirle esta cuestión al TJUE.

En segundo lugar, el asunto C-307/15, comenzó con la suscripción de un particular de un contrato de préstamo hipotecario con cláusula suelo con la entidad bancaria BBVA. El particular, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Alicante, solicitando tanto la declaración de nulidad de la cláusula suelo, como la devolución de las cantidades indebidamente pagadas a BBVA. La sentencia dictada en primera instancia fue objeto de un recurso de apelación interpuesto por BBVA, que fue conocido por la Audiencia Provincial de Alicante, la cual tenía ciertas dudas, al igual que en el asunto anterior, sobre la compatibilidad de la solución que se había dado al caso en primera instancia (se había seguido la línea de la STS 241/2013) y el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Por último, el asunto C-308/15, el cual tenía su origen en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un particular y la entidad bancaria Banco Popular Español, S.A., que contenía una cláusula suelo. El particular interpuso demanda, ante el Juzgado de lo Mercantil N°3 de Alicante, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y los efectos restitutorios de las cantidades pagadas injustificadamente por ese motivo. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°3 de Alicante fue recurrida en apelación por Banco Popular Español, S.A., lo que le correspondió a la Audiencia Provincial de Alicante. La Audiencia Provincial de Alicante, al recibir el caso, tuvo dudas al respecto, por lo que se remitió al TJUE, preguntando acerca de la compatibilidad “del principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶², con la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivado de la nulidad de una cláusula suelo declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financiera, a las acciones individuales de nulidad de una cláusula suelo por abusiva instadas

⁶¹ Artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE: “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”.

⁶² Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

por los clientes consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas”⁶³.

El TJUE, para tomar su decisión, se basó tanto en normas comunitarias (Directiva 93/13/CEE) y jurisprudencia europea (STJUE de 3 de junio de 2010 (C-92/11, EU:C:2010:309; STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180; STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341; etc), como en normas españolas (Código Civil, TRLGCU, Ley 7/1998) y jurisprudencia de los tribunales españoles (STS 241/2013, STS 139/2015).

Para resolver acerca de las cuestiones entorno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE mencionadas anteriormente, el TJUE examinó si, conforme a este artículo, es posible que un tribunal nacional establezca una limitación temporal en cuanto a los efectos restitutorios. El TJUE, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, precisó, por un lado, que corresponde a los Estados miembros a través de su legislación nacional, establecer las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula incorporada en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración. No obstante, por otro lado, consideró que “el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en las que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula⁶⁴”. De esto se deduce que la interpretación que debe hacerse del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe de ser restrictiva, en el sentido de que se opone a que los tribunales nacionales tengan potestad para limitar en el tiempo los efectos restitutorios que se encuentren vinculados con la declaración de abusividad y por tanto, de nulidad de una cláusula suelo.

Finalmente, en base a lo anterior, el TJUE estableció que limitar temporalmente los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, es similar a privar al consumidor que haya celebrado contratos de préstamo hipotecario con cláusulas suelo antes del 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013), de obtener la restitución completa de las

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, C-154/15 y C-307/15. Página 9.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, C-154/15 y C-307/15. Página 12.

cantidades que hubiese pagado indebidamente a la entidad bancaria con motivo de esa cláusula suelo. Por este motivo, el Tribunal Supremo Español, al establecer esa irretroactividad, no estaba protegiendo de manera suficiente al consumidor que hubiese celebrado un contrato con fecha anterior al 9 de mayo de 2013. Así pues, la protección que ofrecía el Tribunal Supremo al consumidor era incompleta e insuficiente y no resultaba un medio adecuado y eficaz para el cese del uso de dicha cláusula. Además, terminó por concluir que tal limitación temporal no era compatible con el derecho comunitario de la Unión Europea.

De todo lo anterior podemos concluir que, en las sentencias analizadas anteriormente, en primer lugar, se declaró que las cláusulas suelo eran condiciones generales de la contratación y que como tal, podían someterse a un control de abusividad. Este control de abusividad se refería a un doble control de transparencia (STS 241/2013), por un lado un control de incorporación que era puramente documental y, por otro lado, el control de transparencia que iba referido a si los consumidores, al firmar al contrato de préstamo hipotecario con cláusula suelo con la entidad bancaria, tenían la información suficiente acerca de lo que estaban firmando. Este doble control de transparencia solo operaba cuando se tratase de contratos celebrados entre profesionales y consumidores, no entre profesionales o empresarios, por lo que era necesario que una de las partes ocupara la posición de consumidor. Asimismo, respecto de la devolución de las cantidades pagadas injustificadamente por los consumidores a las entidades bancarias, debía realizarse a partir de la STS 241/2013, de 9 de mayo, es decir, a partir de dicha fecha, por lo que los contratos celebrados con anterioridad a la misma, no tenían derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades abonadas por las cláusulas suelo. Esto se justificaba porque si hubieran de devolverse estos intereses a origen, muchas entidades bancarias terminarían por quebrar, debido a la gran cantidad de dinero que supondría para ellas. No obstante, una vez que el asunto llegó al TJUE, este se pronunció al respecto ratificando muchas de las posturas que había tenido el Tribunal Supremo desde esa fecha, sin embargo, discrepó en una fundamental: para el TJUE la devolución de los intereses debidos a los consumidores por la inclusión de cláusulas suelo abusivas en sus contratos de préstamo hipotecario, debía hacerse desde el inicio, es decir, desde la inclusión de las mismas en los contratos y, por tanto, la limitación temporal de los efectos restitutorios que había establecido el Tribunal Supremo quedaba sin validez. Esta resolución del TJUE ha provocado el desconcierto y el malestar de muchas de las entidades bancarias que incluyeron este tipo de cláusulas en sus contratos y que ahora tienen que devolver a los consumidores la cantidad debida desde el

origen y no desde el 9 de mayo de 2013. Ahora bien, actualmente, y a pesar de que la STJUE es aún muy reciente, el Tribunal Supremo, desde entonces, está dictando sus sentencias adaptándose a la línea que indicó el TJUE.

Las sentencias relativas a las cláusulas suelo posteriores a la STJUE de 21 de diciembre de 2013, con más relevancia, son:

La **Sentencia del Tribunal Supremo 123/2017, de 18 de enero⁶⁵**, la **Sentencia del Tribunal Supremo 124/2017, de 20 de enero⁶⁶** y, la **Sentencia del Tribunal Supremo 328/2017, de 30 de enero⁶⁷**, las cuales versaban en la misma línea que la STS 367/2016, sobre contratos de préstamo hipotecario celebrados entre una entidad bancaria y un empresario o profesional, entre los cuales no es aplicable el doble control de transparencia establecido en la STS 241/2013, pues solo es aplicable cuando se trata de contratos celebrados entre una entidad bancaria y un consumidor. Además, en las dos primeras sentencias, se consideró que las cláusulas suelo estaban suficientemente explicadas y son totalmente comprensibles para el empresario o profesional.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 477/2017, de 24 de febrero⁶⁸**, una vez dictada la STJUE de 21 de diciembre de 2016, modificó la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo conforme a lo establecido en dicha sentencia. De este modo, la STS 477/2017, por la que un particular reclamaba a BBVA la devolución de todas las cantidades abonadas en exceso en virtud de un contrato de préstamo hipotecario entre ambos en el que estaba incorporada una cláusula suelo, admite que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la STJUE, la devolución de las cantidades reclamadas por el particular deberían de serle devueltas únicamente desde el 9 de mayo de 2013. Sin embargo, con la STJUE de 21 de diciembre de 2016, las cantidades pagadas indebidamente deben de ser devueltas desde su origen, es decir, desde que se celebró en contrato en el que se incorporó la cláusula suelo.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 171/2017, de 9 de Marzo⁶⁹**, es una de las sentencias, posteriores a la resolución del TJUE de 21 de diciembre de 2016, más relevante, pues ha supuesto un cambio en la opinión popular de que todas las cláusulas suelo eran nulas por falta de transparencia material. Dicha sentencia resuelve el recurso de casación

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero 123/2017.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero 124/2017.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero 328/2017.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero 477/2017.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo 171/2017

interpuesto por un particular con condición de consumidor contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de mayo de 2014. La primera demanda fue presentada por el particular, ante el Juzgado de Primera Instancia N°1 de Teruel, el cual dictó sentencia el 24 de febrero de 2014, desestimando la demanda del particular. Posteriormente, el particular, interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Teruel en la Sentencia del 27 de mayo de 2014. La razón que llevó al particular a interponer la denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia, fue la incorporación de una cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario que había celebrado con la entidad Caja Rural de Teruel, Sociedad Cooperativa de Crédito.

El Tribunal Supremo, en la STS 171/2017, desestima el recurso de casación interpuesto por el particular corroborando lo expuesto previamente por la Audiencia Provincial de Teruel en su sentencia, por lo que, declara lícita la cláusula suelo al concurrir ciertas circunstancias: en primer lugar, la cláusula suelo fue introducida y ubicada dentro del contrato de forma que no se encuentra oculta ni pasa desapercibida a los ojos del contratante, pues la cláusula suelo se expresa como una cláusula principal del contrato. En segundo lugar, después de practicadas las pruebas pertinentes, se demostró que la cláusula suelo inserta en dicho contrato, había sido objeto de negociación individual entre el particular y la entidad bancaria puesto que el suelo que se aplicó en el contrato era menor al que normalmente se venía aplicando. Por consiguiente, y en vista de lo anterior, tanto la Audiencia Provincial de Teruel como el Tribunal Supremo, concluyeron que la parte demandante “conocía con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida “cláusula suelo”, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía”⁷⁰.

Una vez analizada esta sentencia, cabe concluir que resulta necesario examinar, caso por caso, si el consumidor fue consciente de la trascendencia jurídica y económica de la cláusula que se incorporaba en su contrato de préstamo hipotecario. Esta cuestión se trata en el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁷¹, trasposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, que trata de ofrecer al consumidor una protección mayor a la venía recibiendo hasta ahora, impidiendo a las entidades bancarias incorporar más productos añadidos a las hipotecas y obligando a estas

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo 171/2017. Página 6.

⁷¹ Anteproyecto de Ley XX/2016, de 26 de julio, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Consejo General del Poder Judicial E- 2017012727*.

a facilitar toda la información relevante sobre los contratos a sus potenciales clientes siete días antes de la firma del contrato. Concretamente, el Anteproyecto, en sus artículos 5⁷² y 6⁷³, relativos a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos

⁷² Artículo 5 del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario:

“1. El prestamista deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:

a) la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante un plazo de siete días desde su entrega.

b) una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a las limitaciones a la baja a la variación del tipo de interés, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

c) en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés,

d) una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría.

e) la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que haya designado para la elevación a público del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

Esta documentación deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos a través de la interconexión de las plataformas de los prestamistas y del Consejo General del Notariado.

2. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

3. La comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

4. Sin perjuicio de la libertad contractual, podrán ser aplicados por los prestamistas los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad por sí o a través del Banco de España, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.”

⁷³ Artículo 6 del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario:

“1. Durante el plazo de siete días previsto en el artículo 5.1, el prestatario podrá comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener el asesoramiento descrito en los siguientes apartados.

2. Si el prestatario compareciese el notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 5.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo o crédito hipotecario:

a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 5.1.

b) La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 5.1, así como que comprende y acepta su contenido.

c) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo o crédito.

d) En todo caso, el notario deberá informar expresamente, haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FLAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica.

inmobiliarios y a la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material, respectivamente, hace referencia a este tema. Se prevé que la entidad prestamista, a través de la Ficha de Advertencias Estandarizadas, deberá informar al prestatario sobre las cláusulas o elementos relevantes que se incluyan en el contrato y, matiza, que deberán informarse las cláusulas suelo de manera clara y comprensible al prestatario. Asimismo, se deberá de informar al prestatario sobre las cuotas periódicas que debiera satisfacer simulando los diferentes casos que pudieran darse ante la evolución del tipo de referencia y la posibilidad de tener asesoramiento notarial gratuito. Además, si el prestatario compareciese ante notario, este último deberá verificar si se cumplen los requisitos del artículo 5.1, si fuese así, lo hará constar en acta notarial previamente a la formalización del préstamo.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 1385/2017, de 5 de abril**⁷⁴, supuso un caso especial a la vez que relevante en lo que a la jurisprudencia relativa a las cláusulas suelo se refiere. El hecho que dio lugar a la interposición de esta demanda fue la existencia de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre una entidad bancaria y un particular del cual no está clara su condición como consumidor, en el que se incluyó una cláusula suelo. El particular solicitó el préstamo a la entidad bancaria y finalmente lo destinó tanto para uso privado, es decir, para actividades domésticas, como para actividades empresariales o profesionales. De este modo, la STS 1385/2017, resolvió que condición debe predominar con el fin de ver si se podía declarar la nulidad o no de la cláusula suelo siguiendo la línea de la STS 241/2013. Tanto la legislación y jurisprudencia española como comunitaria, establecen que se debe de considerar consumidor a aquel que adquiere o utiliza bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, para destinarlos a su actividad doméstica y por tanto ajena a su actividad profesional. Sin embargo, existe un resquicio en esta cuestión, pues se establece como excepción que, cuando una parte mínima de lo adquirido se utilice para actividades empresariales, podrá tener el particular la condición de consumidor⁷⁵. No obstante, en este

3 Si el prestatario no compareciese antes de la elevación a público del contrato, el notario extenderá el acta a que se refiere el apartado anterior el día de su elevación y con carácter previo a su autorización.

4. Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 5.1, el notario no podrá otorgar el acta prevista en este artículo.

5. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el principio de transparencia se ha cumplido en su vertiente material cuando se levante acta en los términos previstos en este artículo.

6. El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario para éste y se incorporará a la escritura pública.”

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril 1385/2017.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2005 asunto C-464/01.

caso, el particular destinaba gran parte del préstamo concedido por la entidad bancaria a su actividad profesional por lo que no podía tener la condición de consumidor. Por consiguiente, al no tratarse de un contrato celebrado entre un consumidor y una entidad bancaria no se puede aplicar el doble control de transparencia.

A efectos de este trabajo y una vez analizada la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta la fecha, podemos concluir que, el Tribunal Supremo, a pesar de lo reciente de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, está modificando su doctrina para adaptarla a las pautas dictadas por el TJUE en la misma y, con posterioridad, resolverá todos los asuntos pendientes respecto de las cláusulas suelo conforme a ella, es decir, admitiendo como propia la doctrina que establece la retroactividad total de los efectos restitutorios de las cantidades abonadas indebidamente por los consumidores por razón de la existencia, entre el consumidor y la entidad bancaria, de un contrato de préstamo hipotecario que tenga incorporada una cláusula suelo declarada abusiva y por ende, nula.

6. MEDIDAS ESPECIALES EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS SUELO

Desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, las demandas interpuestas en relación con la incorporación de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, y consecuentemente, las sentencias relativas a esta cuestión, dictadas por diversos tribunales españoles, se han ido incrementando de manera que, para los Juzgados de lo Mercantil, encargados en principio de conocer en primer instancia estas cuestiones, se ha hecho muy difícil poder abarcar el gran número de demandas interpuestas por este motivo y se ha producido un colapso en estos Juzgados de lo Mercantil.

Para intentar solventar este colapso de los Juzgados de lo Mercantil, en 2015, se produjo un cambio en las competencias de los tribunales. En un primer momento, antes de la modificación de 22 de julio de 2015, el artículo 86.ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establecía que: *“Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”*. Por tanto, vemos que se les daba a los Juzgados de lo Mercantil la capacidad de conocer sobre todos los asuntos relativos a las condiciones generales de contratación en el orden civil. No obstante, y ante el colapso que se ha constatado en estos tribunales de primera instancia, el 22 de julio de 2015, se modificó este artículo, que ahora establece que: *“Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: d) Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios”*. Ahora bien, se acota el conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil a las acciones colectivas en relación con las condiciones generales de la contratación y la protección de consumidores y usuarios, no teniendo ya los Juzgados de lo Mercantil, la competencia exclusiva en materia de condiciones generales de la contratación.

Asimismo, por esta razón, al dejar abierta la Ley Orgánica del Poder Judicial, la materia relativa a las condiciones generales de la contratación, en base al artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que: *“Competencia de los Juzgados de Primera Instancia: 1. Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. 2. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados: a) De los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) De los concursos de persona natural que no sea empresario”*; los juzgados de primera

instancia, en general, podrán entrar a conocer también los asuntos relativos a las cláusulas suelo que les sean pertinentes.

En resumen, en primer lugar, en base al artículo 86.ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia para conocer acerca de los asuntos relativos a las condiciones generales de la contratación y, por consiguiente, de las cláusulas suelo, era de la Juzgados de lo Mercantil. No obstante, ante el colapso sufrido por estos Juzgados como consecuencia del incremento de demandas sobre cláusulas suelo, el artículo 86.ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial se modificó el 22 de julio de 2015 y se limitó la competencia de los Juzgados de lo Mercantil a conocer únicamente sobre los asuntos referentes a las acciones colectivas relativas a las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores y usuarios. Por este motivo, y en base al artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo lo que no esté atribuido a otro tribunal, lo pueden conocer los Juzgados de Primera Instancia, por lo que, actualmente, y en virtud de lo expuesto, los Juzgados de Primera Instancia pueden conocer de los asuntos relativos a las cláusulas suelo, cuando no se trate de acciones colectivas.

En principio, esta modificación de las competencias de los tribunales en materia de cláusulas suelo parecía suficiente para conseguir acelerar la justicia en lo relativo a este asunto. No obstante, con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, el panorama nacional respecto de las cláusulas suelo cambió, pues dicha resolución fijaba una doctrina diferente a la que había venido aplicando hasta entonces el Tribunal Supremo Español en esta materia. Desde la publicación de esta sentencia, se prevé que puedan presentarse un millón y medio de demandas por cláusulas suelo en toda España⁷⁶, que sumadas a las ya existentes, desbordarían a los tribunales españoles.

Dadas las circunstancias anteriormente descritas, el Gobierno español aprobó en enero de 2017 el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, donde abría un periodo de cuatro meses para que los bancos que hubiesen emitido contratos que tuviesen incorporadas cláusulas suelo, analizaran y ofrecieran una solución a las reclamaciones de sus clientes por una vía

⁷⁶ RINCÓN, R., “El Poder Judicial propone que haya un juzgado especializado en cláusulas suelo en cada provincia”, *El País*. Disponible http://economia.elpais.com/economia/2017/02/09/actualidad/1486643206_004375.html [Consulta 27/04/2017]

extrajudicial con el fin de que los perjudicados no tuvieran que acudir a la vía judicial. Esta “estrategia” del Gobierno español no ha tenido el éxito esperado y se prevé que a partir de junio de 2017, se produzca un incremento masivo de las demandas por cláusulas suelo. Por este motivo, y ante los perjuicios que podría traer un reparto masivo de estos litigios entre todos los órganos judiciales de primera instancia civil⁷⁷, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha propuesto, reforzar, a partir de junio de 2017, los Juzgados de Primera Instancia de cada provincia para poder responder a este incremento de demandas. El CGPJ, plantea que exista, al menos, un juzgado en cada una de las provincias españolas que esté especializado en materia de cláusulas suelo y afines, y prevé, la inclusión de un magistrado más por cada 800 reclamaciones⁷⁸. Este plan consiste en la especialización de un Juzgado de Primera Instancia en cada provincia, con competencia en todo el territorio de dicha provincia, para que de forma exclusiva y no excluyente conozca de la materia relativa a las cláusulas suelo, concretamente, de la materia relativa a las acciones individuales previstas en la legislación de condiciones generales de la contratación y la protección de consumidores y usuarios. La propuesta de especialización de los juzgados se encuentra respaldada por el artículo 98.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁹.

A raíz de esta propuesta del Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en abril de 2017, ha designado al Juzgado de Primera Instancia N°9 de Salamanca para que se haga cargo de forma exclusiva de los casos de cláusulas suelo y similares dentro de la provincia de Salamanca a partir de ese momento. El juzgado

⁷⁷ Un reparto masivo de los litigios relativos a las cláusulas suelo entre todos los órganos judiciales de primera instancia civil podría comprometer su capacidad para poder resolver el resto de litigios que los ocupa.

⁷⁸ ALGABA, A., “La justicia ultima un plan para afrontar el aluvión de demandas por cláusulas suelo”, *Diario Vasco*. Disponible <http://www.diariovasco.com/economia/201704/23/justicia-ultima-plan-para-20170423001528-v.html> [Consulta 27/04/2017]

⁷⁹ Artículo 98.2 Ley Orgánica del Poder Judicial: “*El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar de manera excepcional y por el tiempo que se determine, con informe favorable del Ministerio de Justicia, oída la Sala de Gobierno y, en su caso, la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia, que uno o varios Juzgados de la misma provincia y del mismo orden jurisdiccional asuman el conocimiento de determinadas clases o materias de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que de los mismos dimanen, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes constituidos o que se constituyan.*

En estos casos, el órgano u órganos especializados asumirán la competencia para conocer de todos aquellos asuntos que sean objeto de tal especialización, aun cuando su conocimiento inicial estuviese atribuido a órganos radicados en distinto partido judicial.

No podrá adoptarse este acuerdo para atribuir a los órganos así especializados asuntos que por disposición legal estuviesen atribuidos a otros de diferente clase. Tampoco podrán ser objeto de especialización por esta vía los Juzgados de Instrucción, sin perjuicio de cualesquiera otras medidas de exención de reparto o de refuerzo que fuese necesario adoptar por necesidades del servicio”.

seleccionado para ello va a contar además con una jueza de refuerzo. En principio, el CGPJ, dejaba a elección voluntaria de los propios juzgados de primera instancia de una provincia cual iba a especializarse y ocuparse de esta materia. No obstante, esto no ha sido bien acogido por los juzgados y, en este caso, los órganos judiciales de primera instancia de Salamanca rechazaron asumir de forma voluntaria dicha especialización por lo que la designación del juzgado que iba a asumir los asuntos relativos a las cláusulas suelo en Salamanca tuvo que llevarse a cabo por el Tribunal de Justicia de Castilla y León⁸⁰.

Posteriormente, coincidiendo con la conclusión de los cuatro meses que suman los plazos que se establecían en el Real Decreto-ley 1/2017, con el fin de cumplir de forma totalmente efectiva con los objetivos fijados en la propuesta del CGPJ, el 26 de mayo de 2017, la Comisión Permanente del CGPJ aprobó la especialización de 54 Juzgados de Primera Instancia, uno en cada provincia y uno en las principales islas de los archipiélagos, en materia de condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuando la condición de prestatario la ostente una persona física, desde el 1 de junio hasta el 31 de diciembre de 2017, con posibilidad de prórroga si fuese necesario⁸¹.

Además, desde el 1 de junio de 2017, los juzgados especializados de Málaga, Sevilla, Zaragoza, Las Palmas de Gran Canaria, Valladolid, Toledo, Barcelona, Alicante, Valencia, A Coruña, Vigo, Palma, Madrid, Murcia y Bilbao, contarán con jueces en prácticas de refuerzo de la 67 promoción de la Escuela Judicial. El resto del territorio nacional, contará con jueces de refuerzo a partir del 1 de julio de 2017, en función de la entrada de asuntos relativos a las condiciones generales en los juzgados especializados.

⁸⁰ D, M., “El TSJ designa un juzgado para cláusulas suelo, que tendrá un juez de refuerzo”, *La Gaceta de Salamanca*. Disponible <http://www.lagacetadesalamanca.es/salamanca/2017/04/18/tsj-designa-juzgado-clausulas-suelo-tendra-juez-refuerzo/202817.html> [Consulta 28/04/2017]

⁸¹ Abogacía del Estado, “El CGPJ aprueba la especialización de 54 juzgados para conocer de los litigios por las cláusulas suelo”, *Consejo General del Poder Judicial*. Disponible <http://www.abogacia.es/2017/05/26/el-cgpj-aprueba-la-especializacion-de-54-juzgados-para-conocer-de-los-litigios-por-las-clausulas-suelo/> [Consulta 19/06/2017]

7. CONCLUSIONES

Del análisis realizado anteriormente sobre la cuestión relativa a la incorporación de cláusulas suelo, entendidas como condiciones generales de la contratación, en los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre una entidad bancaria y uno o varios consumidores, podemos obtener varias conclusiones:

Primero. Desde la aparición de las cláusulas suelo en 1997 y, sobre todo, en el período anterior al comienzo de la crisis económica mundial en 2008, la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario por parte de las entidades bancarias españolas se convirtió en algo común y rutinario. Al hablar de cláusulas suelo, nos referimos a aquellas cláusulas estabilizadoras del tipo de interés, cuyo fin es, garantizar cierta seguridad económica a los bancos limitando la posible bajada de los tipos de interés, cuando estos son variables (generalmente, el Euribor), hasta un límite fijado en el contrato de préstamo hipotecario que, normalmente, solía ser del 3% o superior. No obstante, su masiva utilización por parte de las entidades bancarias no es razón suficiente para justificar su inclusión en los contratos sin límites, por lo que pueden ser declaradas abusivas.

Segundo. Es importante matizar que, la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 3.1 define qué debemos entender por cláusula abusiva y, en su anexo, nos da un listado de las cláusulas que pueden considerarse como abusivas en los contratos celebrados entre entidades bancarias y consumidores. No obstante, a pesar de la existencia de este listado, cabe preguntarse si la existencia del mismo sirve como método de prevención de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos. La respuesta parece negativa pues la incorporación de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario por parte de las entidades bancarias se ha ido extendiendo desde sus inicios llegando a un punto en el que una gran mayoría de las entidades bancarias españolas las han incorporado en sus contratos. No parece fácil explicar el porqué de esta situación, sin embargo, parece que habría que haber buscado soluciones concretas y específicas, como por ejemplo la creación de una regulación específica sobre esta cuestión, antes de haber llegado a la situación en la que nos encontramos hoy en día.

Tercero. Respecto de lo analizado en líneas anteriores, hay que destacar que, la cláusula suelo, no forma parte de los elementos esenciales del contrato ya que no forma parte ni del objeto ni de la causa de dicho contrato. La cláusula suelo, constituye parte del contenido accidental del contrato, es decir, la no inclusión de dicha cláusula en el contrato no provoca

la desaparición del mismo. Por este motivo, cuando una cláusula suelo es declarada abusiva y, por ende, nula, se puede eliminar dicha cláusula del contrato sin que las demás partes del mismo dejen de ser válidas. La cláusula suelo, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, describe y define el objeto principal del contrato.

Cuarto. La cláusula suelo, como se comprobó en la STS 241/2013, es una condición general de la contratación, pues cumple con los requisitos para serlo: (i) Contractualidad, (ii) Predisposición, (iii) Imposición y, (iv) Generalidad; es decir, son cláusulas contractuales predispuestas, impuestas, en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos. Además, las condiciones generales de contratación, pueden estar referidas al objeto principal del contrato, como las cláusulas suelo, las cuales describen y definen el objeto principal del contrato y, únicamente se van a considerar incluidas en el mismo cuando hayan sido aceptadas por el adherente.

Quinto. Este tipo de cláusulas pueden ser lícitas o ilícitas. Para comprobar la licitud de las mismas, debe llevarse a cabo el control de abusividad y, concretamente, el doble control de transparencia, el cual incluye tanto el control de incorporación como el control de transparencia de dichas cláusulas. Si la cláusula cuestión de examen supera el doble control de transparencia, será una cláusula válida, mientras que, si no lo hace, se declarará abusiva y, por consiguiente, nula. Se considerará que dicha cláusula es contraria a la buena fe, ya que supone un incremento injustificado de las cantidades a pagar por el consumidor. Es importante matizar que, el doble control de transparencia, es únicamente válido para aquellos contratos que estén celebrados entre una entidad bancaria y un consumidor, así, los contratos celebrados entre una entidad bancaria y un profesional o empresario no son susceptibles del doble control de transparencia, en concreto, son susceptibles del control de incorporación pero no del control de transparencia.

En este sentido, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, admiten el control de oficio de la abusividad de las cláusulas suelo por un juez nacional, en nuestro caso, lo tendría que llevar a cabo un juez español. Esto se hace con el fin de ofrecer una mayor protección a los consumidores en el caso en que se vean afectados por cláusulas suelo abusivas.

Sexto. Cuando una cláusula suelo es declarada nula por ser considerada como una cláusula abusiva, la entidad bancaria que la incorporó, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, debe eliminar dicha cláusula del contrato en el que está incorporada. No obstante,

el contrato sigue vigente en sus otras partes. Por tanto, cuando hablamos de nulidad de las cláusulas suelo, nos referimos a la nulidad parcial.

Séptimo. El Tribunal Supremo, decretó, en base al principio de seguridad jurídica, la irretroactividad de la STS 241/2013, de 9 de mayo, por la que solo se devolverían las cantidades abonadas en exceso por los consumidores a las entidades bancarias, a partir de dicha fecha. Los motivos del Tribunal Supremo para llegar a esta conclusión, se basaron en que la retroactividad de dicha sentencia y la consiguiente devolución a origen de las cantidades pagadas por los consumidores, podría provocar graves desequilibrios socioeconómicos en territorio español debido a las cantidades ingentes de dinero que tendrían que pagar las entidades bancarias españolas a todos los individuos que hubiesen pagado cantidades en exceso con motivo de la inclusión de una cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario. Sin embargo, en un principio, y antes de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, ya se podían observar ciertas lagunas en esta resolución del Tribunal Supremo español, pues en base al artículo 1303 del Código Civil que establece que *“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”*, se podía pensar que la restitución de las cantidades pagadas por los consumidores debían devolverse en su totalidad.

El 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respondiendo a las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Mercantil de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia estableciendo la retroactividad total de los efectos restitutorios de las cantidades abonadas indebidamente por los consumidores en virtud de los contratos suscritos con entidades bancarias que llevasen incorporadas cláusulas suelo. Además, este tribunal destacó que, la irretroactividad propuesta por el Tribunal Supremo, dejaba al consumidor sin la protección que le correspondía por su posición de inferioridad respecto de la otra parte del contrato. Esto ha provocado un gran descontrol en territorio español pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo era contraria a ello. No obstante, el Tribunal Supremo, con el fin de modificar su jurisprudencia adaptándola a la sentada por el TJUE, ha ido dictando sentencias siguiendo la línea marcada por este y acordando medidas para conseguir en el período de tiempo más corto, solucionar el problema de las cláusulas suelo en España. Para ello, como hemos visto anteriormente, y ante el posible incremento masivo de demandas por cláusulas suelo a partir de junio de 2017, el Consejo General del

Poder Judicial ha propuesto la especialización de Juzgados de Primera Instancia de cada provincia en materia de cláusulas suelo y similares.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ DIAZ, María Ángeles., *La protección del deudor hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013,

ALGABA, Alexis., “La justicia ultima un plan para afrontar el aluvión de demandas por cláusulas suelo”, *Diario Vasco*. Disponible <http://www.diariovasco.com/economia/201704/23/justicia-ultima-plan-para-20170423001528-v.html> [Consulta 27/04/2017]

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar. *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*. Granada: Editorial Comares, 1999.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch tratados, 2016.

D, M., 2017 “El TSJ designa un juzgado para cláusulas suelo, que tendrá un juez de refuerzo”, *La Gaceta de Salamanca*. Disponible <http://www.lagacetadesalamanca.es/salamanca/2017/04/18/tsj-designa-juzgado-clausulas-suelo-tendra-juez-refuerzo/202817.html> [Consulta 28/04/2017]

NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A. *Derecho de obligaciones y contratos*. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 2011.

PALOMO, VIRGINIA., “La historia del fin de las cláusulas suelo”, *Dirigentes digital*. Disponible <https://dirigentesdigital.com/articulo/economia-y-emresas/43219/historia-fin-clausulas-suelo.html> [Consulta 30/04/2017].

PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José. “Efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas”. *Revista Derecho Mercantil*, 1 de julio de 2016.

RAMOS CHAPARRO, Enrique. *La Garantía Real Inmobiliaria. Manual Sistemático de la Hipoteca*. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 2008.

RINCÓN, Reyes. 2017, “El Poder Judicial propone que haya un juzgado especializado en cláusulas suelo en cada provincia”, *El País*. Disponible

http://economia.elpais.com/economia/2017/02/09/actualidad/1486643206_004375.html
[Consulta 27/04/2017]

UTRERA, Enrique, 2016, “¿Hipoteca mixta? Sepa cómo elegir la mejor”, *Expansión*.
Disponible en
<http://www.expansion.com/ahorro/2016/02/07/56b7bb49e2704e5e558b45de.html>
[Consulta 27/03)2017].

YSÀS SOLANES, María. *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Madrid: Editorial La Ley, 1994.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2005
asunto C-464/01.

Sentencia del Tribunal Supremo, 9 de mayo de 2013, nº 241/2013.

Auto Aclaratorio del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre 464/2014

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo 138/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 139/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 222/2015.

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015. Asunto C-
602/13.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre 705/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio 367/2016.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, C-
154/15 y C-307/15.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero 123/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero 124/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero 328/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero 477/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril 1385/2017.

LEGISLACIÓN

Código Civil 1889. *Boletín oficial del Estado (BOE)*. BOE-A-1889-4763.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín oficial del Estado (BOE)*. BOE-A-1985-12666.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario oficial de la Unión Europea (DOUE)*. DOUE-L-1993-80526.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Boletín oficial del Estado (BOE)*. BOE-A-1998-8789.

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. *Boletín oficial del Estado (BOE)*. BOE-A-2008-2487.

Anteproyecto de Ley XX/2016, de 26 de julio, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Consejo General del Poder Judicial*. E- 2017012727.

9. ANEXOS

Es imprescindible, para comprender bien una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario, ver un ejemplo de la misma. En este caso, he seleccionado dos escrituras de préstamo hipotecario correspondientes a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, a modo ejemplificativo de las mismas:

1- Escritura de préstamo hipotecario autorizada el 24 de julio de 2008 por el notario de Jerez de la Frontera don Juan Marín Cabrera, con el número de protocolo 1.100

(Capital prestado: 225.000 euros. Plazo de devolución: 240 meses. Tipo de interés vigente durante el "período de interés fijo": 6'35 % nominal anual durante un periodo de 6 meses).

Cláusula financiera

3ª – INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES.

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda la cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en las mismas fechas indicadas para la amortización del principal, y ya establecidas en el Anexo I.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3 bis.

3. 2. Importe absoluto de intereses.

En cada liquidación, el importe total de los intereses devengados se obtendrá, a partir del tipo de interés anual vigente, aplicando la fórmula siguiente: principal pendiente de pago multiplicado por el tipo de interés anual nominal, multiplicado por número de días del período de liquidación, partido por treinta y seis mil.

3. 3. Períodos de interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés".

Los aludidos "períodos de interés" son el "período de interés fijo", coincidente con los seis primeros meses de la duración del préstamo, y los sucesivos "periodos de interés variable",

cada uno de los cuales coincidirá con uno de los SEMESTRES restantes de dicha duración, y que comenzarán el día primero del próximo mes el "periodo de interés fijo", y el día 01 DE FEBRERO Y 01 DE AGOSTO, de cada año los sucesivos "períodos de interés variable".

3. 4. Tipo nominal.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula 3ª bis En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el periodo, dentro del cual será invariable.

Durante el "**período de interés fijo**" el "tipo de interés vigente" será el **6,35%** nominal anual. A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura, como Anexo al presente contrato.

3º BIS - TIPO DE INTERES VARIABLE. INDICE DE REFERENCIA.

3. bis. 1. "Períodos de interés variable".

Cálculo del "tipo de interés vigente".

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal. A este tipo se le añadirá el importe que represente el tipo impositivo de cualquier tributo y/o recargo estatal o no estatal, que en el futuro grave las cantidades que el Banco deba satisfacer por la obtención de los recursos necesarios.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

1. TIPO NOMINAL POR APLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL.

El índice de referencia principal es el tipo de interés del euro para operaciones de préstamo y crédito (EURIBOR) a **SEIS meses** de vencimiento, A efectos de lo establecido anteriormente, se entiende por EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) el tipo de interés, promovido por la Federación Bancaria Europea consistente en la media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en euros a plazo de **SEIS** meses y referido al día quince del mes anterior al comienzo de cada período de interés o al día siguiente hábil si aquél no lo fuese, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. A efectos de lo establecido anteriormente, se entiende por día hábil en el mercado interbancario en euros aquél en que funcione el sistema TARGET. Cuando en el mercado interbancario no hubiere disponibilidad de fondos al plazo establecido anteriormente, el tipo de referencia aplicable será el EURIBOR al plazo superior más cercano existente en la fecha de cálculo citada.

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el que se obtenga de adicionar un margen constante de 1,25 puntos porcentuales al valor del índice de referencia.

2. TIPO NOMINAL POR APLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO

El índice de referencia sustitutivo será, en primer lugar, el índice de referencia que legalmente sustituya al inicial y, en segundo lugar y en defecto de normativa alguna al respecto, el tipo de interés medio, del mercado de depósitos en euros del que forme parte el Banco, para depósitos al mismo o similar plazo que la referencia a la que sustituye, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Banco de España o entidad pública o privada, española o comunitaria, designada para ello. Para calcular el tipo de interés aplicable, se seguirán las mismas reglas que para la referencia a la que sustituye.

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el que se obtenga de adicionar un margen constante de 1,25 puntos porcentuales al valor del índice de referencia.

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado el índice de referencia principal, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el "tipo de interés vigente" en el nuevo período de interés será el mismo del período de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente".

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. bis. 2. Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente; por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. Se entenderá que el deudor acepta el nuevo tipo de interés aplicable si no comunica al Banco su negativa antes del inicio del nuevo período de interés. En el supuesto de no aceptación, el deudor deberá reembolsar la deuda pendiente, por todos los conceptos, antes del inicio del período de interés.

3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.

El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **12,00 %** ni inferior al **2,50 %** nominal anual.

2- Escritura de préstamo hipotecario unilateral autorizada el 26 de octubre de 2007 por el notario de Callosa d'en Sarriá don Antonio Luis Mira Cantó, con el número de protocolo 1071 (Capital prestado: 141.514,10 euros. Plazo de devolución: 348 meses. Tipo de interés vigente durante el "período de interés fijo": 6'15 % nominal anual durante un periodo de 6 meses).

3ª.- INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en las fechas al efecto indicadas en la cláusula 2ª. Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3ª bis.

3. 2. Importe absoluto de intereses.

En cada vencimiento del período de amortización, el importe absoluto de los intereses devengados desde el vencimiento anterior se calculará multiplicando el capital pendiente durante el plazo que media entre ambos vencimientos por el tipo de interés nominal anual (expresado en tanto por unidad) y por la duración de dicho plazo, expresada en años.

3. 3. Periodos de interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés". El "período de interés inicial", coincidente con los **SEIS primeros meses** de la duración del préstamo, comenzará el día señalado en la cláusula 2.1 como inicio del cómputo del plazo del préstamo, y los sucesivos "períodos de interés variable", (el primero de los cuales comenzará el día siguiente al de la finalización del citado "período de interés inicial"), cada uno de los cuales comprenderá:

- a) **SEIS meses** , en caso de encontrarse el préstamo en la "Modalidad a Interés Variable",
- b) **TREINTA Y SEIS meses** , en el supuesto de encontrarse el préstamo en le "Modalidad a Interés constante".

En cada uno de los períodos de interés antes definidos el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable.

Se entiende que los años, plazos y períodos en los que, en su caso, se divide el préstamo, son siempre sucesivos, sin solución de continuidad, y que el día inicial que en cada caso se indica está incluido en el cómputo.

Una vez transcurridos los **SEIS primeros meses** de la duración del préstamo, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de tipo de interés antes expresadas: a) "Modalidad a Interés constante" o b) "Modalidad a Interés variable", en la forma y condiciones siguientes:

- Que notifique por escrito al Banco, con 15 días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés en el que habrá de aplicarse la modalidad de tipo de interés, indicando expresamente la modalidad de tipo de interés elegida. En todo caso, la "modalidad a Interés variable" sólo será de aplicación para el "período de interés variable" que se inicie el día equivalente al señalado como inicio del cómputo del plazo en la cláusula 2.1.
- Que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al BANCO por razón de otras operaciones.

Si la parte prestataria no ejercitara expresamente la opción de modalidad de tipo de interés, o si haciéndolo, indicara una modalidad que no reúna los requisitos y condiciones expuestos, se pacta expresamente que el préstamo se amortizará en la "modalidad a interés variable" en el periodo de interés inmediato siguiente. Esta misma "modalidad a interés variable" será de aplicación al préstamo que en su caso se encuentre en la "modalidad a interés constante" y finalice el correspondiente "de interés constante" sin que se haya ejercitado la opción de modalidad de acuerdo con las anteriores condiciones.

3. 4. Tipo nominal.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula **3ª bis** . En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable

Durante el "**período de interés fijo**" el "tipo de interés vigente" será el **6'15 % nominal anual**. A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura como Anexo al presente contrato.

3º BIS - TIPO DE INTERÉS VARIABLE. ÍNDICE DE REFERENCIA.

3. bis.1. "Períodos de interés variable".

Cálculo del "tipo de interés vigente"

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aun cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

REGLAS E ÍNDICES DE REFERENCIA.

(Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la Norma Sexta bis, número 3 de la Circular 8/90 del Banco de España, y se definen en el Anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado).

1. A. Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable".

ÍNDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO". ("EURIBOR").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual** .

1. B. Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés constante".

ÍNDICE "CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual** .

2. Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable" como en la modalidad a "Interés constante"

ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: ÍNDICE "BANCOS". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será **el valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual**.

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado por el Banco de España, u Organismo que le hubiera sustituido o en quien se hubiese delegado esta función, el índice de referencia principal aplicable a la modalidad de tipo de interés vigente, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el "tipo de interés vigente" en el nuevo periodo de interés será el mismo del período de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente.

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, sin que en el primer caso el Banco tenga el derecho a exigir el cobro de la comisión por reembolso anticipado, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la

declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. bis. 2. Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente, por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. La comunicación de estas modificaciones del "tipo de interés vigente" podrá entenderse realizada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del índice de referencia aplicable.

3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al **2'50 %**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **15 %** nominal anual.

3. bis. 4. Bonificación de tipo de interés.

El Banco manifiesta que el "tipo de interés vigente" aplicable en cada "período de interés" que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el banco.

Para que en su caso se aplique la correspondiente bonificación [...]"