

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID



FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

Trabajo de Fin de Grado en

Derecho Civil

**LAS CLÁUSULAS SUELO DE LOS PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS**

Tutelado por:

Excmo. Sr. Prof.

VICENTE GUILARTE

GUTIÉRREZ

Presentado por:

LUIS MAROTO

GARCÍA

Año Académico 2020/2021

Resumen:

El presente estudio versa sobre las famosas “cláusulas suelo”, aquellas cláusulas que fueron insertadas por los bancos y entidades de crédito en los contratos de préstamo hipotecario como “límites a la variabilidad del tipo de interés”. Ejercicio, que culminó en un conflicto jurídico entre los consumidores, concedores a posteriori de la abusividad de las mencionadas cláusulas, y las entidades financieras, responsables de incluir las mismas en sus contratos de préstamo hipotecario.

Se realizará un análisis jurisprudencial y doctrinal donde se tocarán las diferentes resoluciones judiciales y donde veremos cómo problema fundamental la ilicitud de las citadas cláusulas suelo cuando las mismas no superen ciertos requisitos de transparencia e incorporación. Veremos también las consecuencias de la declaración de nulidad de tales cláusulas suelo, así como los efectos retroactivos de la misma, que tanta controversia han generado. Culminando en último término con el tema de las transacciones, comúnmente conocidas como “pactos novatorios” y que actualmente se encuentran en cuestión.

Palabras clave:

- Cláusulas suelo. Consumidor. Abusividad. Transparencia. Nulidad. Efectos retroactivos. Transacciones.

Summary:

This study will deal with the famous “floor clauses”, those clauses that were inserted by banks and credit institutions in mortgage loan contracts as “limits to the variability of the interest rate”. Exercise, which culminated in a legal conflict between consumers, who were subsequently aware of the abusiveness of the aforementioned clauses, and financial institutions, responsible for including them in their mortgage loan contracts.

A jurisprudential and doctrinal analysis will be carried out where the different judicial decisions will be touched and where we will see as a fundamental problem the illegality of the aforementioned ground clauses when they do not exceed certain transparency and incorporation requirements. We will also see the consequences of the declaration of nullity of such ground clauses, as well as the retroactive effects of the same, which have generated so much controversy. Ultimately culminating in the issue of transactions, commonly known as "novation covenants" and which are currently in question.

Key words:

- Floor clauses. Consumer. Abusive. Transparency. Nullity. Retroactive effects. Transactions.

Índice

Introducción.....	9
1. LAS CLÁUSULAS SUELO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.	13
1.1. Qué son estas cláusulas.	13
1.1.1. <i>Contrato de préstamo hipotecario y cláusula suelo</i>	14
1.1.2. <i>Su encaje en los préstamos hipotecarios</i>	14
1.2. Sobre las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario.	16
1.2.1. <i>Cláusula que define el objeto principal del contrato</i>	17
1.1.1. Sobre la condición de abusiva de la cláusula suelo.....	19
2. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y USUARIO Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	25
2.1. La trascendencia de la cláusula suelo en el desarrollo y pago del préstamo hipotecario, ubicación en el mismo.	25
2.2. El concepto de consumidor y usuario.....	26
2.3. Sobre las condiciones generales de la contratación.....	27
3. LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA	33
3.1. El control de incorporación y el control de transparencia, concepto y requisitos.	33
3.1.1. <i>El control de transparencia a partir de lo dispuesto en los artículos 3.1, 4.2 y 5 de la Directiva 13/1993/CEE</i>	37
4. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS, SUS CONSECUENCIAS, Y LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DEL TS Y TJUE MÁS RELEVANTES	41
4.1. La nulidad de las cláusulas abusivas.	41
4.2. Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, los efectos retroactivos de dicha declaración de nulidad.....	42
4.3. Postura de la Jurisprudencia del TS en relación con las cláusulas Suelo.	46
4.4. Postura del TJUE.....	49
5. LAS TRANSACCIONES Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR	51

5.1. Sobre los pactos novatorios en relación con las cláusulas suelo, postura actual del Tribunal Supremo, sobre la validez de dichos pactos y la renuncia de acciones.	51
5.2. Defensa jurídica del afectado por la cláusula suelo.	59
Jurisdicción y competencia.	59
6. CONCLUSIONES.	61
7. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.	67
7.1. Fuentes doctrinales	67
7.2. Fuentes normativas.	68
7.3. Fuentes jurisprudenciales.	70

Introducción.

Como es conocido, muchas entidades bancarias (Cajasur Banco, BBVA, Banco Popular Español, entre otras), concedieron a muchísimos clientes créditos hipotecarios en los que incluían una “*cláusula suelo*”, por la que, en ningún caso, los intereses podían bajar (bajaran o no en el mercado) de un límite porcentual que fijaba dicha cláusula, el 3’5%, 3’75%, el 4%, según los casos.

Pues bien, dado que, a lo largo de sucesivos años los índices de referencia para créditos hipotecarios de tipo variable, iban bajando hasta llegar a situaciones cercanas a un Euribor¹ 0’5%, o incluso por debajo, muchos subscriptores de créditos hipotecarios que estaban sometidos a esas cláusulas suelo, vieron claramente que estaban siendo objeto de **cláusulas abusivas**.

Por ello, muchos ciudadanos emprendieron acciones judiciales contra los bancos con quienes habían contratado sus hipotecas bajo la condición de cláusulas suelo amparándose en la legislación vigente. Dado que, en los diferentes marcos legales, tanto los establecidos por el derecho español como los marcados por el derecho de la unión se recogían en distintos artículos, por ejemplo, en el artículo 5, apartado 5, de la Ley 7/1998, de 7 de abril, sobre condiciones generales de la contratación² (en adelante LCGC), se indica que “*la redacción de las cláusulas deberá ajustarse a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*”, y el artículo 7 indica: a) que ha de haber sido conocido con toda claridad y de manera real todo cuanto se haya firmado, b) que no pueden ser aceptados o válidos aquellos contratos donde haya cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

De otra parte, en la legislación europea, en el artículo 3, apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE³, se establece que las cláusulas que no se hayan negociado bajo las exigencias de la buena fe y causen perjuicio en detrimento del consumidor habrá que ver hasta qué grado se equilibran los derechos y las obligaciones y se considerará “que una cláusula no se ha negociado individualmente bien cuando haya sido redactada previamente y el consumidor

¹ “El Euribor (Eur Interbank Offered Rate) es la “referencia interbancaria a un año”, un tipo publicado por la Federación Bancaria Europea. Es una media de los tipos ofertados por una muestra de bancos europeos para las operaciones entre entidades de depósitos en euros a plazo de un año. Es la referencia más utilizada”. (Finanzas para todos, 2010)

² (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, 1998)

³ (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 1993)

no haya podido influir en su contenido”. En todo caso, explicita en el artículo 5 de la misma Directiva, que esas cláusulas deberán ser redactadas siempre de forma clara y comprensible.

Pues bien, tras la demanda realizada por una asociación de consumidores contra las citadas cláusula suelo, el Tribunal Supremo sentó jurisprudencia en la Sentencia N° 241/2013, de 9 de mayo de 2013⁴, en la misma, el Tribunal, tras constatar el carácter abusivo de las cláusulas, que establecía un umbral mínimo por debajo del cual no podía situarse el tipo de interés variable (“cláusulas suelo”), declaró la nulidad de tales cláusulas, porque aunque aceptaba que podrían recogerse en los contratos los términos de manera clara, de manera formal, el tribunal entendía, sin embargo, que, materialmente no era verdadero concededor de las consecuencias económicas que se derivaban para el cliente. Pero aunque falló en la dirección señalada, estableció un límite a partir del cual no se podían reclamar los derechos de los consumidores hacia atrás, basándose en el principio de seguridad jurídica, limitó la eficacia temporal de la sentencia y dispuso que ésta solo surtiría efectos a partir de su publicación declarando que la nulidad de las cláusulas suelo no afectaría a las situaciones definitivamente **decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada**, ni a los **pagos ya efectuados antes del 9 de mayo de 2013**. De manera que, tan solo deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a aquella fecha.

Sin embargo, diferentes personas, consumidores, siguieron poniendo demandas a los bancos (Cajasur Banco, BBVA, Banco Popular Español), en base a que no consideraban ajustado a derecho lo establecido por el Tribunal Supremo en la Sentencia citada con anterioridad (Sentencia N° 139/2015, 25 de marzo⁵), en la que el TS confirma la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo (fijados como límite retroactivo el día 9 de mayo de 2013).

Los tribunales ordinarios que recibieron la demanda elevaron las causas a Tribunal Superior correspondiente, y estos, a su vez, presentaron cuestiones prejudiciales para que fueran respondidas a tenor del derecho nacional e internacional. Los bancos entendían en su defensa que el Tribunal Supremo ya había dictado sentencia y que, tanto lo juzgado como los marcos de retribución retroactiva o de restitución, no podían ir más allá de la fecha de 9 de mayo de

⁴ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sección 991. Núm. 241/2013, de 9 de mayo, 2013)

⁵ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Núm. 139/2015, de 25 de marzo, 2015)

2013. Es decir, un reclamante no podía demandar que se les reintegraran cantidades correspondientes a años anteriores a la fecha.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en fecha 21 de diciembre de 2016⁶, dictará sentencia definitiva atendiendo a las demandas de los asuntos acumulados (C-154/15, C-307/15, C-308/15)⁷, relativas a las cuestiones prejudiciales. Fijando como criterios de su resolución, entre otros, el de la igualdad que debe adoptar, en todos los casos de cláusulas abusivas, la legislación de la Unión Europea por dejar claro, entre otras cosas, que los consumidores no tenían una transparencia material clara de lo que implicaba la información formal que se les dio, tanto en lo que se refiere a las implicaciones jurídicas como económicas del compromiso contractual suscrito, y que, por tanto, en definitiva, no se podía solo garantizar una protección limitada de sus derechos, porque si se consideraba que las cláusulas tenían derecho abusivo, lo tenían desde el primer momento y, en otro aspecto, no podía abalar que el Tribunal Supremo hiciera uso de un criterio como el de la seguridad jurídica y el de las resoluciones judiciales de cosas juzgadas.

En consecuencia, resolvió en atención al artículo 6 del apartado 1 de la Directiva 93/13 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. En síntesis, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara, que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a cantidades pagadas indebidamente en la aplicación de tal cláusula con posterioridad al

⁶ (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre, 2016)

⁷ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015, en los procedimientos entre **Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U.** (asunto C-154/15); **Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA)** (asunto C-307/15); **Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu** (asunto C-308/15).

pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Por tanto, el conflicto entre la jurisprudencia marcada por el Tribunal Supremo español que fijaba que solo se atenderían reclamaciones de carácter abusivo poniendo el límite de la restitución a partir de la fecha 9 de mayo de 2013 o habiendo ya sido juzgada es contraria a la legislación fijada por la Unión Europea y definitivamente sentenciada en contra por parte del Tribunal de Justicia de la Unión.

1. LAS CLÁUSULAS SUELO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

1.1. Qué son estas cláusulas.

Las cláusulas suelo fueron una condición fijada por los bancos y cajas de ahorro que impedía a los hipotecarios beneficiarse de las caídas del Euribor en la cuota que pagaban cada mes. Esta cláusula establecía un tipo de interés mínimo a pagar que oscilaba entre cantidades diversas según los casos (el 2'75%, 3'5%, 3'75%, el 4%, etc.), apareciendo en los contratos de préstamo hipotecario como "límites a la variación del interés aplicable". Las cláusulas suelo al igual que las cláusulas techo, son los límites que los bancos establecen en las hipotecas de interés variable para no depender excesivamente, ni por arriba ni por abajo, de las fluctuaciones del Euribor como una garantía de seguridad financiera.

Las cláusulas suelo en sí mismas no son contrarias a la ley, aunque la justicia ha considerado ilegales algunas de ellas por tener carácter abusivo o porque los bancos no informaron de manera transparente de su existencia, pues las mismas deben respetar la normativa de protección de los consumidores y usuarios y cumplir a su vez con un deber reforzado de transparencia, ya que los contratos de préstamo hipotecario están suscritos entre un profesional como es el banco y un ciudadano que al fin y al cabo es un mero consumidor no conocedor de ciertas prácticas financieras. Por ello, lo que es ilegal no es la cláusula en sí, sino la forma en la que esa cláusula determinada se ha insertado en el contrato, puesto que la misma no ha sido mínimamente negociada, ni ha sido por lo tanto explicada, ni nada que tenga que ver con una transparencia bancaria, y al cliente a quién se aplica (porque no es lo mismo que se aplique a una entidad financiera que a un consumidor de a pie).

Esta fue una práctica muy empleada por los bancos, utilizando para ello varios instrumentos para negociar en las mejores condiciones con clientes que no tenían disponibilidad o acceso al crédito, con lo cual efectivamente los bancos siempre se garantizaban, que en ese mercado variable, que siempre puede ser oscilante, nunca la banca perdiera, -en el fondo era un abuso por cuanto no se estaban respetando las reglas de la oferta y la demanda-, ya que en ningún caso sus intereses bajarían por debajo de una cantidad que se estimaba suficiente como garantía de negocio para el banco.

En la actualidad y tras las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, *STS de 9 de mayo de 2013*; *STS de 25 de marzo de 2015*; *STJUE de 21 de diciembre de 2016*; *ATS de 4 de abril de 2017*; *STS de 12 de diciembre de 2019*;

STJUE de 9 de julio de 2020; STS de 5 de noviembre de 2020; STS de 21 de enero de 2021, estas cláusulas han quedado eliminadas de los préstamos hipotecarios, el banco seguirá poniendo límites al interés variable, pero nunca más una cláusula suelo. Y los que han padecido el abuso de estas condiciones hipotecarias han visto resarcidos sus derechos a través de las sentencias que han sido dictadas por los diferentes tribunales.

1.1.1. Contrato de préstamo hipotecario y cláusula suelo.

El contrato de préstamo hipotecario es aquel contrato que firma la entidad bancaria, como prestamista, con la persona que necesita ese crédito, el prestatario, y por el que el titular del préstamo pone como garantía del mismo, además de la garantía personal, una garantía hipotecaria que es el propio inmueble, y que pasará a la entidad financiera en caso de impago.

Se trata por tanto de un préstamo con garantía real, lo que supone una mayor seguridad para la operación y un menor riesgo para las entidades financieras.

Las cláusulas suelo (que ya definíamos en el primero de los puntos), en otras palabras, son un tipo de clausulado que la entidad financiera incluía dentro de los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable, que impedía que el tipo de interés fijo aplicado a la hipoteca como un tope, bajase de ese determinado porcentaje establecido por los bancos, y por la que las entidades de crédito se aseguraban que aunque el Euribor bajase de dicho tope, el prestatario abonase siempre la misma cantidad en función del interés fijo que había sido estipulado por la entidad.

1.1.2. Su encaje en los préstamos hipotecarios.

Las citadas cláusulas suelo se incluían en los contratos de préstamo hipotecario, concretamente, en la cláusula “*tercera bis*” con la denominación “*límites a la variación del tipo de interés aplicable*” y que, si bien no existía una fórmula o modelo único, el interés fijo casi siempre era del 2’5%, 2’75%, 3%, 3’75%, 4%, etc., según los casos, y, por las que los bancos se aseguraban unos mínimos rentables de interés hipotecario.

Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias a las que luego se harán referencia, las presentes clausulas son consideradas de condiciones generales de la contratación, resultando además que las mismas se refieren a un **elemento principal del contrato, como es el precio.**

Pues bien, siendo un elemento principal del contrato, las mismas a pesar de suponer en la práctica un tipo fijo se encuentran encajadas dentro de las cláusulas referidas al interés variables del contrato y diluidas dentro de innumerables datos entre las que quedan enmascaradas.

Para entender el encaje de estas cláusulas en los préstamos hipotecarios adjunto a modo ilustrativo, un ejemplo de clausula suelo extraída de un contrato de préstamo hipotecario cuya cláusula fue declarada abusiva con posterioridad:

*“**TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE.**- Desde el día de comienzo del **DECIMOTERCER MES** y durante el resto de la vida del préstamo, el tipo de interés nominal anual que devengará el mismo tendrá carácter variable, tanto al alza como a la baja, consistiendo dicha variación en la aplicación automática al comienzo de cada anualidad del **tipo de interés REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO (EURIBOR)**, incrementando, en cada período de revisión, en el margen calculado conforme más adelante se dice.-----”*

(...)

“Se entiende por este tipo de referencia el definido en la Circular 7/99 del Banco de España, de 29 de junio de 1999 (B.O.E. 9-7-99), como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contrato publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación y publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado, tomándose, a los efectos de la revisión, el EURIBOR del último número de dicho Boletín que se haya publicado en el momento de efectuar la revisión. Para establecer el tipo de interés nominal anual de este préstamo, el EURIBOR se tomará sin efectuar ningún ajuste o conversión, es decir, tal cual aparezca publicado.

*El margen a que se ha hecho referencia anteriormente establece en **0,38 enteros** siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos que seguidamente se relacionan. Caso de incumplimiento, el margen se incrementará en la cuantía que, para cada uno de ellos, figura a su lado.”*

(...)

Incluyéndose posteriormente tras todo lo anterior, en dicha cláusula TERCERA BIS, lo que se ha denominado CLAUSULA SUELO, que en el presente caso he tomado de ejemplo, también se incluye un techo:

*“En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al **11,50 POR CIENTO** ni inferior al **2,50 POR CIENTO**. -----”*

Como se puede observar, inicialmente en la cláusula TERCERA BIS, de éste y de otros contratos de préstamo con garantía hipotecaria, se regulan los intereses variables que van a regir para el consumidor durante la vigencia del contrato y que giran en torno a un porcentaje más el Euribor de referencia, revisable anualmente, y tras una serie de innumerables datos, y sin destacarse entre los mismos, se encuentra la cláusula suelo, tal y como se ha observado en el ejemplo de una clausula suelo real aportada, datos éstos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, faltando información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, e insertándose de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

Circunstancias todas ellas que han supuesto en la práctica que dichas clausulas no superen el doble control de Transparencia, tal y como señaló la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, mencionada en el primero de los puntos y a la que se irá haciendo referencia a lo largo del trabajo, que resuelve la cuestión planteada en relación con la abusividad de las denominadas “Clausulas Suelo”.

1.2. Sobre las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario.

Tomando como referencia el manual escrito por Eugenio Ribón Seisdedos *“Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios”* (Seisdedos, 2017) del cual tomo información por ser detallada y comparada.

El interés variable de los préstamos hipotecarios supuso un problema para el prestatario pues dicha variación en el interés genera una **incertidumbre** en el consumidor, que es quien menos conocimientos técnicos posee de la relación contractual y en consecuencia asume un mayor riesgo.

Pues bien, con respecto a tal “incertidumbre” el autor expone: *“A pesar de ello, de conocerse su existencia, podría ser asumida esta incertidumbre en tanto se posee la expectativa del beneficio de las bajadas*

en los tipos aún a pesar del también factible riesgo de subida. Con objeto de delimitar ese riesgo se ha defendido por las entidades financieras el establecimiento tanto límites máximos como mínimos a la variación de los tipos de interés. Si la acotación es a la baja se fija un tipo de interés “suelo” con los que el banco se asegura un beneficio mínimo con independencia de las fluctuaciones de los tipos en los mercados. Por el contrario, en la acotación al alza se establece un “techo” a la subida del tipo pactado que establecerá las cantidades a pagar por el cliente en caso de que el mercado haya sobrepasado esa barrera de interés fijada. La filosofía de este sistema, contemplada en abstracto, puede ofrecer atractivos para ambas partes” (Seisdedos, 2017, pág. 51).

Y efectivamente continúa diciendo: “El problema surge cuando existe un desequilibrio entre el “techo” y el “suelo” fijado por la entidad financiera, que recordemos es quien se halla en mejor predisposición para su ponderación por su privilegiada posición de actora principal en los mercados. La bajada de los tipos de interés en los últimos años ha puesto de manifiesto la desigualdad de las partes contratantes en evidente perjuicio para el consumidor. Si los suelos son altos y los techos también altos, la entidad financiera, se alza en una posición aventajada pues asume un mínimo o insignificante riesgo profesional, mientras que el usuario se ve perjudicado porque la bajada de los tipos está limitada para él por la cláusula suelo. Y en cambio, la subida se encuentra poco limitada con el consiguiente desequilibrio de los contratantes. La horquilla entre la cláusula suelo y la cláusula techo ofrecerá la clave para la valoración de la condición general desde la perspectiva del desequilibrio” (Seisdedos, 2017, pág. 52).

Tras lo expuesto, la ventaja con la que trabajan las entidades financieras es no solo manifiesta sino casi un abuso, puesto que nunca contraen riesgo alguno más allá del posible crédito fallido en cuyo caso cuentan con el aval del inmueble. Mientras por su parte el cliente está en una manifiesta desventaja cuando no indefensión, pues no tiene capacidad alguna de negociar ni mejoras en el futuro, ni puede escapar de los límites establecidos por la entidad bancaria.

1.2.1. Cláusula que define el objeto principal del contrato.

Don Jesús Alfaro Águila-Real en su comentario⁸ “Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato” de 21 de marzo de 2017, recuerda de manera prolija todos los detalles concernientes a los principios generales de la contratación y entre otras cosas recoge las siguientes indicaciones, y cito textualmente:

“Es un error con consecuencias muy graves extender la aplicación de las normas que regulan las cláusulas abusivas (esto es, las cláusulas predisuestas que se apartan o completan el régimen legal supletorio de un

⁸ (Águila-Real, Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato, 2017)

contrato distribuyendo derechos, obligaciones y riesgos en perjuicio del consumidor) a las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato. Es obvio que a las segundas no se les aplica la regla *princeps de las primeras*: **las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato no están sometidas a control del contenido** (art. 4.2 Directiva 93/13, del que más tarde se hará mención específica en el punto 3.1.1 del presente estudio). Y **si no se aplica la regla principal ¿por qué habrían de aplicarse las demás?**

La característica común a unas y otras es su **carácter predispuesto** para una pluralidad de contratos o, lo que es lo mismo, **su carácter “no negociado individualmente”**.

De manera que tenemos dos rasgos desde los que partir para determinar el régimen jurídico de las cláusulas predispuestas que se refieren al objeto principal del contrato: por un lado, que no se someten a control de contenido, pero, por otro, que son cláusulas predispuestas. De estos dos rasgos se deduce, como núcleo de la regulación de estas cláusulas el de estar sometidas a un **requisito de transparencia reforzada**. Su validez – oponibilidad al consumidor – depende de que hayan sido incorporadas “transparentemente” al contrato.

Si la cláusula predispuesta referida al objeto principal del contrato se ha incorporado “transparentemente” al mismo, ¿cuál es la diferencia de una cláusula “negociada individualmente”? Ninguna, al menos en lo que al régimen jurídico se refiere. Y es lógico pensar que, en la mayor parte de los casos, no hay diferencia entre una cláusula que describe el objeto principal del contrato de forma transparente y una cláusula negociada individualmente. En ambos casos, deja de aplicarse el Derecho “especial” de las cláusulas predispuestas y se aplica el Derecho general de los contratos.

Es más, es probable que ambos juicios (si la cláusula es transparente o si fue producto de un acuerdo individual – negociada individualmente) no puedan realizarse de forma separada, esto es, **para determinar si ha sido incorporada al contrato de forma transparente – en sentido material – lo razonable es preguntarnos si, respecto de la cláusula que describe el objeto principal del contrato, el consumidor dio su consentimiento en el sentido del art. 1261 CC⁹ y no, simplemente, si se “adhirió” a ella**. Recuérdese que la idea de “imposición” no implica el ejercicio de fuerza o coacción por parte del predisponente, simplemente se trata de examinar si el consumidor pudo influir en la inclusión de la cláusula en el contrato y, recuerden también, que la principal influencia de los consumidores en el “objeto principal del contrato” no consiste en contribuir a la redacción de la cláusula,

⁹ España. Artículo 1261 (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, 1889) “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.”

sino en su capacidad para renunciar a celebrar el contrato en esos términos y dirigirse a la competencia para obtener el bien o servicio de que se trate.

Por tanto, **una primera conclusión** es que, en relación con las cláusulas predispuestas que se refieren al objeto principal del contrato, el análisis que hay que realizar para determinar su validez es **si fueron consentidas en sentido estricto por parte del consumidor o si, por el contrario, hay que entender que el consumidor se limitó a “adherirse” a ellas como lo hizo con el resto de las cláusulas predispuestas.**

Se confirma, pues, que **el control de las cláusulas predispuestas referidas al objeto del contrato es un control del consentimiento del adherente mientras que, en relación con las demás, es un control del contenido de la regulación predispuesta”.**

Conocidos los extremos, marcos, de este tipo de contratos, lo que interesa en nuestro caso es su aplicabilidad al problema que nos ocupa, las denominadas cláusulas suelo. Aquí en este asunto nos encontramos ante la posible indefensión del cliente por cuanto puede verse abocado por necesidad a la adhesión a los términos generales sin que tenga capacidad alguna para mediar en una negociación sobre posibilidades más ventajosas. Así es como lo interpreta el autor del estudio con las siguientes consideraciones, y cito:

“Piénsese en las **cláusulas-suelo**. Su validez depende de que su contenido – un límite mínimo a los intereses pagaderos en un crédito a interés variable – se corresponda con las expectativas del consumidor que contrató el préstamo, un préstamo a interés variable. ¿Cuáles son éstas? Que el tipo de interés del préstamo varía con la variación del tipo de referencia – el Euribor – en principio, sin límite. Ergo, **una cláusula-suelo no se corresponde con las expectativas del consumidor que contrata un préstamo a interés variable**. Por tanto, para que “valga” semejante pacto, es necesario que haya sido consentido por el consumidor. Bien porque se “regateara” al respecto (hubiera una negociación particular al contratar), bien – en la generalidad de los casos – porque el banco la incluyera en una cláusula predispuesta pero pueda probar que el consumidor conocía su existencia y alcance, de modo que tomó su decisión de contratar por considerar que la cláusula-suelo le convenía por cualquier razón (porque así conseguía un tipo de interés más bajo o porque había también un “techo” o porque, si no, tendría que pagar una prima de seguro de tipos de interés)”.

1.1.1. Sobre la condición de abusiva de la cláusula suelo.

Para dar una explicación detallada de lo que se entiende por “abusividad” de las cláusulas suelo, analizaré una sentencia que examina el carácter abusivo de una cláusula concreta,

tomando como ejemplo la Sentencia 489/2016 de 4 de julio dictada por el Juzgado de lo mercantil N. 1 de Valladolid¹⁰.

Pero antes de comentar la Sentencia debemos de acudir al artículo 82 apartado 1 (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, 2007), en adelante TRLGDCU, el cual da una definición expresa de lo que se entiende por cláusulas abusivas, concretamente dice lo siguiente, y cito:

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

Para la explicación del mencionado artículo he acudido al comentario que del mismo realiza Ricardo Pazos Castro sobre “El significado de cláusula abusiva según la LGDCU” (Castro, Foro Lex, 2012) dónde aborda el carácter abusivo descrito en el artículo 82 LGDCU, y dice así: “El anterior artículo nos obliga a comentar varios aspectos. Por un lado, que cláusula abusiva no es solamente una “cláusula” entendida como condición contractual, sino que también puede tratarse de una “práctica”, una actividad o conducta. En segundo lugar, que es *conditio sine qua non* para considerar que una cláusula tiene carácter abusivo que no haya sido negociada individualmente, por lo que se concluye fácilmente que nos movemos en el terreno de la figura de los contratos de adhesión o de las condiciones generales de contratación (de lo cual se hablará más a delante). Además, al respecto de la negociación individual de una cláusula, hay que señalar la previsión contenida en el párrafo 2º del art. 81.2 del TRLGDCU: “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. Por otra parte, dice el mismo precepto, en su párrafo 1º, que “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”. En tercer lugar, la ley dice con la definición que da de cláusulas abusivas que estas se consideran contrarias a la buena fe. En cuarto lugar, el perjuicio debe ser causado a un consumidor o usuario, definido en el art. 3 del mismo texto como “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional” (de lo cual se hará mención expresa en el punto 2.2. del capítulo 2 del trabajo).

¹⁰ (España. Juzgado de lo Mercantil de Valladolid, núm.1. Sentencia núm. 489/2016 de 4 de julio, 2016)

Finalmente, la definición legal vista habla del efecto general que una cláusula o práctica debe producir para ser considerada abusiva, y es causar “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, desequilibrio que ha de medirse teniendo en cuenta “la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”, previsión contenida en el art. 82.3 del TRLGDCU.”

Al respecto de lo anterior el Tribunal Supremo, cuando abordó el análisis de las controvertidas cláusulas suelo, mientras se dictaban las primeras resoluciones, señaló en la sentencia de 9 de mayo de 2013, citando otras tales como la STS 861/2010¹¹ o 406/2012¹², [Parágrafo 144, apartado a) - (2013, pág. 34)], lo siguiente: *“el hecho de que las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula sea calificada como condición general de la contratación ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo”*. Así, nuestra legislación define las Condiciones Generales de la Contratación como *“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”* – artículo 1 LCGC.

Asimismo, la precitada Sentencia puso de manifiesto [Parágrafo 144, apartado b) - (2013, pág. 34)] que: *“el conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias – singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes, así como que no excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.”*

Dicha sentencia indicaba que dentro de nuestro derecho nacional [Parágrafo 201 - (2013, pág. 41)] *“las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC- “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”-, 7 LCGC-“no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera*

¹¹ España. STS (Sala Primera, de lo Civil) 861/2010, 29 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://vlex.es/vid/252334038>

¹² España. STS (Sala Primera, de lo Civil) 406/2012, 18 de junio de 2012. Disponible en: <https://vlex.es/vid/prestamo-usura-consumidores-codigo-1-400736882>

completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]”.

Además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, [Parágrafo 210 - (2013, pág. 42)] *“el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.”*

Continuaba argumentando la referida Sentencia [Parágrafo 211 - (2013, pág. 42)] que *“la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación de un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.*

[Parágrafo 212 - (2013, pág. 42)] *No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.”*

Aunque la cláusula supere el filtro de inclusión en el contrato, es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato.

Así, señala nuestro Alto Tribunal [Parágrafo 218 - (2013, pág. 43)], que *“la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante*

la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.”

Aporta, asimismo, una serie de parámetros para valorar la transparencia en cuanto a la información proporcionada haciendo referencia a que en el caso enjuiciado concurrían en la cláusula controvertida lo siguiente [Parágrafo 225 - (2013, pág. 43 y 44)]:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.*

Por último, ha de añadirse que la falta de transparencia no supone necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor, respecto de lo cual el Tribunal Supremo concluyó que para considerar abusivas las cláusulas no negociadas han de darse los siguientes requisitos [Parágrafo 233 - (2013, pág. 44 y 45)]:

- a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.*
- b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.*
- c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor.*

Con amparo en dicha doctrina los juzgados y tribunales están declarando nulas por abusivas las cláusulas que no superan el doble control de transparencia e incorporación cuando se dan los requisitos que ha establecido nuestro Tribunal Supremo.

Así, en concreto, el Juzgado de lo Mercantil N.1 de Valladolid en Sentencia de fecha 4 de julio de 2016, que mencionaba al inicio del apartado, declaró nula una cláusula suelo en una escritura de compraventa con subrogación con los efectos inherentes a tal declaración de

nulidad en cuanto a la restitución de cantidades que habían sido pagadas de más, señalando en el fundamento de derecho TERCERO de la sentencia que además de que nos encontramos ante una condición general de la contratación, no se superaba el segundo de los filtros, esto es, proporcionar la debida información al actor, consumidor, para que éste *“se representase mentalmente las concretas condiciones del préstamo mediante concretas advertencias del riesgo de bajada de los tipos de interés, simulaciones de los distintos escenarios o previsión de evolución de los tipos al menos en el corto o medio plazo.”*

Asimismo, la sentencia señalada además de basarse en la doctrina del TS antes expuesta, analizó, en el Fundamento de Derecho SEGUNDO, el concepto de abusividad que da la legislación, haciendo referencia a las siguientes normas:

- El art. 82.1 del TRLGDCU, que se comentó al inicio del presente apartado.
- El art. 62.2¹³ del TRLGDCU.
- Y, por último, hace referencia al artículo 8.2¹⁴ de la LCGC, el cual declara la nulidad de las condiciones generales abusivas.

Siendo, por tanto, las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo la restitución de todas las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de dicha cláusula y, siendo la entidad financiera, la obligada a recalcular el cuadro de amortización y las cuotas del préstamo sin la citada limitación a la baja.

¹³ España. Artículo 62.2 (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, 2007). *“se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato”*.

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

2. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y USUARIO Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

2.1. La trascendencia de la cláusula suelo en el desarrollo y pago del préstamo hipotecario, ubicación en el mismo.

Expuesto lo anterior, conviene en este punto hacer referencia a cómo afecta al consumidor la existencia de las citadas cláusulas suelo a lo largo de la vida del contrato de préstamo hipotecario.

Pues bien, inicialmente como ha ocurrido en España, sobre todo cuando se suscribieron los contratos de préstamo hipotecario en los años 2005, 2006 y 2007, el consumidor no era consciente de aquello que en realidad estaba firmando y que, cuándo en dicho período, en Europa, el Euribor se encontraba en una posición alta, es decir, en posiciones del 3 - 4 - 5 por ciento (datosmacro.com, 2007), no veía cuál era el verdadero problema porque en ese momento el interés fijo de su cláusula suelo contenidas en sus contratos de préstamo hipotecario hacía que no se vieran afectados. Sin embargo, llegado el momento, concretamente a partir del año 2009, en que el Euribor comenzó a bajar, y mucho, hasta encontrarse en situaciones cercanas al 0%, los consumidores empezaron a ver que su hipoteca dejaba de bajar porque se mantenía siempre en el “suelo” que habían firmado en sus contratos hipotecarios.

Lo que a la larga suponía una pérdida económica tremenda, porque pudiendo pagar, en casos de que el contrato de préstamo hipotecario tuviese un diferencial del 0'30 o 0'40% o de un 1% y, encontrándose el Euribor por ejemplo en situaciones cercanas al 0%, cantidades de entre 30 o 40€, debido a dichas cláusulas suelo se encontraban pagando de media estaban entre 100-150-200€.

Esto económicamente era un lastre y en muchos casos ha supuesto para el consumidor pérdidas entre cinco, diez, y quince mil euros, lo que ha dado lugar en muchos casos a que la gente comenzase a ser consciente sin haberlo sido al principio de la **abusividad** de la cláusula que habían firmado y que se encajaba (como se ha descrito en el punto anterior) dentro de una cláusula de tipo variable, siendo ésta una cláusula de tipo fijo, y siendo además un elemento esencial del contrato que aparecía enmascarada entre innumerables datos.

2.2. El concepto de consumidor y usuario.

El concepto de consumidor y usuario desde el punto de vista legal lo recoge el **artículo 3** TRLGDCU, el cual dispone, y cito textualmente:

“1. [...], son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

Es decir, son “consumidores y usuarios” aquellas personas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o comercial. Por ello y, en cuanto a lo que las cláusulas suelo se refiere, esta situación es relevante en atención a la nulidad de la cláusula y a la normativa aplicable, cuando se acude a los tribunales a demandar, hay que ver cómo se concedió el préstamo, porque hay veces que podemos encontrar una cláusula suelo encajada en un contrato de préstamo hipotecario y ese préstamo hipotecario ser una refinanciación porque a lo mejor esa persona pidió dinero al banco para por ejemplo comprar acciones de una sociedad, o para montar un negocio, entonces en ese caso no se le aplicaría la normativa de consumidores y usuarios, actuaría como un empresario y no como consumidor. Es el caso por ejemplo de la **Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 594/2017, de 7 de noviembre¹⁵**, en el que una pareja con el objetivo de unificar en una sola operación las diversas deudas contraídas por uno de los cónyuges contratan con la entidad financiera un préstamo con garantía hipotecaria de dos pisos, considerándose por ello que la cláusula había sido negociada en el marco de una refinanciación, y el cónyuge carecía de la condición legal de consumidor del artículo 3 TRLGDCU, por lo que no les es aplicable el control de transparencia y abusividad.

En este sentido se pronunció la Sala en el CUARTO de los Fundamentos de Derecho, dejando claro que en la contratación del préstamo hipotecario el cónyuge no operó como consumidor *“puesto que **lo hizo en el marco de su actividad empresarial** y precisamente **para refinanciar unas deudas de tal naturaleza, con la finalidad de unificarlas** y poder sobrellevar mejor las cuotas mensuales de amortización. Como declara probado la Audiencia Provincial, las deudas refinanciadas mediante el préstamo litigioso no eran extrañas a su actividad empresarial, sino consecuencia de la misma, surgidas en el desenvolvimiento de dicha actividad mercantil. Por lo que no reúne tal cualidad legal de consumidor, conforme al art. 3 TRLGDCU.”*

¹⁵ (Sentencia del Tribunal Supremo 594/2017 (Sala Primera, de lo Civil), de 7 de noviembre, 2017).

Es interesante apuntar también que, en el caso de la esposa, que también figura como prestataria, pese a no ser ella quien desarrollaba la actividad para cuya satisfacción se solicitó el préstamo, la cuestión es si intervino fuera de una actividad empresarial o profesional o si tenía algún tipo de vinculación funcional con esa actividad. Pues bien, para resolver esta cuestión la misma se debe de atener a lo dispuesto en los arts. 6¹⁶ y 7¹⁷ del Código de Comercio. No se precisa en este sentido que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo “*con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo*” (Art. 7 CCom).

Con lo cual es muy importante lo que la ley nos dice y el cómo actúa la persona dentro del contrato de compraventa, por ello si la persona lo hizo, por ejemplo, para comprar lo que a la postre sería su vivienda habitual, su casa, en ese momento estaría actuando como un consumidor y por lo tanto toda la normativa desde el punto de vista del control transparencia y otras circunstancias a tener en cuenta, así como las normas contenidas en el TRLGDCU, se le aplicarían siempre y sería el banco el que debería acreditar que se informó debidamente y en las circunstancias que la jurisprudencia establece en las diferentes sentencias a que venimos haciendo referencia.

2.3. Sobre las condiciones generales de la contratación.

Lo primero que debemos hacer aquí es definir qué se entiende por condiciones generales de la contratación, acudiendo al artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que ya mencionábamos en el apartado 1.2.2. del presente estudio, cito textualmente:

“1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia

¹⁶ España. Artículo 6 (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, 1885). “*En el caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas... Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges*”.

¹⁷ España. Artículo 7 (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, 1885). “*Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo*”.

externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Si nos fijamos, vemos cómo hay tres requisitos: el primero, que sea una condición predispuesta y redactada antes de hacer el contrato; en segundo lugar, que sea impuesta, es decir, que para celebrar ese contrato necesariamente tienes que asumir esas condiciones; y el tercer requisito es que sea pre-redactado para una pluralidad de contratos, independientemente de quién haya escrito las condiciones.

Lo primero que hay que preguntarse siempre es el “por qué” de las cosas, por qué debe existir un Derecho de condiciones generales. Tenemos el Código de Comercio, el Código Civil¹⁸, el cual tiene muchas normas amplias de protección (p. ej.: art. 1256: “*el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes*”. Art. 1258: “*los contratos no solamente obligan a lo estrictamente pactado sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe*”), ¿no es suficiente?

Pues bien, básicamente, en primer lugar, tiene que haber unas normas de seguridad jurídica, unas normas que nos digan que las cláusulas son claras, que sean conocidas por el adherente, y que asimismo tenga derecho a una copia del contrato. Igualmente, en segundo lugar, es necesario que, además de esas normas de seguridad, se fiscalice el contenido de las condiciones generales y no se pretenda, aprovechando que son eficientes económicamente, que el empresario imponga condiciones que se tilden de abusivas.

Con respecto al principio de libertad contractual, a través de estas normas, lo que no podemos hacer es que el juez sustituya la voluntad de las partes, luego siempre debe existir un respeto al principio de autonomía de la voluntad.

Ahora bien, si el contrato de préstamo no supera el control de transparencia exigido, es decir, que la cláusula negociada impide al consumidor apreciar la carga económica y jurídica que asume cuando acepta el contrato, entonces ya se podría decir que esto es abusivo porque es una cláusula que desequilibra las obligaciones de las partes en el contrato en esas condiciones generales.

De esta Ley de Condiciones Generales de la Contratación simplemente quiero destacar tres cosas de su regulación, tres niveles de examen: primero, qué requisitos tienen que tener las condiciones generales para que se apliquen al contrato; segundo, una vez están incluidas,

¹⁸ (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, 1889)

cómo deben interpretarse; y tercer paso, ya incluidas e interpretadas, cuáles son consideradas por un legislador como abusivas.

1. Requisitos de inclusión de las cláusulas (art. 5 LCGC en relación con el art. 63 y 80.1 TRLGDCU).

Para que se incluyan las cláusulas en un contrato son necesarias unas normas muy básicas:

- Que las condiciones se acojan en el documento contractual;
- Que se entregue una copia del contrato.
- Que sean claras, transparentes, concretas y sencillas.

Me paro en este último punto por lo que aquí nos interesa, y para así dar una explicación más detallada de lo que se quiere decir con dichas acepciones. Pues bien, si dichas cláusulas son oscuras, incomprensibles y no permiten al adherente hacer una composición de lugar sobre los derechos y obligaciones que asume derivados del contrato, si llega el grado de oscuridad a este nivel, las cláusulas serán abusivas y no se deberían de aplicar a nuestros contratos.

En este punto voy a hacer referencia a lo que Jesús Alfaro Águila-Real (mencionado con anterioridad), autor del libro *“Las condiciones generales de la contratación”* (Águila-Real, Las condiciones generales de la contratación, 1991) ha trasladado lo que podría ser considerado como una derivación de estas exigencias de claridad, transparencia y sencillez, que servirá para explicar lo que quiero expresar con estos requisitos de claridad.

La teoría diría que ***“no se deben incorporar al contrato aquellas cláusulas cuya inclusión en el contrato no hubiera sido prevista por un adherente medio.”*** Esta conclusión del principio de claridad vendría a decir que está plenamente justificado que muchas veces no nos leamos las condiciones generales, luego si en la práctica prácticamente todos firmamos sin leer ciertos aspectos más técnicos debería estimarse que no se incluya en el contrato aquello que ningún contratante racional hubiera pensado encontrarse en ese contrato.

2. La interpretación de las condiciones generales.

La Ley da dos reglas de interpretación que son las del artículo 6 LCGC:

- La regla de la prevalencia, la cual establece que en caso de que haya conflicto entre las condiciones particulares y las generales prevalecerán las particulares porque se entiende que han sido pactadas expresamente. Lo que viene a decir básicamente es

que prevalecerán las particulares sobre las generales salvo que las generales sean más beneficiosas, en cuyo caso prevalecerán las generales sobre las particulares.

- La regla *contra proferentem*, las condiciones generales lo que no pueden hacer en este caso es beneficiar al que haya causado la oscuridad que hay que interpretar, en caso de duda hay que beneficiar al adherente.

3. El control del contenido de las condiciones: las cláusulas abusivas.

Por último, hay que ver si la cláusula, una vez sea incorporada y clara si su contenido es o no es abusivo.

Pues bien, el artículo 8 de la ley 7/1998 LCGC dejó esto aparcado para los consumidores, y si acudimos al precepto vemos como dispone, además de que “*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que vayan en contra de una disposición legal*” se dice a continuación que “*lo serán también las condiciones generales que sean abusivas entendiéndose por tales aquellas que establece el artículo 10 bis en su disposición adicional del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de 16 de noviembre de 2007.*”

Este artículo 8 en el régimen actual remitiría a lo dispuesto en el artículo 82.1 de la TRLGDCU, y cito textualmente:

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

Lo fundamental aquí es que se produce un desequilibrio entre las partes en contra de la buena fe.

Y el apartado 4 del mismo artículo, que establece lo siguiente, y cito:

“4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- 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, o*

f) *contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable*”.

Por ello, el mencionado artículo 82 permitiría, siempre y cuando fuera un “desequilibrio importante”, impugnar todas aquellas cláusulas que en un contrato de adhesión alterasen el derecho dispositivo en perjuicio del adherente.

A este respecto, la ya archifamosa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 en el párrafo 137 (2013, pág. 32), señaló como notas configuradoras de las condiciones generales de la contratación las siguientes, y cito:

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

*b) **Predisposición:** la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

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

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

3. LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA.

3.1. El control de incorporación y el control de transparencia, concepto y requisitos.

Al hilo de lo mencionado en el punto anterior relativo al control de incorporación, es el artículo 5 de la LCGC el que relata los requisitos del mismo, e igual de importante es el efecto negativo del artículo 7 de la misma ley, tanto es así que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 314/2018 de 28 de mayo¹⁹ lo deja bien claro, concretamente, los argumentos que presenta el Tribunal Supremo relativos al control de incorporación y de transparencia vienen recogidos en cinco puntos, los cuales, se encuentran contenidos en el punto CUARTO de los FUNDAMENTOS DE DERECHO, y cito textualmente:

*“1.- El **control de inclusión o de incorporación** supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.*

*2.- La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el **art. 5** para establecer los **requisitos de incorporación**; y en el **art. 7** para establecer **cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.***

*Conforme al **art. 5**, en lo que ahora importa:*

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.*
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.*
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.*
- d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.*

*A su vez, a tenor del **art. 7**, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:*

- a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.*

¹⁹ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 314/2018, de 28 de mayo, 2018)

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

3.- En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: **la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez**, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.”

En resumen, admitido que estamos ante una cláusula general de contratación, hemos de observar cual debe ser el control de inclusión de la cláusula. Y en este sentido se invoca la Ley 41/2007²⁰, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, BOE del 8 de diciembre de 2007. La inclusión de una cláusula en los contratos celebrados con consumidores debe respetar lo establecido en el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación que establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez; y cuya consecuencia es el artículo 7 del citado Texto Legal, que determina que **de no respetarse lo establecido en el precitado artículo 5.5, se tendrán por no puestas**.

²⁰ (Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la qu, 2007).

Igualmente, el **artículo 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** al establecer que *“En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:*

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

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

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

Y efectivamente la Sentencia finaliza haciendo referencia expresa al control de transparencia: *“5.- (...) la cláusula está enmascarada entre una multiplicidad de datos, lo que dificulta su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Lo que es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.”*

Y termina diciendo: *“El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. (...), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.”*

Es oportuno clarificar en este punto que, la cláusula suelo, por afectar a una obligación principal del contrato (el precio/interés) no es susceptible de control de abusividad ex art. 4.2. Directiva 93/13/CEE, sino tan solo de transparencia, en la modalidad de transparencia material. Después de valorar dicha transparencia material, haré un análisis para ver si la misma es abusiva o si la nulidad deriva *per se* de la falta de transparencia material. Y para ello me voy a ayudar de distintas explicaciones que sobre el tema analiza el Dr. Vicente Guilarte Gutiérrez en su trabajo *“Transparencia y abusividad respecto de los elementos esenciales del contrato (Sentencias del TS de 12 de noviembre de 2020 a propósito del IRPH)”* (Gutiérrez, 2021).

Cito: “Pues bien, como es sabido la cuestionable Sentencia de 9 de mayo de 2013, nos introdujo de lleno en la idea de la “**transparencia material**”, entendida como conocimiento y comprensión por el prestatario de las condiciones económicas del contrato, y, paralelamente, identificó para tales casos de cláusula suelo, la falta de transparencia material con su carácter abusivo. Literalmente en su Fundamento de Derecho Decimosegundo se afirmaba que “la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. Se decía a tal efecto que las condiciones generales que incluían la cláusula suelo entrañaban un elemento engañoso pues aparentaban la existencia de un interés variable “cuando realmente establecían que esto era así solo al alza provocando subrepticamente una alteración no tanto del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

En resumen de lo expuesto sobre la transparencia material, continúa argumentando el Dr. Vicente Guilarte: “aunque no pocas Sentencias de nuestras Salas, y también interesadas opiniones doctrinales, consideran que, al igual que acaece en materia de cláusulas suelo, la falta de transparencia material aboca axiomáticamente a su abusividad, debe asumirse lo contrario sobre la base de que control de transparencia material y juicio de abusividad obedecen a criterios de valoración totalmente diferentes sin que la eventual falta de transparencia derivada de una deficiente información precontractual sirva, paralelamente, para concluir el malicioso desequilibrio prestacional determinante de la abusividad. No cabe refundir en uno solo lo que son dos controles perfectamente diversificados que se fundan en pautas valorativas totalmente diferentes.”

“Y toda vez que quizás sea en este punto donde la “doctrina consumerista” y algunos Tribunales se han mostrado más reticentes a asumir los postulados del TJUE, resulta oportuno reiterar lo que éste ha expresado sobre el particular: **la falta de transparencia material de uno de los elementos esenciales del contrato no determina, per se, su nulidad, sino que abre paso al específico control de abusividad.** De esta manera, al ser condición general predispuesta sobre la que teóricamente no se habría producido un consentimiento válido, el legislador se ocupa de que sean los Tribunales los que valoren tal equilibrio al igual que ocurre con los elementos accidentales del negocio, donde consentidos o no debe contrastarse la condición general accesoria con las pautas de la buena fe y equilibrio de prestaciones. La alternativa de asumir la nulidad de la cláusula, por otro lado, conllevaría la total nulidad del contrato y la restitución de prestaciones ante la inviabilidad de su integración.”

Como ya apuntaba, el debate que surge es que, dada la condición de elemento esencial del contrato y, en base a dicho artículo 4.2 que veda expresamente “**La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del**

contrato”, y como así confirmó, entre otras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010²¹ en los párrafos 30 y siguientes, e igualmente refleja autorizada doctrina en la materia, si bien no cabría realizar un control de la abusividad del contenido, **sí que cabe realizarlo sobre su inclusión y transparencia**, ambos recogidos en los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, y en el artículo 80 TRLGDCU. Así lo indica la Sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo, en el párrafo 197 (pág. 69).

3.1.1. El control de transparencia a partir de lo dispuesto en los artículos 3.1, 4.2 y 5 de la Directiva 13/1993/CEE.

Para el análisis del presente apartado me ayudaré de las explicaciones que el TJUE (Sala Cuarta) realizó en su Sentencia de 9 de julio de 2020²², relativa a los “pactos novatorios”, de los cuales se hablará más adelante, y en la que se ponen en relación los artículos 3, apartado 1, artículo 4, apartado 2 y el artículo 5 de la Directiva 93/13, cuya petición de decisión prejudicial fue planteada con arreglo al artículo 267 TFUE²³, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, mediante auto de 26 de junio de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 11 de julio de 2018, en el procedimiento entre XZ e Ibercaja Banco, S. A.

Pues bien, haré referencia a lo expuesto en la cuarta de las cuestiones prejudiciales, concretamente y, en primer lugar, en el párrafo 40, en virtud del cual el Juzgado remitente (JDO. 1ª Inst. N. 3 de Teruel) comienza haciendo una pregunta, y cito: “*si el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», el profesional debe facilitar al consumidor la información necesaria para comprender las consecuencias*

²¹ (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio, 2010).

²² (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 9 de julio, 2020)

²³ Unión Europea. Artículo 267 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2010, pág. 118). “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: (...) Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. (...)*”.

económicas que para este último se derivan, en el momento de la celebración del contrato, del mecanismo establecido por la referida cláusula «suelo». En relación al contenido de los artículos mencionados la Sentencia establece lo siguiente, y cito:

“41. Con arreglo al **artículo 3, apartado 1** de la Directiva 93/13, las cláusulas de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

“42. En virtud del **artículo 4, apartado 2**, de la citada Directiva, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de ese tipo de contratos no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y la retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten «de manera clara y comprensible».”

“43. El **artículo 5** de la misma Directiva dispone, además, que cuando todas las cláusulas de los contratos en cuestión propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, tales cláusulas deberán estar redactadas siempre «de forma clara y comprensible».”

Y una vez visto el contenido y tenor de dichos artículos continúa diciendo: “44. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales a la que se refieren los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 no puede reducirse exclusivamente al carácter comprensible en un plano formal y gramatical de la cláusula de que se trate. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva.”

Y sigue: “45. Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.”

Y concluye argumentando en virtud de todo lo anterior: “56. De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que **la exigencia de transparencia** que tales disposiciones imponen a un profesional **implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula «suelo», en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.**”

Para concluir el presente apartado, hago un pequeño inciso para mencionar lo dicho por el Dr. Sergio Cámara Lapuente en una ponencia²⁴ muy interesante que impartió en Cantabria sobre los **“Aspectos controvertidos del concepto del consumidor y del control de transparencia”** y que apuntaba lo siguiente (momento del video: 1hr:11min:00seg): “*El concepto de consumidor es objetivo, da igual que sepa mucho o poco el adherente, da igual que sea más o menos listo ¿De qué va el control de transparencia? -De cumplir deberes de información.*” Es decir, “*El control de transparencia se hace evaluando si, el banco dio la información necesaria a ese señor que tenía ahí delante, pero no si ese señor lo entendió de verdad y así, sino si cualquier persona-consumidor medio en la posición de ese señor y con esa información lo hubiera entendido, porque de lo que se trata es de depurar el mercado con la transparencia*”.

Acto seguido, continuaba argumentando que él aboga por una “*transparencia objetiva y no subjetiva*”, es decir, que lo que se busca es que esa cláusula, tal y como ha sido redactada, pueda ser entendida por una persona “consumidor-medio”, tenga o no conocimientos en la materia, y no analizando cada persona de forma individual, es decir, analizando si se trata de un consumidor “*perspicaz, razonablemente informado o que sabe demasiado*”. Lo importante aquí es que, cuando analizamos la cláusula, la misma puede ser objetivamente entendida por un consumidor medio, quién sea, y no, si subjetivamente esa persona poseía conocimientos en la materia o estaba razonablemente informado en la misma.

²⁴ (Lapuente, “Aspectos controvertidos del concepto del consumidor y del control de transparencia”, s.f.)

Por ello no debemos ceñirnos a la persona en particular desde el punto de vista subjetivo, como apunta el Dr. Cámara Lapuente, sino objetivamente en cuanto a cómo está redactada la misma, atendiendo a los controles de transparencia, incorporación e información.

4. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS, SUS CONSECUENCIAS, Y LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DEL TS Y TJUE MÁS RELEVANTES.

4.1. La nulidad de las cláusulas abusivas.

En colación a lo ya expresado en el punto 2.3. del presente trabajo referente al **artículo 82 de la TRLGDCU** que consideraba 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 causasen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

El **Artículo 10 bis. 2 de la** (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, 1998, pág. Disposición adicional primera), en referencia a la nulidad de las citadas cláusulas abusivas, dispone expresamente:

“2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258²⁵ del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”.

Queda claro que dichas cláusulas serán consideradas nulas de pleno derecho y en consecuencia se tendrán por no puestas cuando se aprecie de las mismas su condición de abusivas.

En lo que ahora nos interesa, lo primero que hay que saber y decir aquí es que las cláusulas suelo ni son ilegales ni son nulas de manera automática, las cláusulas suelo son perfectamente válidas siempre y cuando se demuestre que el banco, cuando se firmó el contrato de préstamo

²⁵ España. Artículo 1258 (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, 1889). “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

hipotecario, explicó al cliente, no ya que tenía una cláusula suelo en su hipoteca, sino lo que económicamente le supondría el firmar una hipoteca con cláusula suelo.

Y la clave en todo este tema es que es el Banco el que tiene que demostrar en un juicio, en primer lugar, que la cláusula suelo no le fue impuesta al cliente, es decir, que fue fruto de una negociación entre banco y cliente, cosa que es bastante difícil de explicar y de entender cuál es el beneficio que va a obtener un cliente por aceptar una cláusula suelo que le impide beneficiarse de una bajada de los tipos de interés; en segundo lugar, el banco tendría que acreditar que cuando se firmó el contrato de préstamo hipotecario le hizo simulaciones al cliente de lo que pagaría por esa cláusula suelo; y en tercer lugar, acreditar que cuando se firmó la hipoteca, al cliente le hizo comparaciones entre lo que pagaría con una hipoteca con las citadas cláusulas suelo y una sin las mismas.

En definitiva, los juzgados y tribunales vienen exigiendo que los bancos acrediten que informaron al cliente y que el cliente comprendió que firmando una hipoteca con cláusulas suelo, a pesar de que los tipos de interés bajasen, siempre tendrían que pagar la misma cantidad del interés suelo impuesto por el banco.

En la actualidad, en la práctica judicial, a partir de las sentencias del TJUE y del TS descritas con anterioridad, que son las que se están tomando de referencia a la hora de emitirse las resoluciones, la inmensa mayoría de sentencias sobre cláusulas suelo en hipotecas celebradas entre bancos y consumidores están siendo ganadas por los consumidores, los juzgados están condenando a los bancos a dejar de aplicar las cláusulas suelo y les obligan a su vez a devolver todas las cantidades abonadas indebidamente por el cliente desde el principio del préstamo hipotecario más los intereses de esas cantidades. Estas sentencias, además, están condenando a los bancos a pagar las costas procesales del proceso judicial, por lo que en la práctica al cliente no le cuesta nada interponer una demanda judicial.

4.2. Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, los efectos retroactivos de dicha declaración de nulidad.

Tal y como declaró el TJUE en el caso de que se declare la nulidad rige la regla general “lo que es nulo no produce ningún efecto” establecida en los artículos 6.1 de la Directiva

Europea²⁶ y en el artículo 1.303 del Código Civil²⁷, y que es un principio básico del Derecho Civil que ya aplicaban los romanos (*Quod nullum est, nullum producit effectum*), y que encuentra reflejo en todos los sistemas legales de los países de nuestro entorno.

Una cláusula nula no ha existido nunca y por tanto no produce efectos vinculantes para el consumidor, de modo que las entidades financieras deben restituir todos los importes cobrados de más desde la firma del contrato.

Dicho de otro modo, la nulidad produce una eficacia retroactiva *ex tunc* “desde siempre”. Hay que aclarar que la declaración de nulidad de cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan. Por otro lado, estas sentencias no afectan a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, es decir, no se revisarán las sentencias firmes ya dictadas sobre esta materia (como es el caso de la Sentencia 489/2016 de 4 de julio dictada por el Juzgado de lo mercantil N. 1 de Valladolid, que analizábamos en el punto 1.1.2. del trabajo “sobre la condición de abusiva de la cláusula suelo”).

Sin embargo, hubo un momento en que el Tribunal Supremo español, a partir de su Sentencia de 9 de mayo de 2013, entendió que solamente se atenderían las peticiones del cliente a partir de la resolución del tribunal, quiere decir que todos los años antes que se había aplicado el sistema no se los demandaba al banco, porque entendía que se podía producir una indefensión bancaria.

Precisamente, fue al amparo de la sentencia de 9 de mayo de 2013, dónde las entidades bancarias afectadas vieron un resquicio para protegerse ante nuevas demandas que les resultarían necesariamente perjudiciales, pero se les vino abajo tras la resolución definitiva del TJUE de 21 de junio de 2016 y que fijó como criterios de su resolución, entre otros, el de la igualdad que debe adoptar, en todos los casos de cláusulas abusivas, la legislación de la Unión Europea por dejar claro, entre otras cosas, que los consumidores no tenían una transparencia material clara de lo que implicaba la información formal que se les dio, tanto

²⁶ Unión Europea. Artículo 6.1 (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 1993): “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”.

²⁷ España. Artículo 1303 (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, 1889): “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

en lo que se refiere a las implicaciones jurídicas como económicas del compromiso contractual suscrito, y que, por tanto, en definitiva, no se podía solo garantizar una protección limitada de sus derechos, porque si se consideraba que las cláusulas tenían derecho abusivo, lo tenían desde el primer momento y, en otro aspecto, no podía abalar que el Tribunal Supremo hiciera uso de un criterio como el de la seguridad jurídica y el de las resoluciones judiciales de cosas juzgadas.

En consecuencia, resolvió en atención al artículo 6 del apartado 1 de la Directiva 93/13 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. En concreto, Francisco Pertíñez cuando habla de *“2. La doctrina del TJUE sobre la no vinculación de las cláusulas abusivas 2.1. No vincular es no producir efectos «ex tunc»”* hace mención a lo dispuesto por el TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (apartado 61) cuando expone que: *“el artículo 6.1 de la directiva 13/1993, en cuanto que establece que las cláusulas abusivas no vincularán, debe interpretarse en el sentido de que una «cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor» y, por lo tanto, la declaración del carácter abusivo de tal cláusula tendrá como consecuencia «el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula». Ha aclarado, por lo tanto, el TJUE que la no vinculación que impone el art. 6.1 de la directiva 13/1993 de las cláusulas declaradas abusivas, no lo es solamente a futuro (ex nunc), sino que lo es también respecto de los efectos ya consumados (ex tunc) y que ninguna relevancia tiene la utilización de un tiempo futuro «no vincularán» en la literalidad del art. 6.1 de la directiva 13/1993”* (Válchez, 2017).

En suma, el TJUE se opuso a la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios vinculados a la declaración de carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a cantidades pagadas indebidamente en la aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Ahora bien, la directriz aprobada por el Gobierno a través de un Real Decreto-Ley²⁸, el primero de 2017, por el que, “en teoría”, facilitaba la devolución de lo cobrado por los bancos a los clientes en plazo máximo de 3 meses sin pasar por los tribunales, en principio, fue bien acogida por las entidades bajo la idea de cerrar posibles consecuencias mayores y más adversas, sin embargo, su resultado práctico resultó ser todo lo contrario. Y no solo esto, sino que, además, y en aras a evitar un colapso judicial, se propusieron crear juzgados especializados, uno por cada provincia, que se dedicasen a resolver exclusivamente todos los asuntos relativos a las cláusulas suelo. Pues bien, el resultado de ambas medidas fue más bien un desastre y supuso, por si esto fuera poco, que las entidades financieras se vieran favorecidas, ya que la tardanza en el proceso unida a las dificultades que pudieran presentarse en el curso del mismo hizo que muchos de los consumidores acabaran desistiendo en sus reclamaciones.

Y es a partir de este instante cuándo muchas de las entidades bancarias tomaron la iniciativa de negociar con todos aquellos clientes que aún no habían emprendido acción alguna contra ellos con el objetivo de rebajarles el interés de sus cláusulas suelo o retirarles la misma, etc., pero siempre y cuando los mismos renunciasen a reclamar judicialmente contra los bancos. Algunos clientes aceptaron estas componendas y otros se negaron a renunciar a sus derechos, esto es lo entiendo por pactos de renovación y modificación de las cláusulas suelo de los contratos hipotecarios suscritos, que hoy en día aún está puesto en cuestión y de lo cual se hablará más adelante.

Para finalizar el apartado y siempre a modo ilustrativo, analizo brevemente una Sentencia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4), núm. 611/2017, de 1 de diciembre, 2017), la cual declaraba nula la cláusula suelo y techo inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por los consumidores, condenando a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo y techo.

A partir de la cual, y por el Juzgador de Instancia, se declaraba la nulidad de la citada cláusula suelo obligando al banco a devolver a los prestatarios las cantidades que habían sido indebidamente cobradas por éste, pero a partir de la resolución de 9 de mayo de 2013. Posteriormente los consumidores presentaron recurso de apelación solicitando la aplicación

²⁸ (Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, 2017).

del efecto retroactivo a la anulación de la cláusula suelo, es decir, la devolución de todas las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula suelo desde el inicio del contrato, y ello en virtud del pronunciamiento del TJUE de 21 de diciembre de 2016, por medio del cual y en base a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1 (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 1993) “*debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una **cláusula** contractual declarada **abusiva** nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor*”, por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

Por todo lo cual, estima la Audiencia el recurso interpuesto por los prestatarios, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 1 de las palmas condenando al Banco a la restitución a la demandante de las cantidades pagadas de más en virtud de la aplicación de la “cláusula de limitación de tipo de interés” declarada nula desde el principio de su aplicación.

4.3. Postura de la Jurisprudencia del TS en relación con las cláusulas Suelo.

Tras numerosas sentencias de nuestro Alto Tribunal en relación con la materia, las más destacables serían las siguientes, todas ellas mencionadas con anterioridad, y en aras a una mayor claridad procedo a exponerlas por orden cronológico:

En primer lugar, la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo**²⁹, de la cual se ha hablado en numerosas ocasiones en el presente estudio. Dicha Sentencia sienta jurisprudencia sobre la abusividad de la cláusula suelo, entendiendo que **la cláusula será nula**, por abusiva, cuando no se haya explicado por la entidad bancaria al cliente, el comportamiento previsible del índice de referencia, al menos, a corto plazo y lo que supondrá para él la presencia de dicha cláusula en el contrato, desde el punto de vista económico.

Del mismo modo y, tras decretar la nulidad por abusiva de esta cláusula (en determinados casos y bajo determinadas circunstancias, como se ha ido explicando a lo largo del presente estudio), terminó señalando en el punto Décimo de su Fallo que “*No ha lugar a la retroactividad*”

²⁹ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sección 991. Núm. 241/2013, de 9 de mayo, 2013)

de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta Sentencia”, tras fundamentar dicha irretroactividad, principalmente, según el apartado k) del párrafo 293, en que “generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia en apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas”.

En segundo lugar, la **Sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo**³⁰, reiteró la doctrina ya fijada por la anterior sentencia de 9 de mayo de 2013 en orden a la consideración de la cláusula suelo inserta en los préstamos hipotecarios como una cláusula impuesta al consumidor y no negociada, y en atención a la recuperación del dinero pagado de más desde el 9 de mayo de 2013. Concretamente se fija como doctrina: *“Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”*. Decisión que sería corregida posteriormente por el TJUE”.

En cuarto lugar, el **Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017**³¹ – se declaran “cosa juzgada” los casos resueltos antes de la sentencia del TJUE que establece la retroactividad total de la devolución del suelo. Por lo tanto, los afectados que obtuvieron un fallo firme antes del 21 de diciembre de 2016 no pueden volver a reclamar”.

El recurso de revisión que se planteó se fundaba en el art. 510.1. 1º de la LEC, el cual dispone que: *“Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado”*, estimando la STJUE de 21 de diciembre de 2016³² como un “documento decisivo” nuevo de los dispuestos en el precepto reproducido.

Siendo la decisión de la Sala la inadmisión del Recurso, en aplicación, en su Fundamento de Derecho SEGUNDO, la doctrina general sobre la revisión de las Sentencias Firmes, que, no obstante siendo, la presente cuestión, la primera vez que se planteaba con relación a *“los efectos*

³⁰ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Núm. 139/2015, de 25 de marzo)

³¹ (Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil), de 4 de Abril, 2017)

³² (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre, 2016)

restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo declarada nula por no superar el control de transparencia y las consecuencias que pueden atribuirse a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 respecto de los litigios terminados por sentencia firme”, la Sala acabó constatando que: “Una sentencia posterior no es un documento decisivo a los efectos de motivar la revisión de una sentencia firme; no cabe su consideración de documento recobrado u obtenido, del que no haya podido disponerse por fuerza mayor o por obra de la otra parte”.

Y así las cosas, el Auto, en el QUINTO de sus fundamentos de Derecho, establece que: *“la trascendencia de una sentencia del TJUE en la que se establezca una doctrina incompatible con la mantenida hasta ese momento por un tribunal español, y en concreto por el Tribunal Supremo, consiste, en lo que aquí interesa, en que **la jurisprudencia nacional debe modificarse para adaptarse a la jurisprudencia del TJUE**”*; Sin embargo, en el Fundamento de Derecho SÉPTIMO concluye que: *“no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior. Esa sentencia posterior no es un «documento» a efectos de lo previsto en el art. 510.1.1º de la LEC”.*

En quinto lugar, y no menos importante, a través de la **STS de 12 de diciembre de 2019**³³ el Tribunal Supremo falló a favor de dos consumidores que tras demandar a la entidad financiera les fue negado el derecho a reclamar por haber extinguido el contrato de préstamo hipotecario tras haber transmitido el inmueble hipotecado. Tal situación fue resuelta por nuestro Alto tribunal fallando que *“la extinción del contrato no priva a los demandantes de su acción”* (punto 3º del FALLO), sentando por tanto jurisprudencia en cuanto al plazo para reclamar la nulidad de la cláusula suelo, por lo que todos aquellos que hubieran liquidado por adelantado o finalizado el pago de la hipoteca podrían reclamar.

Y, por último, las Sentencias de **5 de noviembre de 2020**³⁴, cuyo Alto Tribunal juzga como abusivo la obligación que se presenta a los clientes de renunciar recíproca y mutuamente a ejercitar cualquier tipo de acción judicial a cambio de una reducción del tipo de interés variable o la eliminación del mismo según los casos; y de **21 de enero de 2021**³⁵, que resolvió de conformidad con la sentencia precedente, y por la cual dicha transacción sería válida si el

³³ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) 662/2019, 12 de Diciembre, 2019)

³⁴ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) núm. 580/2020, 5 de Noviembre, 2020)

³⁵ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 22/2021, de 21 de enero, 2021)

consumidor era consciente de lo que estaba firmando por haber sido debidamente informado sobre las consecuencias de adherirse a ese acuerdo y lo aceptó de forma voluntaria.

4.4. Postura del TJUE.

Son dos las sentencias del Alto Tribunal que marcaron un antes y un después en el asunto de las cláusulas suelo, concretamente la **STJUE de 21 de diciembre de 2016**³⁶, la cual sentenció, después de años de controversia tras el fallo de nuestro Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que los bancos que incluyeron la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario firmados con consumidores estaban obligados a devolver a los mismos todas aquellas cantidades que habían pagado de más desde el momento de su aplicación.

Y, en segundo lugar, la **STJUE de 9 de julio de 2020**³⁷ (la cual se analiza a continuación en el siguiente apartado 5.1.) relativa a los denominados “pactos novatorios”, y que termina, considerando abusivos, todos aquellos acuerdos en los que el prestatario no fuera debidamente informado sobre el contenido y las consecuencias de los mismos.

³⁶ (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre, 2016)

³⁷ (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 9 de julio, 2020)

5. LAS TRANSACCIONES Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

5.1. Sobre los pactos novatorios en relación con las cláusulas suelo, postura actual del Tribunal Supremo, sobre la validez de dichos pactos y la renuncia de acciones.

Llegando casi al final del presente estudio, el apartado a que a continuación haré referencia, me resulta de un especial interés por la maniobra que llevaron a cabo los bancos a partir de los años 2015 – 2016, y es que, recordemos, que cuando se dictó la primera sentencia en el año 2013 por parte del Tribunal Supremo anulando las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, se empezaron a dictar distintas sentencias que de manera sistemática daban la razón a los clientes anulando las cláusulas suelo y condenando a los bancos y cajas de ahorro a la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores.

Al ver los bancos que de manera continua las sentencias eran favorables a los clientes obligándoles a devolver las cantidades, muchos de ellos se apresuraron en tomar la iniciativa de llamar a los clientes con el objetivo de que fueran a sus oficinas para que comprobasen que, por ejemplo, por ser “tan buenos clientes” el banco de manera unilateral y sin ningún tipo de contraprestación iba a dejarles de aplicar las cláusulas suelo o a bajarles el tipo de interés, y para ello les hacía firmar un documento, el cual venía pre-redactado de manera unilateral por el banco en el que el cliente no podía añadir ni quitar una sola coma y en la que el cliente, no solamente manifestaba que conocía perfectamente de la existencia de la cláusula suelo y que el banco se la explicó cuando firmó el contrato de préstamo hipotecario en su día, sino que además renunciaba expresamente a emprender cualquier tipo de reclamación contra el banco. En ese documento el banco le dejaba de aplicar la cláusula suelo, o bien le pasaba la hipoteca a un interés fijo, o le bajaba el suelo, y el cliente renunciaba a reclamar.

Se planteó si dicha renuncia era válida, si iba o no en contra de la normativa europea de consumidores y en contra de la normativa de Consumidores y Usuarios. Fueron distintas las sentencias que se dictaron en procedencia, algunas a favor de los consumidores, otras en contra, hasta que el pasado 9 de julio de 2020 el TJUE dictó una sentencia en la que venía a indicar que esos acuerdos, mediante los cuales el cliente renunciaba a reclamar y por los que el banco quitaba la cláusula suelo o bajaba el tipo de interés fijo, eran válidos siempre y cuando hubiera habido una negociación por ambas partes y el cliente hubiera sido debidamente informado.

Vemos por tanto como el primero de los requisitos no se cumple, puesto que ese documento fue redactado unilateralmente por el banco sin posibilidad de **negociación** alguna por el

cliente. Pero es que tampoco se cumple el segundo requisito y es que exige el TJUE, y cito textualmente de la sentencia (apartado 30): “*siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor*”. Es decir, que el cliente tendría que haber sido **informado** por el banco de manera total de las consecuencias de la firma de ese documento, que no es otra que la renuncia a reclamar QUINCE, VEINTE O VEINTICINCO MIL EUROS.

Solamente se admite la validez si el banco demuestra que hubo una negociación, porque no olvidemos que es el banco el que debe de demostrar con pruebas que informó de las consecuencias de la firma de dicho acuerdo en materia de cláusulas suelo como profesional del sector, ya que, los consumidores, no están obligados por ley a demostrar que fueron informados, por ello, de no poder el banco acreditar en un juicio tales pruebas, esos acuerdos serán considerados nulos y los consumidores dispondrán del derecho a reclamar..

Hago un pequeño inciso para mencionar lo manifestado por Fernando Pantaleón Prieto, en una de sus entradas (Prieto, 2020) en el Almacén de Derecho, en concreto sobre “***la transparencia material de la cláusula de renuncia recíproca de acciones y la función del llamado “control de transparencia material”***.” Y cito:

“No cabe duda alguna sobre que, tratándose de un contrato de transacción, la cláusula de renuncia recíproca de acciones sería una cláusula definitoria del objeto del contrato en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. La Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, XZ, que aquí nos ocupa, lo deja claramente sentado. Su apartado 67 reza así:

*«Tal como señaló el Abogado General en los puntos 70 a 73 de sus conclusiones, es preciso distinguir la renuncia a ejercitar acciones judiciales **cuando se pacta en el marco de un acuerdo, como una transacción, cuyo objeto es propiamente la solución de una controversia existente entre un profesional y un consumidor**, de la renuncia previa al ejercicio de cualquier acción judicial incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y a la que se refieren los apartados 75 y 76 de la presente sentencia”.*

Y a tal efecto señala Pantaleón: “*basta leer esos apartados 75 y 76, para tener perfectamente claro que lo que en ellos se contempla es una cláusula **accesoria** (no negociada individualmente) que, en un contrato (de compraventa, de préstamo hipotecario) entre un profesional y un consumidor, estipule que el consumidor renuncia anticipadamente a cualquier acción que pudiera nacer a su favor de las normas de la Directiva 93/13. Es tan obvio que una cláusula como esa sería nula, por*

abusiva, como que no tiene nada que ver con el caso concreto que la referida Sentencia del TJUE contempló”.

“Seguidamente, señala Pantaleón en el apartado 68 de su Sentencia, el TJUE declara con acierto: “No obstante, una cláusula que contemple una renuncia mutua al ejercicio de cualquier acción judicial en el marco de un acuerdo que tenga por objeto la solución de una controversia surgida entre un profesional y un consumidor acerca de la validez de la cláusula de un contrato que vincula a estas dos partes puede constituir el objeto principal del acuerdo en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, quedar sustraída de la apreciación de su posible carácter abusivo, siempre que esté redactada de manera clara y comprensible, siendo el juez nacional el que debe llevar a cabo tal examen”.

Ulteriormente a la Sentencia del TJUE se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de noviembre de 2020, en la que el Tribunal se planteó dos cuestiones, por un lado, si es válido que el banco quitase la cláusula suelo o rebajase el tipo de interés, y por otro lado si es válida la cláusula de renuncia de acciones contra el banco.

Pues bien, respecto a la primera cuestión el TS ha indicado que será válido siempre y cuando el cliente supiese lo que firmaba, en este caso en concreto de la Sentencia de 5 de noviembre, el TS apreció la validez de la estipulación primera del contrato privado firmado entre la entidad y el cliente por el que se modificaba la originaria cláusula suelo del 3,25% al 2,25%, pues consideró que en ese caso el cliente sabía perfectamente lo que estaba firmando.

Con respecto a la segunda cuestión (que es la que realmente nos interesa) el TS señaló, en primer lugar, que, si se trata de una renuncia “genérica” a ejercer cualquier tipo de acción en referencia a la hipoteca, esa renuncia sería nula. Concretamente disponía lo siguiente (FD TERCERO, apartado 7 - último párr.): *“Al examinar el tenor la estipulación tercera del contrato privado, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a «cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha».*” Y finaliza el párrafo señalando que: *“En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.”.*

Por lo tanto, ese tipo de renuncia genérica que no se concreta en ninguna cláusula determinada sino en el préstamo hipotecario en general, según lo establece el Tribunal

Supremo, interpretando de manera correcta la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, es una renuncia nula.

Y, en segundo lugar, en el mismo párrafo del apartado 7 (FD TERCERO), el TS dejó claro que: *“si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia.”*

En resumen, el TS nos indica, que esa renuncia es válida solo si el cliente fue debidamente informado de las consecuencias económicas que suponía para él esa renuncia, es decir, que solamente si el banco informó al cliente que con la firma de ese documento iba a renunciar a su derecho a reclamar “x” cantidad dinero que le correspondiese por cláusula suelo, esa renuncia sería válida. Ahora bien, si en ese documento simplemente se señala que con esa firma el consumidor renuncia a reclamar cualquier cantidad que le correspondiera por cláusula suelo sin especificar ni informar qué cantidad le podría corresponder, esa renuncia es nula y el cliente puede reclamar.

Lo que interpreta, por tanto, el Tribunal Supremo, es que el cliente tiene que saber perfectamente a qué está renunciando. Y en dicho sentido, Fernando Pantaleón, en otra de sus entradas³⁸ en el Almacén de Derecho, en el que hacía varios comentarios concordantes y discrepantes con referencia a las conclusiones del Abogado General, el Sr. Saugmandsgaard Øe en el Asunto C-452/18, al final del comentario hacía referencia a lo que con ocasión de tales conclusiones dispuso la *Presidenta de ASUFIN*³⁹ del siguiente tenor literal: *“Las conclusiones del Abogado General siguen **dejando abierta la litigiosidad, al tener que demostrar, caso por caso, que se trató realmente de un acuerdo negociado y no de un abuso de posición por parte del banco**”*. Y al respecto de lo anterior es destacable la opinión manifestada por el jurista Fernando Pantaleón abriendo la puerta al debate de tratar el asunto sobre la base del error o el dolo como vicios del consentimiento, señalado a tal efecto lo siguiente: *“Yo no afirmo, ni que decirse tiene, que todos acuerdos transaccionales sobre cláusulas suelo hayan sido impecables. Lo que digo es que deben juzgarse con las normas de Derecho español sobre el error o el dolo como vicios de consentimiento. Y,*

³⁸ (Pantaleón Prieto, A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo, 2020).

³⁹ Asociación de Usuarios Financieros.

por cierto, sobre la base bien establecida de que no cabe anular una transacción por un error sobre el caput controversum; tanto si ese error lo padece un consumidor, como si lo hubiera padecido una entidad financiera.”

Para terminar la explicación de este apartado voy a hacer referencia a modo ilustrativo de dos sentencias relativas a pactos novatorios, la primera de ellas sin renuncia de acciones, es decir, un pacto de modificación de cláusula suelo, pero sin renunciar el consumidor a reclamar judicialmente contra el banco.

En primer lugar, la **Sentencia 00568/2020⁴⁰ de 16 de septiembre dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid**, que confirma la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia N. 4 de Valladolid en un procedimiento de contratación en relación con, entre otras cosas, la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario firmado por el consumidor.

En este asunto nos encontramos ante un pacto transaccional de la entidad financiera con el cliente posterior al préstamo hipotecario en el que no ha habido renuncia de acciones sino solo una rebaja temporal del interés. Al respecto la entidad financiera recurrió en apelación la sentencia del JDO. de 1ª Inst. 4 de Valladolid que había declarado nula por abusiva la cláusula suelo y la devolución de las correspondientes cantidades, entendiendo que el pacto novatorio firmado se trataba de un acuerdo transaccional libremente firmado a través del cual, la cláusula suelo fue suprimida y eliminada del contrato de préstamo, y para justificar su validez se ampara en una sentencia del Tribunal Supremo Español de 11 de abril de 2018 insistiendo en que dicha transacción cumplía con la exigencia de transparencia y los clientes conocían los términos y las explicaciones económicas.

Ante el anterior motivo de impugnación sobre el pacto novatorio, la Audiencia Provincial de Valladolid confirmando el fallo de la sentencia de 1ª Instancia, y haciendo referencia a las STS de 8 de marzo de 2018 y 21 de mayo de 2019, declaró que la nulidad absoluta de pleno derecho es insubsanable y no permite convalidar una cláusula de un contrato nulo, que la consecuencia de lo anterior y el hecho de que haya una reducción durante un tiempo del tipo de interés no significa que el contrato previo quede subsanado. Entonces, el supuesto no entra en la previsión del artículo 1.208 del Código Civil el cual prevé que: *“la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva”*, que es el caso de la hipoteca original donde se contenía

⁴⁰ (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Tercera), 568/2020, de 16 de septiembre, 2020)

la cláusula suelo, y termina diciendo: *“salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”*. En este caso la nulidad es absoluta, apreciable incluso de oficio. Este precepto legal, como dice la Audiencia Provincial amparándose en esas sentencias del Supremo, determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, con la excepción de que se invoque por el deudor dicha novación o que la ratificación convalide los actos nulos en origen.

Para que se produzca la subsanación es preciso que se den los requisitos del artículo 1.311⁴¹ del Código Civil, y en el caso concreto de esta sentencia analizado por la AP de Valladolid, no puede considerarse que estamos ante una convalidación en los términos que pretende la recurrente pues en ningún caso dicho documento constituye un acto inequívoco de la voluntad de convalidación o confirmación del contrato en el sentido de querer definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

En definitiva, en este tipo de pactos en los que no existe voluntad expresa convalidante de los deudores no nos hayamos nunca ante una “novación” de la obligación inicial y no puede ser por tanto convalidada siendo la obligación inicial nula de pleno derecho, y que, con fundamento en la última Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 9 de julio de 2020 no es posible convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra más favorable a los intereses del consumidor, aparentemente negociada.

Por todo ello, como sabemos, siendo necesaria la renuncia clara e inequívoca de conocimiento por parte del consumidor cuando nos encontramos este tipo de pactos, las audiencias ya se han postulado al igual que el Tribunal Supremo a la hora de entender que no son convalidantes de la nulidad de origen de la citada cláusula suelo declarada nula por abusiva y cuya abusividad por falta de transparencia o información del consumidor debe ser probada por parte de las entidades financieras que no es el caso de los presentes autos.

Distinto a este caso y en colación a lo apenas mencionado referente a la renuncia de acciones por parte del consumidor, es el pronunciamiento también de la **Sección Tercera de la**

⁴¹ España. Artículo 1.311 (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, 1889): *“La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”*.

Audiencia Provincial de Valladolid 5/2021 de 13 de enero⁴², la cual confirma, al igual que en el supuesto precedente, el fallo dictado por el JDO. de 1ª Instancia N. 4 de Valladolid, siendo dicho fallo del siguiente tenor literal: *"Estimo la demanda interpuesta por la representación de D^a Sonsoles y D. Anselmo declarando nula la limitación a la variación del tipo de interés -cláusula suelo- contenida en la escritura de compraventa de vivienda con subrogación y novación de préstamo hipotecario de 25 de Octubre de 2007 y en la revisión de condiciones de 23 de Febrero de 2016, eliminando las mismas, condenando a la demandada a restituir a los demandantes las cantidades cobradas en exceso desde la firma hasta el fin de su aplicación, más el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas desde la fecha de cada pago hasta su completa satisfacción"*.

Pues bien, en este caso la entidad financiera recurre dicha sentencia alegando que el pacto novatorio, de fecha 23 de febrero de 2016, fue un pacto lícito y válido en su totalidad pues arguye que el mismo superaba el control de transparencia exigido pues había sido firmado de forma libre y voluntaria por el consumidor y que conocía perfectamente toda la información necesaria "sobre la problemática existente en torno a la cláusula suelo" de su préstamo hipotecario. Se interesa pues, por parte del banco, que se reconozca eficacia transaccional al pacto privado firmado.

Pues bien, de igual modo que en el caso anterior, la entidad financiera se escuda en la STS de 11 de abril de 2018 insistiendo en que la transacción cumplía con la exigencia de transparencia y los clientes eran conocedores de todos los términos necesarios. A lo que la Audiencia, basándose en lo acertadamente alegado por el Juzgador de Instancia, dispone que no existen los presupuestos necesarios para entender que estamos ante una transacción, en primer lugar, no existe una manifestación esclarecedora de renuncia por parte de los prestatarios a poder ejercitar cualquier acción judicial contra la entidad financiera en relación con pactos anteriores, sino únicamente una intención de los clientes de minimizar los perjuicios que venían sufriendo como consecuencia de la cláusula suelo presente en su contrato de préstamo.

Y es de reseñar en este punto, al igual que lo hace la Audiencia, el momento en el que se firma el pacto y el modo en que se propone el mismo, pues justamente después de 10 meses de la firma de dicho pacto, se produjo el pronunciamiento por parte del TJUE de 21 de diciembre de 2016 que resolvía de una vez por todas la controversia, que tanto se ha tratado en el presente estudio, relativa a la irretroactividad de la sentencia del Tribunal Supremo de

⁴² (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Tercera) 5/2021 de 13 de enero, 2021)

9 de mayo de 2013, y que, en el caso que nos ocupa, no se hizo conocer a los clientes de las consecuencias que en su caso pudieran ocasionar para los mismos el poder reclamar todas aquellas cantidades que habían pagado de más desde la fecha de la firma de su contrato. Siendo esto en suma de lo anterior, una circunstancia relevante a tener en cuenta a la hora de prestar un consentimiento claro y transparente en una transacción como la que se alega existió.

Y es que el TJUE en sentencia de fecha de 9 de julio de 2020, como ya explicábamos al inicio del análisis del presente apartado, dispone que la renuncia será válida siempre que la misma “proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor”, y es que, como bien apunta la Audiencia: *“El art. 3, apartado 1, el art. 4, apartado 2, y el art. 5 de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una **cláusula suelo**, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida **cláusula suelo**, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.”*

Así, en aplicación de la doctrina del TJUE, sentencia de 9 de julio de 2020 y del TS en su pronunciamiento posterior de 5 de noviembre de 2020, considera la Audiencia que el documento privado firmado por los prestatarios se trata de un escrito “pre-redactado” por la entidad prestamista, en un “impreso estandarizado” y que fue ofrecido de forma generalizada a los clientes prestatarios que por aquel entonces no habían instado judicialmente la nulidad de las cláusulas suelo contempladas en sus contratos de préstamo. Concluyendo en consecuencia que tal documento no supera el debido control de transparencia desestimando el recurso interpuesto por la entidad financiera y confirmando el fallo estimatorio de 1ª Instancia en favor de los consumidores.

5.2. Defensa jurídica del afectado por la cláusula suelo.

Jurisdicción y competencia.

Según lo dispuesto en el artículo 52.1.14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴³, en concordancia con el art. 85.1 LOPJ⁴⁴ y art. 3.1, 19 bis de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial⁴⁵, que determina que en los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, **será competente el tribunal del domicilio del demandante**. En este sentido, corresponde el conocimiento del juicio al **Juzgado de Primera Instancia de la localidad o provincia** del lugar donde se suscribiera el préstamo hipotecario y además por ser la localidad donde la entidad demandada tenga abierta sucursal, de conformidad con los artículos 50.3 y 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de estos asuntos, a resultas de la modificación, entrada en vigor el 1 de octubre de 2015, por la aprobación de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio que permite que los asuntos de esta materia de la cláusula suelo dejen de ser competencia de los saturados Juzgados de lo Mercantil, para ser responsabilidad exclusiva de los Juzgados de Primera Instancia de cada ciudad, al modificarse el artículo 86.ter. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo y por lo que a la provincia de Valladolid respecta, a modo de ejemplo, desde el 1 de junio de 2017, corresponde el conocimiento del asunto o asuntos al **Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valladolid**, conforme al Acuerdo de 25 de mayo de 2017⁴⁶, publicado en el BOE de 27 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados la competencia territorial indicada, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

En dicho acuerdo, la Comisión Permanente en su reunión del día 25 de mayo de 2017, acuerda, en virtud de lo previsto en el artículo 98.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

⁴³ (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, 2000)

⁴⁴ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, 1985)

⁴⁵ (Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, 1989)

⁴⁶ (Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente , 2017)

atribuir al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valladolid la competencia territorial para aquellos asuntos concernientes a la citada materia suscitados dentro de la provincia de **Valladolid**.

Por razón de la cuantía es también competente al así establecerlo en primer término el artículo 249.1 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina que se decidirán en Juicio Ordinario, cualquiera que sea su cuantía: *“(…) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”*. En el mismo sentido el artículo 253.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que determina como cauce procesal adecuado para los supuestos de indeterminación de la cuantía, el proceso ordinario.

Al versar las demandas sobre peticiones de nulidad de cláusulas contractuales y reclamación de cantidades que no cabe determinar en el momento actual, se fija la cuantía de los procedimientos en **INDETERMINADA**, para ambas acciones, de acuerdo con la regla 3ª del artículo 253 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que *“Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario”*.

De conformidad con el artículo 32 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hace constar que el demandante será representado por Procurador habilitado y asistido en la dirección técnica por Letrado. De acuerdo con el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte manifiesta su voluntad expresa de cumplir todos los requisitos exigidos en la Ley.

Capacidad y legitimación.

La legitimación activa corresponde al consumidor demandante, titular del préstamo hipotecario que contiene la cláusula objeto de litigio, ostentando la legitimación activa como titular de tal préstamo frente al Banco, y de acuerdo igualmente con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pasivamente está legitimada la entidad bancaria demandada que formalizó el préstamo hipotecario con el actor, todo ello igualmente de acuerdo también con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6. CONCLUSIONES.

Para terminar el presente estudio, y que el mismo cobre un sentido desde mi perspectiva como futuro jurista, procedo a realizar las conclusiones de todo lo analizado y estudiado hasta ahora sobre las ya conocidas cláusulas suelo.

PRIMERA.- La primera de las conclusiones de este trabajo es la de señalar cómo las entidades financieras y de crédito, en una situación de decadencia económica y financiera, que todavía seguimos padeciendo en nuestro país, **se aprovecharon de manera ilícita con este producto** de la necesidad natural de muchos ciudadanos de adquirir una vivienda (un derecho reconocido en nuestra constitución en su artículo 47⁴⁷), así como de la insuficiencia de recursos de éstos, que se encontraban en la situación de tener que acudir a los bancos para solicitar un préstamo y de ese modo poder afrontar el pago de sus hipotecas. El mercado inmobiliario y los negocios financieros en buena medida están abiertos a todos los ciudadanos, en especial a aquellos que por no disponer de los recursos necesarios para acceder a una vivienda necesitan acudir a las entidades financieras para satisfacer tal necesidad. Precisamente muchas personas que se encuentran en dicha situación y no disponen ni de los conocimientos necesarios ni de la asesoría de expertos se vieron en la tesitura de aceptar las condiciones que les ofrecían las entidades financieras con el propósito de hacer frente a la compra de una vivienda. Estas personas vieron cómo las cláusulas suelo fijadas en sus contratos de préstamo hipotecario supusieron para ellos la pérdida de grandes cantidades de dinero sin ser en origen concededores reales de dicha problemática.

No sólo se trató de cláusulas que fueron redactadas previamente por los bancos sin que los consumidores pudieran influir en el contenido de la mismas, sino que además no fueron redactadas de manera clara y comprensible, impidiendo al consumidor entender el perjuicio que podía llegar a sufrir. Porque si bien en muchos casos la redacción podía ser precisa en términos financieros, ello no implicaba que pudieran ser igualmente entendidas de manera adecuada por las personas que iban a suscribir los contratos de préstamo hipotecario.

⁴⁷ España. Artículo 47 (Constitución Española, 1978) *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”*.

Para más inri, y en un primer momento, parecía que después del pronunciamiento de 9 de mayo de 2013 por nuestro Alto Tribunal, la situación tomaba una dirección, la de favorecer a todos aquellos consumidores que se habían visto afectados por la inclusión de dichas cláusulas, atendiendo de esta manera las demandas de los usuarios. Sin embargo, el Tribunal, que había tomado la decisión de declarar nulas las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo hipotecario, estableció en último término, que dicha declaración de nulidad cobraría efectos sólo a partir de la fecha de la sentencia, no atendiendo al fondo de la reclamación, que seguía siendo el mismo, desde el primer momento en que se firmaban los contratos.

Uno no puede pensar que el Tribunal Supremo al dictar sentencia resolviendo reconocer los derechos de los demandantes a partir de la fecha de la resolución, pretendía cubrir a los bancos y evitar una posible “indefensión” de los mismos, aunque visto por cualquier ciudadano esto es lo que pudiera llegar a pensarse. Sin embargo, no cabe ninguna duda que, en la resolución, aunque se diera la razón en el fondo a los usuarios, los bancos salían beneficiados, y los intereses de aquellos no suficientemente atendidos.

No obstante, fue sólo gracias al pronunciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, tres años más tarde, cuándo la cuestión que inicialmente suscitó una gran controversia desde el punto de vista de la devolución de las cantidades que habían sido cobradas de más por los bancos quedó clarificada, manifestando los tribunales que dicha cláusula que había sido declarada nula lo sería desde la firma del contrato de préstamo hipotecario.

SEGUNDA.- La segunda conclusión tiene que ver con la transparencia. Hay que recordar que en relación con este asunto, de gran calado social, se vienen sucediendo una serie de resoluciones por todos los Juzgados y Audiencias Provinciales españolas, que siguen las pautas y criterios previstos por nuestro TS, proporcionando los requisitos para poder identificar cuándo, en la contratación de estos préstamos, existe falta de transparencia, en cuyo caso se declara, como consecuencia, la nulidad por abusivas, de las citadas cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés, y más concretamente si la inclusión e información facilitada por las entidades en estas cláusulas, no cumple con el doble control de transparencia definido por nuestro alto tribunal, cuestión más ampliamente desarrollada respecto a su finalidad y requisitos en la Sentencia de 9 de Mayo de 2013, y el resto de jurisprudencia aplicable a estos efectos.

Como se puede deducir de manera inequívoca de dicha Sentencia de 9 de mayo de 2013 **el motivo de la nulidad de éstas cláusulas radica fundamentalmente en la falta de transparencia** de este tipo de producto que lo convierte sin duda en abusivas, como así se acredita con todo rigor en los requisitos⁴⁸ establecidos expresamente en el párrafo 225 de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo (repetidos en el fallo de la misma).

TERCERA.- La tercera conclusión **ataña a las consecuencias** que se derivan de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo tras las resoluciones de los distintos tribunales (TS y TJUE), siendo la más relevante el derecho de los consumidores a ser resarcidos por todas las cantidades que habían pagado de más, y que tras un largo y costoso proceso de demandas los consumidores finalmente han visto resarcidas sus justas reclamaciones, y no ya desde el momento de la primera sentencia de 9 de mayo de 2013, sino que se **reconoció la nulidad plena desde el primer momento de la firma de los contratos**. Lo que ha implicado finalmente que las entidades bancarias no podrán sacar al mercado productos de naturaleza similar a menos que hagan un esfuerzo extraordinario de información y transparencia para que no quepa ninguna duda de la limpieza del producto que ofrecen.

CUARTA.- Que, en cuarto lugar, los bancos, después de todo lo sucedido y al ver la avalancha de demandas que se les venía encima, a partir de los años 2015-2016 comenzaron a llamar a todos aquellos clientes que aún no habían emprendido acción legal alguna contra ellos, y que continuaban con la cláusula suelo vigente en sus contratos de préstamo hipotecario, con el objetivo de llegar a acuerdos con los mismos y de esa manera poder

⁴⁸ Párrafo 225 (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sección 991. Núm. 241/2013, de 9 de mayo, pág. 43 y 44) “*las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:*

- a) *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) *Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) *No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- d) *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*
- e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.”*

cubrirse las espaldas ante una posible y futura demanda, después de referirles que si accedían a firmar dicha transacción, verían rebajado su tipo de interés suelo o en algunos casos su eliminación, y todo ello, a cambio de la renuncia a emprender cualquier tipo de acción legal contra la entidad, no recibiendo nuevamente información alguna del dinero al que renunciaban en caso de querer reclamar.

Esta jugada de parte de los bancos funcionó en muchos de los casos, consecuencia del desconocimiento de los prestamistas que lo único que veían era una reducción del interés “variable” o la eliminación del mismo, no siendo conscientes del derecho a que estaban renunciando. Sin embargo, y gracias a las sentencias del Tribunal Supremo, en un primer momento, y la posterior resolución del TJUE, muchos de los clientes que habían firmado dichos pactos pudieron percatarse de la abusividad de los mismos, comenzando a emprender acciones legales en contra de tales pactos novatorios y que en la mayoría de los casos se ha podido apreciar su carácter abusivo.

Por ello, la cuarta conclusión hace mención a la **crítica y al rechazo del sinuoso interés de las entidades bancarias manifestado en sus maniobras de transacción novatorias** para evitar en parte los costes que pudieran derivarse tras las sentencias fijadas por los tribunales a favor de las demandas de los consumidores.

Por todo ello, considero estas maniobras, sí no un nuevo fraude al consumidor, sí un intento claro de eludir el cumplimiento expreso y riguroso de las sentencias de los tribunales fijadas para subsanar el abuso y la injusticia sufridos como consecuencia de la utilización de este tipo de productos financieros. Al efecto de estos pactos novatorios los tribunales se han visto de nuevo requeridos y han dictado sentencias contrarias a este tipo de maniobras de renovación ventajistas utilizadas por las entidades financieras.

QUINTA.- Resultando que, a la postre, después de toda esta situación, los bancos ya no incluyen más estas cláusulas suelo presentadas como cláusulas de “tipo variable” cuando en realidad eran de tipo fijo, cláusulas, que en sí mismas eran legales, pero que enmascaradas en innumerables datos resultaban imperceptibles para el ojo de un consumidor medio.

Y es que la presente problemática la podríamos calificar como una de tantas que nos podemos encontrar en la vida cotidiana de cada uno y que en la mayoría de los casos se escapa de nuestro entendimiento, que no va más allá del conocimiento de un ciudadano de a pie no acostumbrado a tratar con ciertos temas financieros.

Consecuencia del estudio realizado considero que no estamos hablando de quizá un vendedor cualquiera que en aras a conseguir algo más de un acuerdo utiliza maniobras o prácticas para tratar de conseguir un objetivo, no, estamos hablando de bancos, entidades financieras y de crédito, que se encuentran al servicio de la ciudadanía y que a mi modo de entender las cosas, deben de prestar siempre una mayor atención a todas aquellas personas que, por las circunstancias que fueren, se encuentren en una situación de indefensión y, en vez de tratar de aprovecharse de las mismas por un beneficio particular, sean ayudadas por el bien de todos.

Por ello, este trabajo concluye con el rechazo absoluto de este tipo de prácticas abusivas que gracias al tesón de muchos ciudadanos y al buen trabajo (aunque lento) y a veces “dubitativo” de los tribunales de justicia ha permitido acabar con este tipo de productos que lesionan los derechos de los consumidores, exigiendo criterios de transparencia y de información precisa que eviten fraudes encubiertos o negocios con motivos espurios o ilícitos.

7. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

7.1. Fuentes doctrinales

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (21 de Marzo de 2017). *Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato*. Obtenido de Almacén de Derecho: <https://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.

CÁMARA LAPUENTE, S. (s.f.). "*Aspectos controvertidos del concepto del consumidor y del control de transparencia*". Obtenido de Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=v-oplYsCQwo>

CÁMARA LAPUENTE, S. (s.f.). *Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia "abusiva" e las cláusulas suelo no*. doi:<https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3628>

CAÑIZARES LASO, A. (2015). «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo». *Revista de Derecho Civil*, 2.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2021). *Transparencia y abusividad respecto de los elementos esenciales del contrato (Sentencias del TS de 12 de noviembre de 2020 a propósito del IRPH)*. En el libro "*Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo*". SEPIN.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2019). *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*. España: Reus.

ORDUÑA MORENO, F. J. (2014). *Las cláusulas suelo: el control de transparencia (Comentario a la STS de Pleno, 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013)*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel González*. Vol. 2). Aranzandi.

PANTALEÓN PRIETO, F. (4 de Febrero de 2020). *A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo*. Obtenido de Almacén de Derecho: <https://almacenederecho.org/a-proposito-de-las-conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-las-transacciones-sobre-las-clausulas-suelo>

PANTALEÓN PRIETO, F. (13 de julio de 2020). "*Las transacciones sobre cláusulas suelo*". Obtenido de Almacén de Derecho: <https://almacenederecho.org/las-transacciones-sobre-clausulas-suelo>

PAZOS CASTRO, R. (28 de febrero de 2017). "La retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo según el TJUE: Luces y sombras". *La Ley Unión Europea*, n.º 45.

PAZOS CASTRO, R. (2012). *Foro Lex*. Obtenido de <http://www.foro-lex.com/ap/actualidad/?not=33e75ff09dd601bbe69f351039152189>

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2017). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (enero de 2017). "*Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo*". Obtenido de InDret (www.indret.com): <https://indret.com/algunas-notas-sobre-la-stjue-21-diciembre-2016/>

RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusulas suelos y reclamación de gastos hipotecarios*. SEPIN.

RUIZ DE LARA, M. (2014). *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*. Madrid, España: Fe d'erratas.

7.2. Fuentes normativas

- **Legislación comunitaria**

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (30 de marzo de 2010). Obtenido de Diario Oficial de la Unión Europea: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Directiva

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (5 de abril de 1993). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

- **Legislación estatal**

Constitución Española. (29 de diciembre de 1978). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley/Ley Orgánica

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. (4 de mayo de 1998). Obtenido de Boletín Oficial del Estado, 14 de abril de 1998, núm 89: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>

Decreto/Real Decreto/Real Decreto Ley

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (16 de agosto de 1889). Obtenido de BOE: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Decreto/Real Decreto/Real Decreto Ley

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. (1 de

diciembre de 2007). Obtenido de Boletín Oficial del Estado núm. 287, de 30/11/2007: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

Ley/Ley Orgánica

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (8 de enero de 2000). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley/Ley Orgánica

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (2 de julio de 1985). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

Decreto/Real Decreto/Real Decreto Ley

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. (16 de octubre de 1885). Obtenido de BOE: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>

Decreto/Real Decreto/Real Decreto Ley

Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. (21 de enero de 2017). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-653

Ley/Ley Orgánica

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la qu. (8 de diciembre de 2007). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-21086

Ley/Ley Orgánica

Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. (19 de enero de 1989). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-29622>

Acuerdo

Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente . (27 de mayo de 2017). Obtenido de Boletín Oficial del Estado: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5891

7.3. Fuentes jurisprudenciales

- Tribunales internacionales

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio, C-484/08, (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 3 de junio de 2010). En el asunto C-484/08, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal Supremo, mediante auto de 20 de octubre de 2008, recibido en el Tribunal de Justicia el 10 de noviembre de 2008, en el procedimiento entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc). Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0484>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre, Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 21 de diciembre de 2016). Obtenido de EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62015CJ0154>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 9 de julio, En el asunto C-452/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel, mediante auto de 26 de junio de 2018, recibido en el Tribunal (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 9 de julio de 2020). Obtenido de <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2020/07/SENTENCIA-C-0452-2018.pdf>

- Tribunales españoles

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sección 991. Núm. 241/2013, de 9 de mayo.

Tribunal Supremo

Sentencial del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Núm. 139/2015, de 25 de marzo.

Juzgado de lo Mercantil

España. Juzgado de lo Mercantil de Valladolid, núm.1. Sentencia núm. 489/2016 de 4 de julio.

Tribunal Supremo

Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil), de 4 de Abril, Recurso Núm.: 7/2017.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo 594/2017 (Sala Primera, de lo Civil), de 7 de noviembre.

Audiencia Provincial

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4), núm. 611/2017, de 1 de diciembre.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 314/2018, de 28 de mayo.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) 662/2019, 12 de Diciembre.

Audiencia Provincial

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Tercera), 568/2020, de 16 de septiembre.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) núm. 580/2020, 5 de Noviembre.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 22/2021, de 21 de enero.

Audiencia Provincial

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Tercera) 5/2021 de 13 de enero.