



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Cláusulas suelo: antecedentes normativos y jurisprudenciales. Su tratamiento en la Ley de Crédito Inmobiliario

Presentado por:

Saúl Núñez Amado

Tutelado por:

D. Vicente Guilarte Gutiérrez

Valladolid, 27 de noviembre de 2019

RESUMEN:

El presente Trabajo analiza minuciosamente qué son las “cláusulas suelo” y qué papel desempeñan en los contratos de préstamo hipotecario a través de su reflejo legislativo y jurisprudencial, que comenzó con una Sentencia del Tribunal Supremo de España reconociendo su nulidad en el año 2013, pasando por otras decisiones judiciales que cuestionaban su irretroactividad, hasta llegar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declaró su retroactividad en el año 2016. Fruto de todas estas decisiones judiciales nacionales y europeas, el legislador se ve obligado a tomar cartas en el asunto habilitando un sistema extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, hasta la entrada en vigor de la Ley de Crédito Inmobiliario en 2019, donde se cierra la puerta a la incorporación de estas “cláusulas suelo” en los contratos de préstamo con hipoteca.

PALABRAS CLAVE: cláusulas suelo, nulidad, irretroactividad, hipoteca, sentencia.

ABSTRACT:

This Work carefully analyzes what the floor clauses are and what role they play in mortgage loan contracts through their legislative and jurisprudential reflection, which began with a Judgment of the Supreme Court of Spain recognizing their nullity in 2013, passing through others judicial decisions that questioned its non-retroactivity, until reaching the Court of Justice of the European Union, which declared its retroactivity in 2016. As a result of all these national and European judicial decisions, the legislator is forced to take action on the matter by enabling a extrajudicial system for the return of amounts unduly paid in application of said clause, until the entry into force of the Real Estate Credit Law in 2019, where the door to the incorporation of these clauses is closed floor in contracts loan with mortgage.

KEY WORDS: Floor clauses, nuly, non-retroactivity, mortgage, judgment.

1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. CLÁUSULA SUELO	4
1.2. TERMINOLOGÍA.....	6
1.2.1. Préstamo hipotecario.....	6
1.2.2. Diferencia entre tipo de interés variable, tipo de interés fijo y tipo de interés mixto.....	7
1.2.3. Breve mención a las cláusulas techo.....	8
2. ACCIÓN DE NULIDAD.....	9
2.1. PLAZOS PARA SOLICITAR LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO	10
2.1.1. Ley de Condiciones Generales de Contratación	11
2.2.2. Código Civil.....	13
3. REFLEJO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL.....	15
3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MAYO DE 2013	15
3.1.1. Especial referencia a la irretroactividad	30
3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016.....	32
3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE FEBRERO DE 2017.....	39
3.4. REAL DECRETO-LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO	44
4. LEY DE CRÉDITO INMOBILIARIO.....	46
4.1. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS SUELO	47
5. CONCLUSIONES	53
6. BIBLIOGRAFÍA	56

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, y de un tiempo a esta parte, el término “cláusula suelo” está presente en el día a día de muchos españoles: bien porque los medios de comunicación y redes sociales se hacen eco de una u otra forma, bien porque la persona ha experimentado la realidad del concepto en sus propia vida a través de lo que ya se ha denominado como “crisis” o “fraude” de las “cláusulas suelo”.

Hasta el año 2003, los contratos de préstamo apenas incluían límites a las variaciones del tipo de interés. Ha sido algo que ha ido aumentando con el paso del tiempo y hasta prácticamente el año 2010, los créditos hipotecarios sin cláusulas suelo se mantuvieron alrededor de los dos tercios¹.

Numerosas han sido las sentencias que, de un tiempo a esta parte, se han promulgado con motivo de esta polémica cláusula. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, será la encargada de sentar un precedente que ha llegado hasta los tribunales europeos, quienes han marcado la hoja de ruta de la Justicia española en este sentido.

La jurisprudencia siempre ha sido base para el progreso y desarrollo de nueva legislación. Es por ello que, el legislador español ha creado nuevos textos legales y modificado los ya existentes para salvaguardar los intereses de los consumidores en sus relaciones con el sistema bancario. De esta manera, se podría decir que las “cláusulas suelo”, junto con los gastos de hipoteca (aunque esto es un tema diferente con materia abundante para confeccionar otro Trabajo de Fin de Grado), han supuesto un antes y un después en la Justicia española.

1.1. CLÁUSULA SUELO

El concepto de “cláusula suelo” está un tanto desgastado por su uso y abuso, aunque aún estamos lejos de que la Justicia deje de expresar el término.

¹ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES; SENADO, 7 de mayo 2010. N° 457, pág. 18. Disponible en: <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>.

Podemos definirlo como “unos topes bajo los que los intereses nunca podrían reducirse”² aunque el Euríbor –punto de referencia para el cálculo de los intereses hipotecarios– bajara aún más. Es decir, son estipulaciones que, en función de las fluctuaciones del tipo de interés, este queda limitado sin poder ser inferior a lo establecido en ese tope mínimo, provocando una clara desventaja al prestatario en los supuestos donde las oscilaciones del interés sean a la baja³. Este mínimo suele rondar entre el 2% o 3%, por lo que si el Euríbor desciende por debajo de dichos porcentajes el prestatario siempre pagará unos intereses conforme a dicha cláusula, pues no hay que olvidar que el motivo de su imposición y fin último es “garantizar un cobro mínimo de intereses”⁴ por parte de la entidad bancaria.

Debemos atender a la escritura de préstamo para comprobar si dicho crédito hipotecario contiene la denominada “cláusula suelo”. Por lo general, suele encontrarse en la “Cláusula tercera bis”, aunque puede aparecer en otros puntos de la escritura, como al término de la misma en las advertencias notariales.

La problemática de estas cláusulas se produce por el perjuicio que provocan al consumidor, puesto que cuando en una hipoteca impera el interés variable, si dicha cláusula está presente en el préstamo, impide al consumidor beneficiarse de esa rebaja que sufren los intereses, garantizándose la entidad bancaria, de esta manera, el cobro mínimo de unos intereses, ya que al funcionar esta cláusula suelo como límite mínimo, cuando el Euríbor baja del 3% (porcentaje de referencia en la práctica totalidad de contratos de préstamo), la entidad siempre cobrará ese interés mínimo fijado en la cláusula, aunque el índice referencia esté por debajo o, incluso, éste sea negativo.

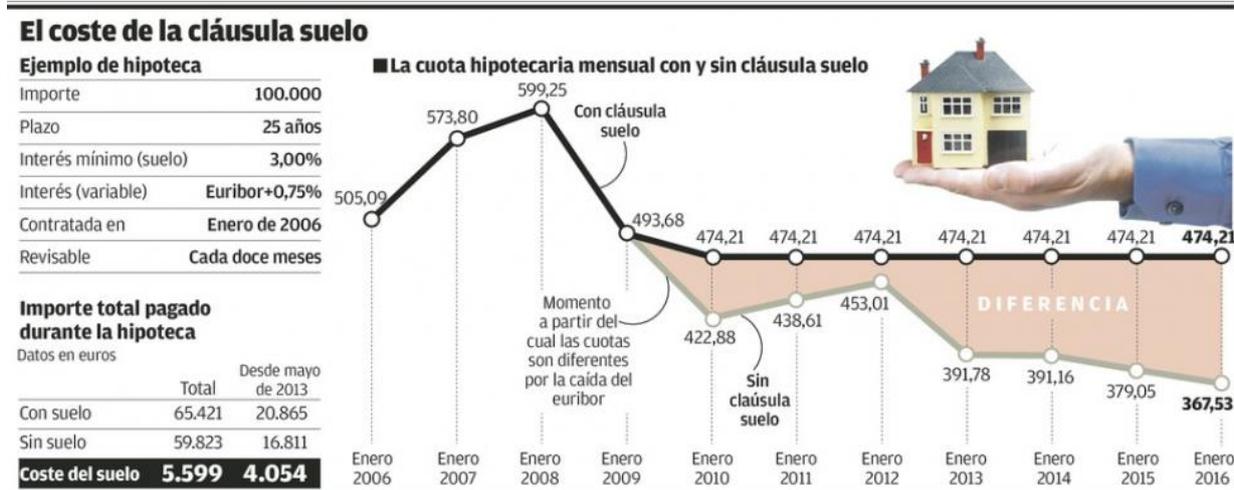
Para poder entenderlo de una manera más sencilla, la siguiente gráfica extraída de *La Opinión A Coruña*, nos permitirá plasmar lo explicado en el párrafo anterior. Al aplicar una cláusula suelo del 3%, a partir de enero de 2010, la cuota hipotecaria mensual se

² EL PAÍS (2016): *¿Qué es una cláusula suelo? Y si tu hipoteca la tiene ¿Qué debes hacer?* Disponible en: https://elpais.com/economia/2016/04/08/actualidad/1460131015_723548.html (Consultado: 12/07/2019).

³ MORENO GARCÍA, LUCÍA; “Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal”; Madrid, 2015, Marcial Pons; pág 49.

⁴ LEGÁLITAS (2014): *¿Qué es una cláusula suelo?* Disponible en: <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/consultasfrecuentes/contenidos/Que-es-una-clausula-suelo> (Consultado: 12/07/2019).

mantiene en la cifra de 474,21. No obstante, si dejamos que fluctúe conforme el interés variable, sin aplicar esa cláusula mínima, podemos comprobar la diferencia y, siguiendo el mismo ejemplo, en enero de 2010 la cifra se situaría en 422,78, es decir una diferencia de 51,43, lo que supone un grave perjuicio para el prestatario, lo que se acentúa al ser una tendencia constante a lo largo de los diferentes meses.



Fuente: La Opinión A Coruña⁵

1.2. TERMINOLOGÍA

Es importante comprender ciertos términos y definiciones que nos permitirán tratar este tema con mayor soltura y agilidad, una vez dedicado el apartado anterior a las protagonistas de este Trabajo.

1.2.1. Préstamo hipotecario

Entendemos esta figura basándonos en un ejemplo-definición: “en un crédito hipotecario un cliente, dispone de una cantidad de dinero comprometiéndose a devolverlo normalmente mediante cuotas periódicas, junto con los intereses asociados. Se realiza a medio o a largo plazo, y se suele respaldar con la garantía de una vivienda, en unas

⁵ LA OPINIÓN A CORUÑA (2017): *Cláusulas suelo | Hacienda saca tajada de los hipotecados que recuperan el dinero.* Disponible en: <https://www.laopinioncoruna.es/economia/2017/01/12/hacienda-saca-tajada-hipotecados-recuperan/1142297.html> (Consultado: 14/07/2019).

condiciones pactadas con el banco, y plasmadas en un contrato”.⁶ Ese contrato es la escritura de préstamo hipotecario y se celebra para poder comprar una vivienda.

Antes de conceder el préstamo, las entidades bancarias deben garantizarse la devolución del mismo, por ello, es el prestatario (beneficiario del préstamo) el que coloca como garantía el propio inmueble hipotecado para que, en caso de impago, el banco puede acceder al mismo y pasar a ser el titular. Lo que se conoce como embargo por impago de deudas.

1.2.2. Diferencia entre tipo de interés variable, tipo de interés fijo y tipo de interés mixto

En los préstamos hipotecarios podemos diferenciar entre el interés variable, el interés fijo y el tipo de interés mixto⁷.

- Tipo de interés fijo: como su propio nombre indica, el titular del préstamo pagará unos intereses fijos, es decir, siempre serán los mismos, de ahí la ventaja que se deriva de dicha modalidad. De esta manera, las fluctuaciones del Euríbor o cualquier otro índice de referencia no serán de gran importancia, pues la cuota mensual será siempre constante conforme a ese tipo fijo predeterminado en el momento de celebración del contrato de préstamo.
- Tipo de interés variable: con esta modalidad, opuesta a la anterior, el tipo de interés se revisa de manera periódica (anual, mensual, trimestralmente... en función de lo pactado) conforme a las condiciones del mercado en un determinado momento. Los tipos de interés de referencia serán el Euríbor, principalmente, pero también, aunque con menos frecuencia, el Mibor, el IRPH o el IRS.

Este tipo de interés variable no solo depende de este tipo de referencia, puesto que hay que sumarle el diferencial, que es un porcentaje que “representa la parte de los

⁶ BBVA: *Crédito hipotecario: definición y tipos*. Disponible en: <https://www.bbva.es/general/finanzas-vistazo/hipotecas/credito-hipotecario/index.jsp> (Consultado: 12/07/2019).

⁷ FINANZAS PARA TODOS: *El préstamo hipotecario*. Disponible en: <https://www.finanzasparatodos.es/es/productosyservicios/productosbancariosfinanciacion/prestamoshipotecarios.html> (Consultado: 14/07/2019).

intereses que obtiene como remuneración el banco cuando presta dinero en una hipoteca”.⁸

- Tipo de interés mixto: al inicio del préstamo se cobra un interés fijo durante un periodo determinado de años y, después, la hipoteca pasa a ser de tipo variable.

Aquí está la cuestión que afecta al tema que estamos tratando. En las hipotecas con interés variable, y con cláusula suelo, cuando el tipo está por debajo de ese tope mínimo, siempre se calcularán los intereses en el porcentaje mínimo establecido (suelo). De ahí la importancia de elegir una hipoteca a tipo variable, fijo o mixto.

1.2.3. Breve mención a las cláusulas techo

En contraprestación al concepto que venimos explicando sobre las cláusulas suelo, encontramos otro tipo: las cláusulas techo. Podemos definir las como “un límite para que el interés variable nunca pueda superar esa cifra marcada por la entidad bancaria”.⁹

Como podemos intuir, el efecto que provocan estas cláusulas es el inverso al de “tope mínimo”, es decir, el prestatario no podrá pagar una cuota superior al máximo prefijado, aunque el tipo de interés se encuentre por encima de éste.

⁸ BBVA: *Diferencial de una hipoteca*. Disponible en: <https://www.bbva.es/general/finanzas-vistazo/hipotecas/diferencial/index.jsp> (Consultado: 14/07/2019).

⁹ CONCEPTOSJURÍDICOS.COM: *Cláusula techo*. Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/clausula-techo/> (Consultado: 14/07/2019).

2. ACCIÓN DE NULIDAD

Cuando un acto, contrato o negocio jurídico carece algún elemento esencial, es contrario a la ley o posee algún vicio que impide su eficacia, los titulares pueden acudir a los tribunales a través de la acción de nulidad para conseguir una declaración de ineficacia que provocaría la no realización del efecto pretendido con dicho acto, contrato o negocio jurídico ahora recurrido¹⁰.

Existen dos tipos de nulidad: la nulidad plena, que se produce por ser contrario a la ley el acto o negocio jurídico, y la nulidad relativa, también llamada anulabilidad, por adolecer de algún defecto susceptible de provocar su ineficacia.

Un contrato nulo (nulidad plena, nulidad absoluta, nulidad radical o nulidad de pleno derecho, ambas expresiones acogen un mismo significado) no produce efectos jurídicos. Esta situación puede generarse por diferentes causas de nulidad y anulabilidad¹¹:

- Art. 1261 del Código Civil: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”. Es decir, si en dicho contrato no existe un consentimiento mutuo por parte de los afectados, si el objeto del mismo es inexistente o no está definido o no se contempla una causa de obligación, el contrato no cumplirá con los requisitos esenciales para la validez del mismo.

El consentimiento está presente “por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” (Art. 1262 Cc.). Si los que otorgan el consentimiento son menores no emancipados o personas con capacidad jurídica modificada (art. 1263 Cc.) o dicho consentimiento se obtiene por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 Cc.), el acto jurídico será anulable.

Para que no se produzca la nulidad del contrato, el objeto de éste debe estar dentro del comercio de los hombres, aun siendo cosa futura (art. 1271 Cc.). Por el

¹⁰ GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER: *Acción de nulidad*. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUnde0MTtbLUouLM_DzbsMz01LySVABUjiNFIAAAAAA==WKE (Consultado: 15/07/2019).

¹¹ IBERLEY (2016): *Regulación de la nulidad y anulabilidad como modalidades de extinción de los contratos*. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/nulidad-anulabilidad-contratos-codigo-civil-60003> (Consultado: 15/07/2019).

contrario, será nulo si el objeto fuera una cosa imposible (art. 1272 Cc.) o indeterminada en cuanto a su especie (art. 1273 Cc.).

En cuanto al tercer requisito de validez, la causa, se entiende por ésta, en los contratos onerosos y para cada parte contratante, “la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte” (art. 1274 Cc.); y en los contratos remuneratorios¹² “el servicio o beneficio que se remunera”. Si estos contratos carecen de causa o ésta es ilícita por oponerse a las leyes o la moral, no producirán ningún efecto (art. 1275 Cc.).

- En las disposiciones generales del Código Civil, en lo que respecta a los contratos, el artículo 1255 hace mención a que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. He aquí un matiz importante para el estudio de las cláusulas suelo que estamos analizando: ¿son estas cláusulas contrarias a ley, a la moral o al orden público? Esta pregunta enmarca la esencia de este trabajo y será respondida a lo largo de las siguientes hojas para poder entender el porqué del conflicto consumidor-banco entorno a estas cláusulas suelo.

Conviene hacer mención a la obligación, por parte de los contratantes, de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato (art.1303 Cc.)

2.1. PLAZOS PARA SOLICITAR LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

En primer lugar debemos mencionar que la acción de nulidad no se somete a plazo alguno para su ejercicio ante los tribunales, por lo que se considera imprescriptible¹³. Un contrato originariamente nulo no se convalida por uno válido por el transcurso del tiempo.

¹² Se entiende por contrato remuneratorio aquel “en el que el beneficio que obtiene una parte está encaminado a compensarla de algún prestación ya realizada por ella libre y espontáneamente”. (Diccionario del español jurídico).

¹³ GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER: *Nulidad de contrato*. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjYzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA-3VEozUAAAA=WKE (Consultado: 15/07/2019).

Por otro lado, la acción de anulabilidad dura cuatro años, tiempo que empieza a correr: “En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato” (art. 1301 Cc.).

2.1.1. Ley de Condiciones Generales de Contratación

Si en la demanda que se interpone ante el Juzgado ejercitando la acción pertinente solicitando la nulidad absoluta la fundamentamos en los artículos 8, 9 y 10 de las Ley de Condiciones Generales de Contratación, será imprescriptible y no estará sometida a ningún plazo¹⁴.

El artículo 8.1 de la LCGC expresa que “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva”. Nos interesa aún más, si cabe, su apartado segundo: “en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor” (art. 8.2 LCGC).

Antes de continuar y adentrarnos en conceptos en materia de defensa de consumidores y usuarios, debemos quedar bien explicado qué se entiende por consumidor en los que respecta a las hipotecas y, por ende, en cláusulas suelo. La antigua Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LDCU), refleja en su artículo 1.2 que “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”; por el contrario no tendrán esta consideración “quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a

¹⁴ MUNDO JURÍDICO (2017): *Plazo para reclamar la nulidad de la cláusula suelo*. Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/plazo-para-reclamar-la-nulidad-de-la-clausula-suelo/> (Consultado: 15/07/2019).

terceros” (art. 2.3 LGCU). Es decir, son consumidores los destinatarios finales de los bienes o servicios, sin que éstos se integren en una actividad profesional.

La redacción actual, enmarcada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGCU), matiza y concreta el concepto de consumidor en su artículo 3 al entenderlo como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, y seguidamente, en el segundo párrafo del mencionado artículo, considera consumidores a “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”.

Hechas las aclaraciones sobre estos términos, y retomando el artículo 8.2. LCGC, el citado artículo hace mención al artículo 10 bis de Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que hacía mención al significado de “abusividad”. Hoy debemos desplazarnos al 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, y en concreto debemos atender a su artículo 80, donde se recoge el contenido que anteriormente contenía ese artículo 10 bis de la Ley de 1984. No obstante, en primer lugar debemos establecer el concepto de cláusulas abusivas como “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (art. 82.1 TRLGCU). ¿Causan las cláusulas suelo un desequilibrio en los derechos y obligaciones del quien posee una hipoteca?

Retomando ese artículo 80 TRLGCU, las cláusulas no negociadas individualmente deben cumplir unos 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”. No obstante, “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato” (art. 82.2 LCGC).

En suma, serán también abusivas, en todo caso, aquellas que “a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario. b) limiten los derechos del consumidor y usuario. c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato. d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba. e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato. f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable” (art.82.4 LCGC).

2.2.2. Código Civil

Por otro lado, cabe señalar que si la demanda que se interpone para solicitar la anulabilidad, o nulidad relativa, se fundamenta en un “error o vicio del consentimiento” del art. 1301 Cc., el plazo para reclamar será de cuatro años, tiempo que comienza desde la “consumación del contrato”, es decir, desde que se haya puesto fin a los efectos que la hipoteca pudiera producir¹⁵. A diferencia de lo que las entidades bancarias suelen alegar para no dar trámite a las solicitudes de reclamación y nulidad, pues éstas consideran que los cuatro años deben comenzar a contar desde que se formalizó la escritura.

Diversas sentencias reflejan lo explicado anteriormente: “(..) la acción ejercitada en la demanda no es la de anulabilidad por concurrencia de un vicio del consentimiento, sino la de nulidad por falta de transparencia y abusividad (artículos 8 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y, es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que la acción de nulidad absoluta, radical o de pleno Derecho no está sometida a plazo de prescripción ni de caducidad¹⁶”.

El Alto Tribunal ya se manifestó en 2005 con absoluta claridad, y es la jurisprudencia que impera actualmente: “tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 del Código Civil se aplica a la

¹⁵ MUNDO JURÍDICO (2017): *Plazo para reclamar la nulidad de la cláusula suelo*. Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/plazo-para-reclamar-la-nulidad-de-la-clausula-suelo/> (Consultado: 15/07/2019).

¹⁶ SAP Alicante (Sección 8ª), de 10 de marzo de 2017.

anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que «la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción»¹⁷».

O en relación con el momento a partir del cual comienzan a contar los cuatro años que marca la Ley: “(...) En todo caso, el plazo de 4 años para el ejercicio de la acción de anulabilidad de los contratos previsto en el artículo 1301 Código Civil empezaría a correr desde la consumación del contrato que se produce cuando se han realizado todas las obligaciones y no puede confundirse el momento de la perfección del contrato con el de consumación que ocurre cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes y en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del TS recogida en la sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015¹⁸”.

¹⁷ STS, de 18 de octubre de 2005.

¹⁸ SAP Granada (Sección 3ª), de 13 de julio de 2015.

3. REFLEJO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MAYO DE 2013

Esta Sentencia es el punto de partida de todo lo que acontecerá después hasta nuestros días, pues sienta un precedente que marcará el devenir de las cláusulas suelo. No obstante, el Tribunal Supremo, aunque considera que las cláusulas suelo no son transparentes, no llega a conectar de una manera perfecta esa falta de transparencia con el debido control de contenido¹⁹, como veremos en las páginas siguientes.

Esta Sentencia es la respuesta a una demanda presentada por parte de la Asociación de Usuario de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO) donde se ejercita una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), Caja de Ahorro Galicia y Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito.

El suplico de la presente demanda es claro y se puede fijar en dos términos:

1º.- Declarar la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable que establecen un tipo mínimo de interés por tener el carácter de cláusulas abusivas.

2º.- Eliminar dichas condiciones generales de la contratación y todas aquellas que tengan un contenido similar y obliguen al pago de ese tope mínimo.

La cláusula financiera contenido en el préstamo hipotecario contiene un apartado “3º bis” donde refleja el tipo de interés variable y el índice de referencia. El cálculo del 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

¹⁹ MORENO GARCÍA, LUCÍA; “Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal”; Madrid, 2015, Marcial Pons. Pág 119.

de los recursos necesarios”²⁰. El índice de referencia es el tipo de interés del euro para operaciones de préstamo y crédito, es decir, el EURIBOR.

Siguiendo en esta cláusula, en concreto en la “3º bis.3” refleja los “límite 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”.²¹

La Sentencia de Primera Instancia declaró la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo y condenó a las entidades demandadas a la eliminación de dichas condiciones generales y a abstenerse de su posterior uso en otros contratos de préstamo hipotecario.

Este asunto conlleva a su posterior apelación y, por ende, sentencia, donde se declara que “no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas (...)”²². En el recurso se personó el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social.

Es decir, la sentencia en segunda instancia cambia el criterio jurisprudencial prefijado por el juzgador de primera instancia. Ante esto se plantean diferentes recursos por parte de AUSBANC CONSUMO: recurso extraordinario por infracción procesal por los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1 2º LEC).

Segundo.- Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.13º LEC).

Tercero.- Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución (artículo 469.1 4º LEC).

Y recurso de casación en los siguientes términos:

Primero.- La Sentencia recurrida se opone a la doctrina del TS sobre perpetuación de la jurisdicción y legitimación.

²⁰ STS 241/2013. Pág. 6. “Cálculo del tipo de interés vigente”.

²¹ STS 241/2013. Pág. 7. “3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés”.

²² STS 241/2013. Pág. 23. “Cuarto: La Personación del Ministerio Fiscal y la Sentencia de Apelación”.

Segundo.- Se opone a la doctrina del TS en materia de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos enumeradas en la Orden de 5 de mayo de 1994.

Tercero.- Se opone a la doctrina del TS sobre la posibilidad de control judicial de las cláusulas.

Cuarto.- Porque aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor. (Por ejemplo: el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; o la Ley 44/2006, de 29 de noviembre -Ley de Mejora-).

A partir de ahora comenzamos a analizar los Fundamentos de Derecho que motivas esta Sentencia del TS, no obstante, antes de analizarlos, he considerado conveniente reflejar el contexto y los antecedentes de hecho para una mejor y más detallada exposición.

El Alto Tribunal entiende que por préstamos a interés variable aquellos en los que “el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia”²³. En una clara y sencilla fórmula, el TS lo expresa como: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.

Junto a este tipo de préstamos, se considera que existen cláusulas suelo cuando “para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario”²⁴. De esta manera el Tribunal hace mención expresa al concepto de objeto del litigio y, a partir de ahí, se comienza a debatir sobre los recursos planteados.

Los numerosos argumentos en los que se basan los recursos pueden alejarse del contenido protagonista de este Trabajo, que no es otro que el referido a cláusulas suelo; por ello, y para no extenderme en demasía a través de las siguientes páginas en cuestiones de régimen procesal, voy a centrarme en aquellos puntos de los recursos, y valoraciones de la Sala, que tengan ese nexo de unión y traten directamente el asunto que estamos abordando.

²³ STS 241/2013. Fundamento Primero, 21.

²⁴ STS 241/2013. FD 1º, 23.

El TS anuncia una situación de inferioridad de los consumidores, que ya viene establecida por la reiterada jurisprudencia y Normativa. El TJUE ha declarado en numerosas ocasiones que “el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”²⁵. En este sentido, ya se pronunció en STJUE, 27 de junio de 2000, o 26 de octubre de 2006, entre otras.

Para poder restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de ambas partes intervinientes, el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, manifiesta que “[l]os 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”. Algo que el TJUE ha interpretado como una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal por ese equilibrio real mencionado anteriormente, donde exista una igualdad entre ambas partes, teniendo en cuenta esa situación de inferioridad de una de ellas.

Vista la ineficacia de estas cláusulas, la STS detallada cómo pueden apreciarse, siendo la apreciación de oficio un “medio idóneo”. La STJUE de 26 de octubre de 2006 menciona que “el el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”. Es decir, que el Juez pueda apreciar de oficio es “una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13”. En STJUE de 4 de junio de 2009 explica el fin de ese art. 6 de la Directiva, manteniendo que ese objetivo “no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”. En

²⁵ STS 241/2013. FD 6º, 108

suma con el principio de efectividad del Derecho Comunitario que exige el deber de intervenir de oficio al juez, tal y como refleja la STJUE de 2009 mencionada anteriormente “el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”.

Sabemos que el objetivo de la Directiva que venimos mencionando es el de proteger al consumidor, por ello, cuando hablamos de nulidad absoluta de las cláusulas abusivas, solo se pueden invocar cuando se manifiestan en “detrimento del consumidor”, por lo que dicha Directiva no posibilita imponer la nulidad contra la voluntad del consumidor. De esta manera ya se pronuncia la STJUE de 2009: “El juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”, es decir, cuando una cláusula sea abusiva se va a abstener de aplicarla, salvo si el consumidor se opone.

En su Fundamento de Derecho Séptimo, la STS hace un análisis de las Condiciones Generales sobre el objeto principal del contrato. La Sala recurre al art. 1.1. de la LCGC: “[s]on condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Por ello, la doctrina establece una serie de requisitos para que se entiendan condiciones generales de la contratación²⁶ cuando exista contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Vamos a explicar dichos requisitos de una manera más pormenorizada:

- Contractualidad: son “cláusulas contractuales” que no derivan del cumplimiento de una norma imperativa, sino que su inserción en el contrato depende de ese carácter “contractual”.
- Predisposición: la cláusula no es el resultado de un acuerdo entre las partes intervinientes tras una serie de negociaciones, sino que está prerredactada, bien por el propio empresario o un tercero.

²⁶ STS 241/2013. FD 7º, 137

- Imposición: su incorporación al contrato está impuesta por una de las partes (empresario).
- Generalidad: las cláusulas son “modelos de declaraciones negociales”, cuyo fin es que todos los contratos que van a realizarse tengan una disciplina uniforme. En suma, deben de incluirse en una pluralidad de contratos, de ahí su generalidad.

La STS no solo menciona estos puntos a tener en cuenta para considerar una cláusula como condición general de la contratación, sino que también establece dos puntos que no se deben valorar por resultar irrelevantes para tal calificación²⁷:

- La autoría material, apariencia externa, extensión u otra circunstancia.
- Que el que se adhiere a dicha cláusula sea profesional o consumidor, pues la LCGC intenta proteger a consumidores y usuarios, pero también a cualquiera que contrata con alguien que haga uso de condiciones generales en su actividad contractual.

Un hecho determinante para que los tratos personalizados de los términos y condiciones de los contratos fueran sustituidos por cláusulas generalistas propias del tráfico en masa fue el alto volumen de operaciones y transacciones económicas que se desarrollan en determinadas actividades negociales, donde el diálogo se desvanece dando paso al soliloquio de la predisposición contractual por parte del profesional, puesto que el destinatario acepta o rechaza sin posibilidad de negociar singularizadamente. La STS 406/2012, de 18 de junio, califica como “un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”.

El objetivo que se trató de conseguir, y así lo refleja la Exposición de Motivos de la LCGC, era la igualdad de posiciones: “[l]a protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”.

Despierta especial atención que las “reglas de reequilibrio” que contiene la LCGC no se extienden a todo tipo de contratos, puesto que la Exposición de Motivos alega “que

²⁷ STS 241/2013 FD 7º,138

“desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley”. A los que esta STS que estamos analizando considera que no hay base para el planteamiento que manifiesta la sentencia ahora recurrida, pues no se excluyen aquellas cláusulas definitorias del objeto principal.

Por todo ello, conviene diferenciar entre el desconocimiento de una cláusula y su imposición. El profesional puede imponer unilateralmente una cláusula al consumidor que éste no desea, pero que la conoce y debe aceptar para poder celebrar el contrato. Esto es algo esencial para ser incorporada al contrato, tanto por su consentimiento (art. 1261.1º Cc.), tanto como por su aceptación (art. 5.1 LCGC).

En suma, y llegados a este punto, el Alto Tribunal hace una serie de conclusiones²⁸:

- Una cláusula será calificada como condición general de la contratación según el proceso de inclusión al contrato, pues el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato no es impedimento.
- El conocimiento de una cláusula, sea del tipo que sea, es requisito previo al consentimiento; de lo contrario, no obligaría a ninguna parte.
- Independientemente de que el profesional cumpla con las obligaciones de información pertinentes para con el consumidor, no es excluyente de que sea considerado como condición general de la contratación.

En el Fundamento de Derecho octavo expresa la imposición de estas condiciones generales. El planteamiento de la cuestión se basa en que la sentencia ahora recurrida rechaza que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses hayan sido impuestos por las entidades financieras. ¿En qué se basa?

- Las escrituras de préstamos hipotecarios que aquí se están analizando en algunas ocasiones presentan pactos de limitación de intereses y en otras no. De este hecho, la sentencia recurrida señala que existe la “posibilidad de una negociación efectiva” y no ilusoria.
- Conforme a una Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, se concluye que existen unos niveles de transparencia que aseguran la libertad de la formación de la voluntad del consumidor. La cláusula se suscribe con “el adecuado conocimiento y con total información”.

²⁸ STS 241/2013. 2.3. “Conclusiones” nº 144

La Sala del TS, ante este planteamiento, hace una valoración sobre la elección entre contratos con cláusulas impuestas. El art. 3.2 de la Directiva 93/13 considera no negociada individualmente una cláusula que “haya sido redacta previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido”. El hecho de que el profesional formule una pluralidad de ofertas con una serie de cláusulas predispuestas no hace desaparecer su imposición, pues no existe una posibilidad real de negociación individualiza, ya que como afirma el Ministerio Fiscal, “la norma no exige que se incorpore a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos”. En consecuencia, la normativa vigente, fruto de la trasposición de la mencionada Directiva, considera cláusula impuesta a aquella no negociada individualmente.

La STS 406/2012, de 18 de junio, distingue entre participar en la redacción del contrato y la negociación de una cláusula. El Ministerio Fiscal es claro: existe imposición si, elegido el contrato, “nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo”. Es decir, existe participación porque elige un determinado contrato, pero no negociación porque se siguen incluyendo cláusulas no pactadas individualmente. Por lo tanto, hay una “imposición del contenido” del contrato que dista de la “imposición del contrato” en el sentido de “obligación de contratar”. El consumidor es libre de contratar o de no hacerlo, ya que una cosa es consentir de forma individualizada y otra identificar si ese consentimiento se lleva a cabo con la previa existencia de una negociación individual. LA STS habla de “cliente cautivo” por las relaciones económicas y sus actividades negociales, que son asuntos complejos y son los bancos los que reducen la capacidad de elección.

A la hora de probar los hechos notorios, la LEC, en su art. 281.4, refleja que “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”; algo que la reiterada jurisprudencia ha ido señalando bajo el principio *non egent probatine*²⁹ ante los continuos costes que pudiera provocar la discrepancia entre “verdad procesal” y “realidad extraprocesal”.

La “notoriedad absoluta y general” a la que se refiere la Ley es un término indeterminado que la jurisprudencia ha ido matizando (STS 57/1998, de 4 de febrero): para que unos hechos se consideren notorios, “han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta”. Por ello, el conocimiento por parte del Tribunal, y la convicción de que ese conocimiento es “generalizado y compartido entre los

²⁹ “El hecho notorio no precisa prueba”

ciudadanos medios”, es suficiente para que dichos hechos queden exentos de prueba (STS 62/2009, de 11 de febrero).

Los servicios bancarios y financieros se encuentran dentro del fenómeno *take it or leave it*³⁰, pues tanto la oferta como el precio están absolutamente determinados y el consumidor que quiera obtenerlos debe respetar y, por ende, acatar las imposición de una serie de términos y condiciones impuestas por el referente. O, la otra opción, es no acatarlas y no contratar. De ahí ese principio anglosajón de “lo tomas o lo dejas”.

La entidad tiene sendas obligaciones de información para con los consumidores, ya que la ya mencionado Orden Ministerial de 1994 considera que el contenido de los contratos incluye condiciones generales “predispuestas e impuestas”. En suma, el Informe de la Comisión, de 27 de abril de 2000 (IC 2000), afirma que “los servicios financieros son grandes consumidores de cláusulas contractuales”, evidenciando, de tal forma, el uso de cláusulas y condiciones generalizadas, como así menciona la OM. Es más, el IC 2000 asegura que es una ilusión creer que en este tipo de contratos existen cláusulas negociadas individualmente: “es ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo”.

En un sentido similar, el Informe del Banco de España (IBE) reza: “un análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente”. Y concluye que “la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad”.

³⁰ “Lo tomas o lo dejas”

Al hilo de estas interpretaciones, corresponde analizar la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas. No es menos cierto que la LCGC no cuenta con ninguna regla sobre la carga de la prueba en materia de negociación de estas cláusulas predispuestas. Algo diferente a lo que ocurre con la abusividad, pues el art. 82.2 del TRLCU expresa que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba” o, en sentido similar, el art. 3.2 de la Directiva 93/13: “el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”. La STS que estamos analizando considera que dicho precepto es perfectamente aplicable a las condiciones generales en contratos con consumidores.

Cuando no existe un consumidor determinado con el que se haya negociado o impuesto una condición general, no es de aplicación el citado art. 82.2 TRLCU. No obstante, en la acción de cesación, se permite tener por acreditado que a la hora de enjuiciar el carácter de negociado o impuesto, la carga de la prueba recae sobre el profesional al considerarse propuestas a negociar. Esta regla se reitera en el art. 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008: “si el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba”. Incluso, aunque no existiera una norma a tal efecto, que el consumidor demostrara un hecho negativo como la ausencia de negociación entraría dentro de la “prueba imposible o diabólica”, algo que, como reitera la jurisprudencia (STS 44/2012, 15 de febrero de 2012), va en contra del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En relación con lo expuesto hasta ahora, el Tribunal concluye que³¹:

“a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

³¹ STS 241/2013. 2.3. “Conclusiones”. Nº 165

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”.

En suma, para evitar equívocos, aclara que no es ilícito la imposición de condiciones generales por parte de un profesional al consumidor, sino que es un mecanismo de contratación propio de la “contratación en masa” ante lo difícil, y prácticamente imposible, que resulta una negociación individualizada y personal. En este sentido se pronuncia la STS 406/2012, de 18 de junio, “comporta en la actualidad un auténtico “modo de contratar”, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”.

En el Fundamento de Derecho Noveno se trata de analizar la cuestión de las condiciones generales en los sectores regulados. La Constitución Española contiene en su art. 51 un mandato expreso sobre la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores. De ahí la necesidad de que nuestro Ordenamiento esté previsto de una serie de normas y textos legales que los garanticen. Esta es una de las razones de por qué, en determinadas situaciones, existe una imposición al consumidor de un clausulado concreto que facilite la complejidad contractual. En tal sentido se pronuncia la Directiva 93/13 en su considerando decimotercero: “se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”.

El Tribunal Supremo es claro y afirma que “no es este el caso de las cláusulas suelo”, pues la normativa sectorial impone obligaciones de información a la hora de incluir estas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario. La STS 75/2011, de 2 de marzo,

considera que sería “una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial -5 de mayo de 1994- y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor”.

Por todo ello, se rectifica lo expuesto en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia recurrida, pues afirma que “la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis”³².

Teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo considera condiciones generales a las cláusulas sobre la variación del tipo de interés, analizamos el control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato.

La Directiva 93/13 que venimos estudiando en las líneas anteriores, habla sobre la “apreciación del carácter abusivo” en su decimonoveno considerando, al entender que esta abusividad “no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”³³. El texto legal, en el art. 4.2, expresa que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato”, no obstante, la norma no aglutina lo que debe entenderse por esa definición.

Siendo este punto de especial relevancia, la doctrina se encuentra dividida³⁴:

Por un lado se encuentra el sector que diferencia entre las cláusulas que definen de una manera directa ese “objeto principal”, a las que considera “cláusulas principales”. Y por

³² STS 241/2013, nº 178

³³ STS 241/2013, nº 184

³⁴ STS 241/2013, nº 186

otro lado las que no lo definen, es decir, las “cláusulas accesorias”. En base a esta tesis, el precio negociado y pactado no es regulado por la cláusula limitativa del interés.

Otro sector entiende que la importancia radica en la relación entre el objeto principal y la propia cláusula. Y el tercer sector hace especial hincapié en si la cláusula definitoria influye en el consumidor y su comportamiento económico.

En viendo dichas opiniones, la Sentencia que estamos analizando centra su conclusión en que “cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato”³⁵ y afirma que “las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial”³⁶. La regla general, en estas cláusulas, es que no existe control de su equilibrio. No obstante, no examinar la abusividad no conlleva necesariamente a que no se sometan al siguiente control de transparencia.

La transparencia a efectos de su incorporación en el contrato pasa por comprobar lo dispuesto en la LCGC, independientemente de que el contrato se celebre entre empresarios y profesionales o consumidores. El art. 5.5 LCGC indica que estas cláusulas deben ajustarse a unos criterios: “transparencia, claridad, concreción y sencillez”. El art. 7 LCGC expresa los requisitos que deben tener dichas cláusulas para no quedar incorporadas: “ilegibles, ambiguas, oscuras, incompresibles...”.

En el caso que estamos analizando, estas condiciones generales sí que cumplen con los requisitos establecidos legalmente para su incorporación.

No obstante, existe un doble filtro para comprobar el nivel de transparencia en los contratos con consumidores. El art. 80.1 TRLCU establece los requisitos que deben contener las cláusulas no negociadas de forma individual en los contratos con consumidores: 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

³⁵ STS 241/2013, nº 189

³⁶ STS 241/2013, nº 190

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”.

Conviene destacar el requisito del punto b) “permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. Es decir, el adherente debe conocer de una manera fácil la carga económica y la carga jurídica que le va a suponer. El consumidor debe conocer todas las condiciones antes de celebrar el contrato.

El TS entiende que, por un lado, se encuentra el cumplimiento de la LCGC y sus requisitos, algo que es insuficiente, por lo que debe tener en cuenta el “control de comprensibilidad real”.

A pesar de todo, las cláusulas que se vienen examinando en la presente Sentencia convierten el préstamo a interés variable en uno de interés mínimo fijo, puesto que no pueden ser beneficiados los consumidores de las bajadas que se producen por debajo del mínimo referencial. Aquí entra en juego una parte importante, que no es otra que la adecuada información sobre estas cláusulas, “el diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor”³⁷. Es decir, desplazar el foco de atención del consumidor hacia otros elementos más irrelevantes o secundarios hace más compleja la tarea de comparar ofertas.

Las cláusulas sí que superan el control pertinente de transparencia, pero no el de claridad debido en los préstamos suscritos con consumidores. Por todo lo expuestos, el Tribunales concluye que estas cláusulas no son transparentes por los siguientes motivos³⁸:

La información no se presenta de una manera suficientemente clara para entender que se trata de un elemento definitorio del objeto principal; las cláusulas techo se encuentran de formar conjunta con las otras cláusulas y no existe una información clara y comprensible de manera previa que permita su conocimiento por parte del consumidor. Se hace especial referencia a las cláusulas que utiliza el BBVA, al encontrarse entre “una abrumadora cantidad de datos”, donde quedan camufladas y lejos de la atención del propio consumidor.

³⁷ STS 241/2013, nº 218

³⁸ STS 241/2013, nº 225

En cualquier caso, la falta de transparencia no conlleva necesariamente que las cláusulas se presente como desequilibradas ni perjudiciales para el consumidor. De hecho, el art. 3.1 de la Directiva 93/13 es claro en su exposición: “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”. Es decir, la abusividad de una cláusula se mide conforme al nivel de desequilibrio que supone al consumidor. En sentido similar se pronuncia el art. 82.1 TRLCU: “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Esta resolución desvirtúa por tanto aquellos otros documentos que avalan la inclusión de este tipo de cláusulas. Tal es así que existe un Informe del Banco de España³⁹, ahora desvirtuado, presentado ante el Senado de especial relevancia sobre la materia que estamos tratando, pues entendía que el hecho de incluir cláusulas suelo en las hipotecas a interés variable era la justificación a la necesidad de asegurar un mínimo rendimiento de este tipo de contratos y así permitir cubrir los costes de las entidades bancarias por el desarrollo de estas financiaciones⁴⁰.

La Sentencia concluye que el análisis para contemplar los requisitos de abusividad de las cláusulas no negociadas son⁴¹: que sean condiciones generales predisuestas y no negociadas individualmente, que vayan contra la buena fe y causen desequilibrio en perjuicio del consumidor. Este carácter abusivo debe tenerse en cuenta “considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”, tal y como dispone el TRLCU en su art. 82.3. Es decir, el juzgador debe situarse en la fecha de celebración del contrato.

³⁹ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES; SENADO, 7 de mayo 2010. N° 457, págs. 11 y ss.

⁴⁰ PERTÍNEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO; “La nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (2ª edición)”; Valencia, 2017; Tirant lo blanch. Pág. 179.

⁴¹ STS 241/2013, n° 233

3.1.1. Especial referencia a la irretroactividad

En su Fundamento de Derecho Decimoséptimo trata, quizá, bajo mi opinión, uno de los asuntos más polémicos y germen de posteriores resoluciones: ¿retroactividad o irretroactividad de la Sentencia? Ya el título de este Fundamento adelanta cuál es la decisión del Tribunal, para después justificarla: “Eficacia no retroactiva de la sentencia”.

En el recurso del Ministerio Fiscal, éste entiende que “si se otorga este efecto retroactivo total (...) quedarían afectados los contratos ya consumador en todos sus efectos, de modo que (...) habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas”. En suma, añade el Ministerio Fiscal que “no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso”.

Entrando a analizar la valoración de la Sala, cabe partir del Derecho Comunitario, donde en la Directiva 93/13, en su art. 7.2 se expresa que “si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas”. Es decir dispone que los Estado deben tener una serie de medios oportunos para que cese su uso. En una línea similar, pero ahora en el Derecho Interno, encontramos el art. 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”; como puede desprenderse del articulado, existe un mandato claro a cesar en el uso y a no volver a utilizarlas.

Llegados a este punto, se una cláusula es abusiva y, por ende, nula, ahora hay que moverse en la línea de la retroactividad y la reparación de los daños ocasionados que enmarca el Código Civil en su art. 1303: “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”, es decir, la regla clásica *nullum est nullum effectum producit* (“lo que es nulo no produce ningún efecto”). Reiterada es la jurisprudencia que apuesta por la *restitutio in integrum*⁴².

No obstante, no hay que olvidarse los principios infranqueables del Derecho como es la seguridad jurídica enmarcada en el art. 9.3 de nuestra Constitución, donde la propia Sala que se encarga de la presente Sentencia ya ha admitido, en anteriores decisiones, la

⁴² Jurisprudencia: STS 118/2012, de 13 marzo o RC 675/2009

posibilidad de otorgar límites a los efectos de la nulidad. La STJUE de 21 de marzo de 2013, en su apartado 59, manifiesta que “puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”.

Por todo lo expuesto, esta Sala entiende que debe otorgarse la irretroactividad de la Sentencia, puesto que se tienen en cuenta los siguientes parámetros⁴³:

- 1- La cláusulas suelo analizadas son lícitas, a pesar de los argumentos de los demandantes.
- 2- Su inclusión en los contratos surge como respuesta a una serie de razones objetivas de uso, como es el coste del dinero.
- 3- No son cláusulas “inusuales o extravagantes”.
- 4- La tolerancia del mercado por el uso de este tipo de clausulado viene desde hace largo tiempo.
- 5- El hecho de que se condene a no usarlas y eliminarlas no es tanto por su abusividad, sino por su falta de transparencia.
- 6- Esta falta de transparencia responde a la falta de información que se requiere como ya se ha indicado en lo expuesto hasta ahora.
- 7- Las entidades sí que han observado las obligaciones que se derivada de la OM de 5 de mayo de 1994.
- 8- Que exista un tope mínimo que funcione como cláusula suelo se debe a que estas entidades puedan ver reducidos sus costes de producción y mantenimiento por la financiación.
- 9- Por último, la retroactividad de esta sentencia supondría un grave trastorno para el orden público económico.

La conclusión del Tribunal es declarar la irretroactividad, sin afectar a las situaciones decididas ya por una resolución judicial ni a los pagos ya efectuados una vez publicada dicha resolución.

⁴³ STS 241/2013, nº 293

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

A raíz de que varias personas han suscrito préstamos hipotecarios con una serie de cláusulas contractuales declaradas abusivas por los tribunales de justicia, se plantean diferentes peticiones de decisiones prejudiciales, cuyo fin prioritario es la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –texto legal que venimos analizando y estudiando en el presente trabajo–.

En concreto, estos dos artículos presentan el siguiente contenido, el cual reproduciré tal y como en la norma se establece, ya que será la base de las siguientes páginas:

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

Art. 6.2: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”.

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

Art. 7.2: “Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas”.

Art. 7.3: Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares”.

Vistos ambos artículos, nos adentramos directamente con esta STJUE. Para no cansar en demasía al lector y poder avanzar de una manera ágil, no reproduciré la mención que realiza el TJUE sobre la STS de 9 de mayo de 2013, explicada de forma extensa en el anterior apartado.

En la STS 139/2015, de 25 de marzo de 2015, el Alto Tribunal confirma el límite temporal que ya se declaró en la de 2013, considerando que la obligación de restitución se producía únicamente en las cantidades pagadas injustificadamente una vez promulgada la sentencia de 2013.

En la STJUE nos encontramos con diferentes hechos litigiosos y cuestiones prejudiciales en función del asunto. El primero de ellos es el asunto C-154/15⁴⁴, donde un particular celebró préstamo hipotecario, con cláusula suelo, con una entidad bancaria. El Juzgado de lo Mercantil, nº 1, de Granada, encargado del asunto, declaró la nulidad de dicha cláusula, no obstante, remitió cuestión al Tribunal de la UE sobre si el hecho de limitar los efectos de esta nulidad al momento posterior de la declaración es incompatible con el citado art. 6.1 de la Directiva 93/13. Las cuestiones prejudiciales son las siguientes:

“1) La interpretación de “no vinculación” que realiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13, ¿es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula no obstante extiende sus efectos hasta que se declare la misma? Y por tanto que aunque se declare su nulidad se entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces.

2) El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula (de conformidad a los apartados primeros de los artículos 6 y 7) en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el

⁴⁴ Cuestión prejudicial. Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada

profesional— en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia”⁴⁵.

Otro es el asunto C-307/15, donde una particular celebró en 2006 contrato de préstamo hipotecario con entidad bancaria en la que se incluye, nuevamente, cláusula suelo. El Juzgado de los Mercantil, nº 1, de Alicante, encargado del asunto, declaró procedente la devolución de las cantidades pagadas indebidamente por dicha cláusula, pero a partir de la fecha en la que su publicó la STS de 2013. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Alicante consideró que la irretroactividad de la nulidad de estas cláusulas abusivas podía ser contradictoria tanto a la Directiva 93/13 como con la prohibición de moderar judicialmente los efectos de dichas cláusulas. Por ello, plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Es compatible con el principio de no vinculación [de las cláusulas abusivas] reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?

2) El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada [de la nulidad] de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?

3) En caso de respuesta afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?

4) En cualquier caso, ¿es conforme con la buena fe de los círculos interesados la actuación del profesional en la generación del contrato, que ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?

5) El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada [de la nulidad] de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?

6) En caso de respuesta afirmativa, ¿qué criterios deberían ser tomados en consideración?

⁴⁵ STJUE, 21 diciembre 2016. Considerando 30.

7) El riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando sólo en consideración el que se pueda producir para el profesional, o también se deben tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?”⁴⁶.

El tercer y último asunto es el C-308/15, donde unos consumidores suscribieron contrato de préstamo con cláusula suelo en 2001 y, posteriormente, en 2007 realizaron dos novaciones que volvían a incluir cláusulas suelo. En primera instancia, el Juzgado condenó a la entidad bancaria a restituir las cantidades pagadas indebidamente. No obstante, una vez más, la Audiencia Provincial de Alicante albergaba serias dudas sobre la compatibilidad de los límites a los efectos de la nulidad. La AP planteó al TJUE la octava cuestión prejudicial, puesto que ya había realizado otras siete en el marco del asunto anterior.

“8) ¿Es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula “suelo” declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financieras, a las acciones individuales de nulidad de una cláusula “suelo” por abusiva instadas por los clientes consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas?”⁴⁷.

Por el Presidente del TJUE se acumulan los asuntos a la hora de ser tratados y la Gran Sala se centra en las cuestiones prejudiciales primera y segunda del asunto C154/15 y en la primera cuestión de los asuntos C-307/15 y C-308/15, puesto que éstas pretenden conocer si el art. 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a la jurisprudencia nacional que fija un límite temporal de los efectos restitutorios a la hora de obtener una declaración de abusividad de una cláusula incluida en un contrato de préstamo entre consumidores y profesionales, produciendo esos efectos únicamente a partir del momento de publicación de la resolución judicial. El resto de cuestiones prejudiciales no son valoradas por el TJUE, habida cuenta de la respuesta otorgada a las anteriormente mencionadas, como veremos en las páginas siguientes.

⁴⁶ STJUE, 21 diciembre 2016. Considerando 36

⁴⁷ STJUE, 21 diciembre 2016. Considerando 42

El Gobierno de España, así como las entidades Cajasur Banco y Banco Popular presentaron una serie de alegaciones donde consideraban que no se encuentra incluida en la Directiva 93/13 la cuestión de los efectos que producen una declaración del carácter abusivo, puesto que el TS, en su STS de 9 de mayo de 2013, ofrece a los consumidores una protección más elevada de la que garantiza la propia Directiva.

De hecho, en este sentido, la STS diferencia entre transparencia formal, entendida como claridad y comprensibilidad de las cláusulas contenidas, y transparencia material, es decir, información suficiente a la hora de celebrar el contrato. El art. 4.2 de la Directiva, tal y como arroja el Abogado General en sus conclusiones 46 a 50, es el que alberga dicho control de transparencia, junto con el art. 5 del citado texto legal: cláusulas redactadas “de forma clara y comprensible”.

En suma con lo mencionada, el TJUE ya ha mencionado en anteriores Sentencias⁴⁸ la importancia que presenta que el consumidor disponga de la suficiente información, de manera previa, sobre las condiciones y consecuencias de la celebración del contrato. En base a lo ya mencionado, considera que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva el hecho de que el consumidor no disponga previamente de la información necesaria y pertinente.

Volviendo al art. 6.1 de la Directiva, se trata de una norma de carácter imperativo que pretende “reemplazar el equilibrio formal (...) por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad”⁴⁹ entre las partes intervinientes en el contrato, como ya ha manifestado la jurisprudencia⁵⁰.

La Directiva, como ya hemos mencionado, presenta un mandato claro a los Estados miembro: la obligación de que existan medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de las cláusulas abusivas”⁵¹, teniendo en cuenta esa protección hacia los consumidores que se debe observar y que revierte de gran importancia hacia el interés público.

⁴⁸ STJUE, 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb. C-92/11, EU:C:2013:180, ap. 44.

⁴⁹ STJUE, 21 diciembre 2015, considerando 55

⁵⁰ STJUE, de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, ap. 44.

⁵¹ STJUE, de 30 de abril de 2014, Kálser y Kásleme Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, ap.

El Juez nacional puede dejar sin aplicación la cláusula abusiva, pero no puede modificar su contenido. Hecho que se puede apreciar de oficio, si necesidad de que el consumidor presenta una solicitud de declaración de nulidad.

De lo anterior resulta que el art. 6.1 de la Directiva se debe interpretar considerando que si una cláusula es declarada abusiva no puede producir efectos para el consumidor y conlleva el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el particular en el supuesto de no haber existido nunca dicha cláusula. La STS limitaba los efectos en virtud del principio de seguridad jurídica a las cantidades indebidamente satisfechas a partir de la publicación de aquella Sentencia. No obstante, el TJUE considera pertinente distinguir entre la aplicación de una regla meramente procesal como es el plazo de prescripción⁵² y la limitación temporal de los efectos, siendo este Tribunal el único que puede decidir sobre las limitaciones temporales que deben aplicarse a la interpretación que él mismo realiza de una norma comunitaria⁵³.

La STS y su limitación de los efectos restitutorios equivale a privar de una restitución total a aquel consumidor que haya celebrado el contrato con anterioridad a la fecha de publicación de dicha resolución. Esta protección es “incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula”⁵⁴, siendo contrario a lo prefijado en el art. 7.1 de la Directiva.

Por todo lo expuesto, la Gran Sala concluye que dicha limitación de los efectos no es compatible con el Derecho de la Unión, siendo su fallo declarar la retroactividad: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al

⁵² Compatible con el Derecho de la Unión. STJUE, 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, ap. 41.

⁵³ STJUE, 21 diciembre 2013, considerando 70

⁵⁴ STJUE, 21 diciembre 2013, considerando 73

pronunciamento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”⁵⁵.

⁵⁵ STJUE, 21 diciembre 2016. Fallo

3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE FEBRERO DE 2017

Conviene analizar los antecedentes de hecho para saber en qué ámbito nos movemos. En 2005 un particular suscribió un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 283.000€ a devolver en treinta años. Se pactó un interés fijo del 3% el primer año y los sucesivos un interés variable de Euribor más 0,55% puntos. Como ya hemos mencionado durante todo el presente trabajo, el préstamo incluía una cláusula tercera bis con una redacción y sistema prácticamente igual a cualquier otra escritura con cláusula suelo: «Las condiciones de interés variable de esta operación se han de pactar entre prestataria y prestadora con el condicionante aceptado expresamente por la primera, que el tipo de interés que resulte de la revisión no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3% nominal anual»⁵⁶. Como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, y hasta que formuló la demanda, el particular abonó 5.485,77€.

El juzgado, en primera instancia, dictó sentencia desestimando las pretensiones del particular y por ello se apeló ante la Audiencia Provincial, quien estimó el recurso y declaró la nulidad de la mencionada cláusula suelo, ordenando el reintegro de las cantidades pagadas que no debería haberse cobrado.

Esta segunda instancia entiende tres cuestiones de vital importancia que enfocan el sentido del fallo⁵⁷:

- La STS 241/2013, de 9 de mayo, no se presenta como cosa juzgada material respecto a este caso, pues proviene de una acción colectiva y el presente asunto ejercita una acción individual.
- En este caso no hay una clara identificación con las circunstancias expuestas en la STS en materia de desequilibrios graves y transcendencia en el orden público económico.
- Ahora resulta de aplicación el art. 1303 Cc. sobre nulidad contractual: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Vistos estos tres puntos que marcan la diferencia con la STS y que, por ende, hacen que el fallo de la SAP sea diferente, podemos proceder a analizar el recurso de casación,

⁵⁶ STS, nº 123/2017. FD 1º, 2

⁵⁷ STS, nº 123/2017. FD 1º, 8

las alegaciones que se realizan en un momento posterior al dictamen de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y la presente STS de 2017.

El BBVA, banco con el que el particular concertó el préstamo hipotecario, formuló recurso de casación basándose en un único motivo, que no es otro que la infracción del ya mencionado art. 1303 CC, en relación con el art. 9.3 de la Constitución en materia de garantía del “principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Es más, la defensa de la entidad bancaria alega que este art. 1303 Cc. se aplica de una manera automática, redundante y mecánica, sin prestar atención especial a la doctrina jurisprudencial que sienta la STS 241/2013, pero que al tratarse ahora de una acción individual se debió ponderar la aplicación de este artículo y confunde la cosa juzgada con la doctrina del TS.

Ahora el Alto Tribunal trae a colación nuevamente la STS 705/2015, de 23 de diciembre, para referirse al alcance de la cosa juzgada de la STS 241/2013, que ya se expresó en la STS 139/2015, de 25 de marzo: “los efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”. En el presente asunto no se presentan las identidades a las que hace mención dicha sentencia, pues la redacción de la cláusula suelo es diferente a la de la STS 241/2013. Y, por otro lado, aunque el BBVA sí que ha sido parte en los otros procedimientos, en el actual no fue quien concede el préstamo en un primer momento e impone la cláusula ahora enjuiciada, ya que fue impuesta por la entidad Unnim, fusionada a Caixa d’Estalvis Comarcal de Manlleu, y ahora ambas absorbidas por BBVA. En estos casos, no se parecía identidad al no ser el mismo predisponente.

Las acciones colectivas e individuales no tienen una identidad objetiva, ya que tienen “objetos efectos jurídicos diferentes”⁵⁸. Todo ello en base al pronunciamiento que realiza la STJUE, de 14 de abril de 2016, en su apartado 30, en materia de acciones colectivas y acciones individuales para la defensa de los consumidores y usuarios: “Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13,

⁵⁸ STS, nº 123/2017. FD 3º, 2

objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

Es más, el TC, en la sentencia 148/2016, de 19 de septiembre, se pronuncia expresamente sobre la cosa juzgada al entender que: “La identidad -que no mera similitud- de objeto entre ambos procesos [acción colectiva y acción individual], de otro lado, resulta cuanto menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de "su" contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula. Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas».

En suma, esta STS entiende que para el ejercicio de la correcta tutela de los derechos de aquellos consumidores que no están determinados, la cosa juzgada no se

produce frente a los no personados, salvo que se ejerciten las correspondientes acciones individuales⁵⁹.

En viendo los numerosos argumentos que utiliza el Supremo para motivar el fallo de esta sentencia, junto con la doctrina consolidada y la jurisprudencia más reciente, tanto nacional como europea, entiende que no se produce en este caso el efecto particular de la cosa juzgada de la STS 241/2013, de 9 de mayo.

No obstante, el recurrente ya era conocedor de este asunto y entre sus cálculos se encontraba el argumentario que se ha expuesto y que, en consecuencia, tumba el planteamiento del recurso. Por ello, subsidiariamente solicitó dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, una en materia del alcance del efecto de la restitución cuando se declara una cláusula como abusiva y otra sobre la buena fe del predisponente a la hora de apreciar la falta de transparencia en el clausulado. A raíz de esto, el TS entiende que estas cuestiones ya se han resuelto en la STJUE, de 21 diciembre de 2016. No obstante, sí que realiza un cambio jurisprudencial en el que se adapta el TS a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de cantidades cobradas por la aplicación de la cláusula suelo.

Este Sala ahora modifica su jurisprudencia sobre el carácter retroactivo a la hora de declarar nula una cláusula suelo, puesto que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 considera que⁶⁰:

- Por un lado, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a lo establecido en la STS de 9 de mayo de 2013 en materia de límites temporales de los efectos jurídicos que se derivan de una declaración de nulidad de una cláusula suelo y, por ello, se entiende que existe una privación hacia el consumidor de ejercer la acción de restitución de las cantidades abonadas indebidamente en los casos que haya celebrado un contrato de préstamo con cláusula suelo antes del 9 de mayo de 2013.
- La jurisprudencia nacional emanada de la STS de 9 de mayo de 2013, en contra del art. 7.1 de la Directiva Europea antes mencionada, solo garantiza la protección de los consumidores que posean una hipoteca con cláusula suelo antes de la citada fecha de pronunciamiento, por lo que es una protección “incompleta e

⁵⁹ STS, nº 123/2017. FD 3º, 4

⁶⁰ STS, nº 123/2017. FD 5º, 3

insuficiente”, sin permitir ejercer las acciones pertinentes para que cese el uso de dicha cláusula nula.

El juzgador entiende que el recurso debe ser desestimado, como ya hemos indicado, pues bien es cierto que el recurso planteado era concordante con la jurisprudencia de esta Sala en el momento de su interposición, pero al acomodarse el TS a la reciente STJUE de 21 de diciembre de 2016, pierde su esencia dejándolo carente de fundamento. En suma, el único motivo que da lugar al recurso de casación también se desestima por ser un planteamiento que no se presentó oportuno momento procesal, por lo que resulta extemporáneo.

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

Se han producido numerosos avances legislativos en España en materia de protección al consumidor, ejecuciones hipotecarias y préstamos con garantía hipotecaria gracias a la jurisprudencia y nuevos pronunciamientos en materia de cláusulas suelo, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de 2013 hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Especialmente, este Real Decreto-Ley (RDL) quiere ser el encargado de establecer un cauce que facilite acuerdos entre los consumidores y las entidades bancarias con las que estos tengan suscritos algún préstamo.

Antes de proseguir conviene hacer una advertencia, aunque, posiblemente, el lector ya se haya percatado: este RDL es de fecha 20 de enero de 2017 y la STS analizada anteriormente es de fecha posterior, en concreto, 24 de febrero de 2017, por lo que diversos aspectos de su parte expositiva, incluso del articulado, pueden quedar desvirtuados al existir un pronunciamiento posterior que, obviamente, el texto legislativo no contempla. El motivo de exponerlo ahora y no antes del anterior punto 3.2. no es más que una simple cuestión de orden que este humilde autor ha querido establecer, analizando, en primer lugar, la parte jurisprudencial y, en un segundo plano, como ahora vemos, manifestar el reflejo legislativo que, como ya he comentado, no es otro que la consecuencia inmediata de las anteriores resoluciones nacionales y europeas.

El RDL, en su preámbulo III, ya advierte de que la resolución del TJUE supondrá un aumento en las demandas de consumidores, siendo este cuerpo normativo –al menos esa es la pretensión del legislador– un “cauce sencillo y ordenado” que pueda facilitar un acuerdo entre las partes implicadas, para así llegar a la restitución de las cantidades pagadas de más por la aplicación de la polémica cláusula.

De esta manera, se permite una “intervención y regulación mínima” para obtener una pronta respuesta a las reclamaciones. El mecanismo que entra en juego es el carácter voluntario, por parte del consumidor, para acceder a un procedimiento extrajudicial de manera previa a la interposición de la demanda, siendo los criterios de la STJUE 241/2013 los determinantes para establecer si la cláusula suelo objeto del litigio se encuentra determinada en este Real Decreto-Ley.

El art. 1 de este RDL recoge el objeto de aplicación del mismo, siendo el establecimiento “de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas

cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria”. Es decir, recoge el alma de este texto legal como ya se ha expresado en su exposición de motivos.

Este RDL impone que las entidades bancarias deberán disponer un sistema de reclamación previo a la vía judicial⁶¹ al que el consumidor podrá adherirse, es decir, el particular podrá establecer una reclamación previa extrajudicial y la entidad deberá garantizar que sea conocido por todos. No obstante, y esto es una opinión personal nacida de la experiencia, los bancos suelen hacer caso omiso a dichas reclamaciones, contestando a las pretensiones del consumidor en un sentido negativo, excusando su responsabilidad en la propia jurisprudencia, pero entendiendo que la cláusula suelo objeto de la reclamación no se encuentra dentro de los criterios de la STJUE, de 21 de diciembre de 2016. Por lo que “invitan” al consumidor a acudir a la vía judicial si quiere defender sus legítimos derechos.

Por todo ello, si se rechaza la solicitud, transcurren tres meses sin comunicación por parte de la entidad, o el particular está disconforme con el cálculo efectuado, se pone fin a la vía extrajudicial⁶².

Mención especial requiere la Disposición Adicional Segunda, que permite obtener la restitución de las cantidades a través de otra medida compensatoria acordada por las partes, en vez de recibir el efectivo.

Para concluir el análisis de este Real Decreto-Ley, el legislador, entiende que el procedimiento extrajudicial debe tener un carácter gratuito y se contempla una reducción de aranceles notariales y registrales de la hipotética y posterior actuación a realizar fruto del acuerdo emanado de dicho procedimiento⁶³.

⁶¹ Art. 3.1 RDL 1/2017, de 20 de enero

⁶² Art. 3.4 RDL 1/2017, de 20 de enero

⁶³ Disposición Adicional Tercera. RDL 1/2017, de 20 de enero

4. LEY DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Se hacía esperar. Los meses con un Gobierno en funciones, repetición de elecciones y una gran inestabilidad política y económica no permitían sacar adelante leyes que llevaban sobre la mesa largo tiempo. Al fin, el 16 de junio de 2019 entró en vigor la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, con el objetivo de encerrar una serie de normas protectoras para con los particulares que mantengan relaciones con los préstamos garantizados mediante hipoteca, principalmente. Por ello, aglutina diversas normas de transparencia y conducta que deben de imperar a la hora de redactar dichos contratos⁶⁴.

Esta ley es fruto de la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre contratos celebrados con consumidores en materia de bienes inmuebles de uso residencial. No obstante, antes de su entrada en vigor, el procedimiento comenzó el 3 de noviembre de 2017, donde el Consejo de Ministros de España aprobó su Proyecto de Ley⁶⁵.

Incorpora novedades⁶⁶, pues todos los préstamos que se firmen en un momento posterior al 16 de junio se registrarán por esta nueva Ley, otorgando una mayor seguridad, control y transparencia, pues, como ya hemos mencionado, se trata de proteger al máximo al consumidor garantizando el reparto de riesgos, el equilibrio de derechos y obligaciones y todo ello a través de la transparencia de las entidades bancarias y los notarios. En suma, para la concesión de los préstamos hipotecario, esta ley dispone de unos requisitos y exámenes más estrictos para garantizar su cumplimiento y evitar futuros desahucios y embargo, por lo que se deberá consultar con la Central de Información de Riesgos del Banco de España. Es decir, se fijan unos controles de seguridad mucho más estrictos.

Los bancos juegan un nuevo papel y deberán evaluar la solvencia de los prestatarios. Tras esta valoración, se remitirá el contrato al consumidor para que en un plazo de diez días evalúe y analice toda la información contenida antes de su firma. Los notarios no se quedan atrás y también están llamados a desempeñar un papel mayor, pues deberán asesorar de manera imparcial, independiente y gratuita al consumidor, controlar la transparencia del contrato, sus cláusulas y sus posibles riesgos. Esto se realizará a través de un test que el notario realizará al consumidor.

⁶⁴ Art. 1. Ley 5/2019, de 15 de marzo

⁶⁵ SÁNCHEZ LERÍA, REYES (Coord.) y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (Coord.); “Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales”, Madrid, 2018, Reus Editorial, págs.19 y 20.

⁶⁶ARRABE ASESORES (2019): “10 novedades que trae consigo la nueva Ley de Crédito Inmobiliario” en: <http://www.arrabeasesores.es/noticias/detalle/10-novedades-ley-credito-inmobiliario> (Consultado: 12/09/2019).

Ahora, y no como sucedía en el pasado, el banco no puede obligar a realizar contratos con productos vinculados con el mismo, como planes de pensiones, seguros u otros similares. Por lo que se elimina esta obligación de contratar productos vinculados. Además se fija un límite a las comisiones por amortización anticipada e interés de demora, por lo que solo se podrán cobrar cuando la amortización suponga una pérdida financiera para el banco.

Para los casos de impago, si este se produce durante la primera mitad de vida del préstamo, sí que se permitirá el vencimiento anticipado, si el impago supone un 3% del total o se acumulan doce meses de impago. En cambio, si se produce en la segunda mitad, se tendrá en cuenta un valor del 7% o quince mensualidad de impago.

Para concluir estas novedades, una gran polémica se había desatado en torno a los gastos hipotecarios y quién era el encargado de su abono. Esta nueva Ley entiende que los deberá abonar el banco, en concreto los de notaría, registro, gestión y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

4.1. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS SUELO

La Ley de Crédito Inmobiliario recoge una serie de normas de transparencia a la hora de comercializar préstamos inmobiliarios⁶⁷, entendiéndose que la entidad bancaria prestamista debe entregar al prestatario una serie de documentos con una antelación mínima de diez días a la firma de dicho acto. Entre estos documentos informativos destaca la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). Es en esta última donde se advierte de la existencia de cláusulas esenciales contenidas en el contrato, así como los índices de referencia oficiales para establecer el tipo de interés que se ha de aplicar, o, en referencia al asunto que estamos tratando, “la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices⁶⁸”.

Es más, el legislador dispone que si es un préstamo a tipo de interés variable, se ha de entregar un documento independiente donde se haga mención a las cuotas periódicas que se deben de satisfacer por el prestatario “en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés⁶⁹”.

⁶⁷ Art.14 Ley 5/2019, de 15 de marzo

⁶⁸ Art 14.1.b Ley 5/2019, de 15 de marzo

⁶⁹ Art. 14.1.c Ley 5/2019, de 15 de marzo

En suma con estas normas de transparencia, la Ley establece un artículo sobre la “comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material⁷⁰”, donde cobra una especial relevancia el papel del Notario, pues independientemente de las explicaciones que debe prestar el prestamista, el particular tiene la facultad de escoger un Notario para obtener “presencialmente” asesoramiento y extenderle el correspondiente acta notarial.

Sabemos que estas limitaciones del tipo de interés que impedían al consumidor beneficiarse de las bajadas del Euríbor no estaban prohibidas por ley. No obstante, se estaba formando un caldo de cultivo propicio para su eliminación total de los contratos de préstamo con hipoteca. Ya las resoluciones del TS y del TJUE apuntaban a ello, y el RDL de 2017 abrió la vía para la restitución de las cantidades abonadas indebidamente. Solo faltaba que el legislador se pronunciara directamente sobre las cláusulas suelo en relación con su incorporación a los contratos.

La nueva Ley Hipotecaria las elimina. Se acabaron las cláusulas suelo. Esta Ley cierra la puerta a este tipo de disposiciones abusivas, pues ya no podrán aparecer en los contratos de préstamo.

Su art. 21.3 sobre variaciones en el tipo de interés es claro, rotundo y no da lugar a interpretaciones: “En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés”. No obstante, matiza en su art. 21.4 que “el interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo”. Es decir, mantiene una clara prohibición a establecer límites a la baja del tipo de interés en aquellas hipotecas a interés variable, por lo que si este baja, la cuota también lo hará. Pero si el Euríbor marcará tipo negativos, el tipo variable de la hipoteca se entenderá de 0%.

No obstante, esta ley, y en concreto este artículo sobre las variaciones del tipo de interés, es el resultado de una evolución legislativa que comenzó en noviembre de 2017 con el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁷¹.

El citado Proyecto de Ley incluía un art. 19 sobre variaciones en el tipo de interés con el siguiente contenido: “El tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito”. Supone una breve mención a los tipos de interés y las variaciones

⁷⁰ Art. 15 Ley 5/2019, de 15 de marzo

⁷¹ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-1, de 17 de noviembre de 2017.

que estos pueden sufrir, sin hacer mención alguna a los límites a la baja ni ninguna otra característica particular. Es decir, en un momento originario, no era intención de esta Ley prohibir las cláusulas suelo, si bien agudizar sus controles de transparencia y seguridad.

El 9 de marzo de 2018, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea, presentó una enmienda (enmienda número 1) a la totalidad con un texto alternativo⁷². En concreto, por lo que se refiere al artículo sobre las variaciones del interés, dispone el art.19: “1. El tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito.

De existir acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

2. En caso de que el contrato de préstamo tenga un tipo de interés variable, los prestamistas podrán utilizar como índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes.

b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas.

c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

Esta enmienda mantiene en su punto 1 la redacción originaria, pero añade que si hay acuerdo entre las partes, la variación se debe ajustar sin atentar contra el art. 85.3⁷³ del TRLGDCU.

⁷² BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Seria A: PROYECTOS DE LEY- 23 DE MARZO DE 2018; pág. 1

⁷³ “Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

Es más, ahora se incluyen unas características particulares en relación con el cálculo del tipo aplicable en los contratos con interés variable. La enmienda habla de claridad, accesibilidad, objetividad y verificación para con las partes, en particular, para con el consumidor. Responde así a ese deber de transparencia y seguridad del que se viene alertando en la repetida jurisprudencia.

Por otro lado, el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una enmienda de adición (enm. n° 196)⁷⁴ proponiendo el siguiente contenido en materia de límites a la variación a la baja del tipo de interés (art. 23.ter): “1. Cuando el prestatario sea consumidor, se considerará nula la cláusula que fije un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado y tengan al menos una de las siguientes características:

1.ª Que se haya fijado un límite a la bajada del tipo de interés, pero no a su subida.

2.ª Que el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50 % del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación que figure en el contrato, con la única excepción de los límites que se establezcan en el 1 %, supuesto en que dicha limitación porcentual del 50 % no se aplica.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes”.

⁷⁴ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Seria: PROYECTOS DE LEY- 23 DE MARZO DE 2018; pág. 291

2. En el caso de que el consumidor haya pagado cantidades por aplicación de una cláusula que contravenga estas reglas, el prestamista estará obligado a reembolsar lo indebidamente pagado, más el interés legal. Adicionalmente, en concepto de indemnización, el prestamista quedará obligado al pago de una cantidad igual a lo indebidamente pagado, sin perjuicio de las demás consecuencias que se prevean en la legislación sobre condiciones generales de la contratación y en la normativa de protección de los consumidores y usuarios.

3. Las reglas contenidas en este artículo se prevén sin perjuicio de las obligaciones que pesan sobre el prestamista, en relación al cumplimiento del principio de transparencia, tanto en su vertiente formal como material”.

Se introduce un elemento de gran relevancia: la nulidad. La enmienda propone que si existe límite a la variación a la baja del tipo impositivo la cláusula será nula. Es decir, si contiene cláusula suelo se considerará nula. Bien es cierto que su punto 1.1º entiende que si existe cláusula techo, a la vez que también existe de tipo suelo, no se tendrán por nulas ninguna. No obstante, independientemente de lo expuesto, si el límite que se establece a la baja es superior a la mitad del Euríbor, se considerará nula.

La ponencia encarga de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario emitió Informe en diciembre de 2018, donde se aprobaba por mayoría una nueva redacción del art. 19, sobre variaciones en el tipo de interés, en base a las enmienda número 1 y número 196 mencionadas anteriormente⁷⁵, quedando redactado de la siguiente forma⁷⁶: “1. El tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito.

De existir acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁷⁵ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Seria A: PROYECTOS DE LEY - 11 DE DICIEMBRE DE 2018; págs. 1 y 3.

⁷⁶ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Seria A: PROYECTOS DE LEY- 11 DE DICIEMBRE DE 2018; pág. 30.

2. En caso de que el contrato de préstamo tenga un tipo de interés variable, los prestamistas podrán utilizar como índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes.

b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas.

c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

3 (nuevo). En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.

4 (nuevo). El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo”.

Este artículo coincide plenamente con el art. 21 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, donde son de especial importancia su punto 3 y 4, pues prohíbe explícitamente la cláusulas suelo al considera que no se podrán fijar. No obstante, en el art. 21.4 el legislador concede una pequeña ventaja al sector bancario al entender que si el tipo impositivo es negativo, en ese momento el préstamo mantendrá un tipo del 0%.

5. CONCLUSIONES

Una vez analizado el origen de las cláusulas suelo, su evolución a través de la jurisprudencia y los textos legales, su tratamiento, las posiciones de las entidades bancarias y los consumidores, ambos parte de este polémico litigio, cabe preguntarnos: ¿por qué? ¿por qué una cláusula que se incluía sistemáticamente en los contratos de préstamo ha causado tantos quebraderos de cabeza a particulares, profesionales y miembros del sistema judicial?

Podemos extraer las siguientes conclusiones:

I.- Tras un largo procedimiento donde la primacía del sector bancario se imponía a los consumidores, se ha hecho Justicia y los particulares podrán recuperar todo lo abonado indebidamente en virtud de la aplicación de estas cláusulas suelo.

II.- Si extraemos las conclusiones en base a su cronología, el Tribunal Supremo declaró en 2013 su nulidad al no ser transparentes, por falta de claridad en su información, pues se trata de un elemento esencial del objeto principal del contrato. No son comprensibles. El TS es rotundo. Y por lo que respecta al consumidor, no ha sido informado con la oportuna claridad, pasando inadvertido dicho clausulado. No obstante, a pesar de tal pronunciamiento, esta nulidad no afectaba ni a los contratos ni a las cantidades ya pagadas antes del 9 de mayo de 2013, fecha del pronunciamiento. Tres años más tarde, en 2016, en concreto el 21 de diciembre, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre la retroactividad de los efectos restitutorios de las cláusulas suelo. Entendía que el pronunciamiento nacional no garantizaba una protección completa y suficiente hacia los consumidores y, por tanto, no suponía un medio eficaz para el cese de las cláusulas suelo. Ahora el TJUE habla de retroactividad, más allá de ese 9 de mayo de 2013, pues el hecho de declarar nula una cláusula conlleva entender el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraba el consumidor si no hubiera existido tal cláusula. Soy de esta misma opinión, pues la jurisprudencia nacional se quedó a medio camino de imponer una protección total hacia el consumidor y Europa fue la encargada de poner un punto y final sobre la retroactividad. En 2017 el TS vuelve a pronunciarse, pero esta vez ya incluyendo esa retroactividad emanada de Europa y corrigiendo su sentencia de 2013. Un litigio de casi cinco años de pronunciamientos rotundos y contundentes que son ya Historia viva de nuestra Jurisprudencia y Tribunales.

III.- A raíz de estos hechos, en muchas provincias se han creado Tribunales *ad hoc* para procedimientos de cláusulas suelo que ya han nacido obsoletos. A fecha de hoy, hay

cerca de 4.000 procedimientos⁷⁷ colapsando el Juzgado nº 4 bis de Valladolid, encargado de estos procedimientos. Siguiendo con este de Valladolid, entre enero y marzo del presente año se han llegado a dictar casi 1.000 sentencias, de una media de cerca de 275 demandas que ingresan al mes. Entre el colectivo jurídico hay malestar y hablan de “colapso”. Los expedientes se amontonan, los profesionales de refuerzo no cubren todas las expectativas y los particulares ansían una pronta respuesta. Queja generalizada con toque agrídulce, pues saben que tarde o temprano les llegará una resolución favorable en más del 90% de los casos.

¿La solución pasa por crear nuevos Tribunales *ad hoc*? Podría ser, pero ¿con qué presupuesto se van a mantener? ¿Quién va a ser el encargado de dotarlos para un correcto funcionamiento? ¿Más jueces de refuerzo?

IV.- Está claro que las cláusulas suelo han supuesto un hito en la vida de muchos despachos de abogados y numerosas familias. Es más, mal que les pese a algunos, estos asuntos van a seguir retumbando en los despachos, juzgados y casas particulares algunos años más, pues este Juzgado especializado tiene cola de espera y los asuntos que ingresan hoy no se verán hasta dentro de un año, como mínimo. No es un mensaje esperanzador. No. Pero a todos les llegará su turno con un elevadísimo porcentaje de que los particulares reciban esas cantidades abonadas de más.

V.- No obstante, a pesar de todo ello, muchos nos preguntamos sobre el porqué de la prohibición de las cláusulas suelo en la nueva Ley de Crédito Inmobiliario, pues si se tienen en cuenta las diversas normas de transparencia material y el control establecido, parece incomprensible que la norma envíe un mandato tan claro como es su prohibición. Es decir, del mismo modo que un particular puede pactar con su entidad bancaria una hipoteca a tipo fijo del 3%, 4%, 6% o lo que estimen oportuno, ¿por qué no pueden pactar un límite a las variaciones del tipo? ¿por qué no se puede implantar una cláusula suelo? Entiendo que, tal y como se encontraban hasta ahora, no cumplían con el deber de transparencia que se exige. No obstante, con las indicaciones pertinentes de la nueva Ley, la información puesta a disposición del particular por parte del banco de una manera clara, concreta, legible y transparente, los deberes de información y asesoramiento del Notario y,

⁷⁷ DIARIO DE VALLADOLID (2019): “Más de 4.500 procedimientos de cláusulas suelo siguen colapsando el Juzgado” en: http://www.diariodevalladolid.es/noticias/valladolid/mas-4-500-procedimientos-clausulas-suelgo-siguen-colapsando-juzgado_151232.html (Consultado 01/10/2019).

en definitiva, todo ese acervo de normas y actuaciones en pro de la transparencia material, se antoja difícil de asimilar el motivo de su prohibición.

6. BIBLIOGRAFÍA

- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, FRANCIASCO; “La nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (2º edición)”;
- MORENO GARCÍA, LUCÍA; “Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal”;
- SÁNCHEZ LERÍA, REYES (Coord.) y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (Coord.); “Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales”;

RECURSOS DE INTERNET

- ARRABE ASESORES (2019): “10 novedades que trae consigo la nueva Ley de Crédito Inmobiliario” en: <http://www.arrabeasesores.es/noticias/detalle/10-novedades-ley-credito-inmobiliario> (Consultado: 12/09/2019).
- BBVA: Diferencial de una hipoteca. Disponible en: <https://www.bbva.es/general/finanzas-vistazo/hipotecas/diferencial/index.jsp> (Consultado: 14/07/2019).
- BBVA: Crédito hipotecario: definición y tipos. Disponible en: <https://www.bbva.es/general/finanzas-vistazo/hipotecas/credito-hipotecario/index.jsp> (Consultado: 12/07/2019).
- CONCEPTOSJURÍDICOS.COM: Cláusula techo. Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/clausula-techo/> (Consultado: 14/07/2019).
- DIARIO DE VALLADOLID (2019): “Más de 4.500 procedimientos de cláusulas suelo siguen colapsando el Juzgado” en: http://www.diariodevalladolid.es/noticias/valladolid/mas-4-500-procedimientos-clausulas-suelgo-siguen-colapsando-juzgado_151232.html (Consultado 01/10/2019).
- EL PAÍS (2016): ¿Qué es una cláusula suelo? Y si tu hipoteca la tiene ¿Qué debes hacer? Disponible en: https://elpais.com/economia/2016/04/08/actualidad/1460131015_723548.html (Consultado: 12/07/2019).

- FINANZAS PARA TODOS: El préstamo hipotecario. Disponible en: <https://www.finanzasparatodos.es/es/productosyservicios/productosbancariosfinanciacion/prestamoshipotecarios.html> (Consultado: 14/07/2019).
- GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER: Acción de nulidad. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE0MTtbLUouLM_DzbsMz01LySVABuJiNFIAAA AA==WKE (Consultado: 15/07/2019).
- IBERLEY (2016): Regulación de la nulidad y anulabilidad como modalidades de extinción de los contratos. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/nulidad-anulabilidad-contratos-codigo-civil-60003> (Consultado: 15/07/2019).
- LA OPINIÓN A CORUÑA (2017): Cláusulas suelo | Hacienda saca tajada de los hipotecados que recuperan el dinero. Disponible en: <https://www.laopinioncoruna.es/economia/2017/01/12/hacienda-saca-tajada-hipotecados-recuperan/1142297.html> (Consultado: 14/07/2019).
- LEGÁLITAS (2014): ¿Qué es una cláusula suelo? Disponible en: <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/consultasfrecuentes/contenidos/Que-es-una-clausula-suelo> (Consultado: 12/07/2019).
- MUNDO JURÍDICO (2017): Plazo para reclamar la nulidad de la cláusula suelo. Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/plazo-para-reclamar-la-nulidad-de-la-clausula-suelo/> (Consultado: 15/07/2019).

JURISPRUDENCIA y BOLETINES OFICIALES

- STS, de 18 de octubre de 2005.
- STJUE, 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones.
- STJUE, 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb.
- STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013.
- STJUE, de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito.
- STJUE, de 30 de abril de 2014, Kálser y Kásleme Rábai.
- SAP Granada (Sección 3ª), de 13 de julio de 2015.

- STJUE, 21 diciembre 2016, ECLI:EU:C:2016:980.
- STS, nº 123/2017, de 24 de febrero de 2017.
- SAP Alicante (Sección 8ª), de 10 de marzo de 2017.
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES; SENADO, nº 457, de 7 de mayo de 2010.
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XII Legislatura, serie A, nº 12-1, de 17 de noviembre de 2017.
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS XII Legislatura, serie A: PROYECTOS DE LEY 23 de marzo de 2018.
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XII Legislatura, serie A: PROYECTOS DE LEY, 11 de diciembre de 2018.