

**LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE
INTERÉS EN LOS CONTRATOS DE
PRÉSTAMO HIPOTECARIO:
LAS CLÁUSULAS SUELO Y TECHO**



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Marc Navarro Deiros

Trabajo de Final de Grado

4to de Derecho

Director: Lorenzo Prats Albentosa

Fecha de entrega: 22/05/2020

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LAS CLÁUSULAS SUELO Y TECHO: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.....	8
3. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES.....	9
3.1 Objetivo.....	9
3.2 Contenido.....	11
4. LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	14
4.1 El concepto de condición general de la contratación.....	15
4.2 Requisitos de incorporación e interpretación de las condiciones generales de la contratación.....	17
5. EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	19
6. LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.....	20
7. LA SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2013 DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	22
7.1 Antecedentes.....	22
7.2 Síntesis de los hechos.....	23
7.3 La falta de transparencia en la sentencia de 9 de mayo de 2013.....	25

7.4 La eficacia no retroactiva de la sentencia	33
8. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA C-154/15, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016.....	36
8.1 Efectos temporales de la nulidad de las cláusulas suelo.....	37
9. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2017.....	40
9.1 Síntesis de los hechos.....	40
9.2 Adaptación a la STJUE 21/12/2016.....	41
10. CONCLUSIÓN.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial.

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

AUSBANC: Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española de 1978.

CESCO: Centro de Estudios de Consumo.

CGC: Condiciones Generales de Contratación.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

Coord.: Coordinador.

EM: Estados Miembro.

LCCI: Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LCGC: Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.

LGDCU: 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.

Núm.: Número.

OJ: Ordenamiento Jurídico.

OM: Orden Ministerial.

p.: Página.

pp.: Páginas.

Rec.: Recurso.

s.: Siguiente.

SA: Sociedad Anónima.

SCC: Sociedad Cooperativa de Crédito.

SJMerc: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

ss.: Siguientes.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

Vol.: Volumen.

RESUMEN

En este trabajo se pretende realizar un estudio del tratamiento jurídico que se les ha dado a las cláusulas suelo y techo. Estas cláusulas, fueron, durante un período de tiempo, insertadas en una gran cantidad de contratos de préstamo hipotecario, surgiendo así la controversia de si estas tenían el carácter de abusivas o no.

Para analizar la posible abusividad de estas cláusulas, se hace una revisión de la legislación, tanto nacional como comunitaria, encargada de dar regulación a estas cláusulas. Además, es de vital relevancia para la resolución del tema analizado el estudio que se realiza de la jurisprudencia que se pronuncia en relación con este tema. Esta jurisprudencia, tiene tanto un origen nacional como comunitario, siendo relevante el papel que el TJUE toma en relación con las cláusulas suelo.

Todo este análisis, además, se perfecciona con la inclusión en el mismo de las principales posiciones doctrinales que surgen para determinar el tratamiento jurídico de las cláusulas suelo.

ABSTRACT

this work makes a study of the legal treatment of the floor clauses, added for a time to mortgage loan contract, creating the dilemma of whether they were legal or not.

To determine this, we will review the most important laws, both national and community. We will also study the most important jurisprudence related, being very important the role of the court of justice of the european union.

This analysis is refined with the inclusion of the main doctrinal positions that are expressed on the floor clauses.

1. INTRODUCCIÓN

Una vez decidí empezar la realización de lo que sería mi Trabajo de Final de Grado, tuve claro una cuestión, que no era otra que la vinculada a la necesidad que tenía de abordar en mi estudio un tema de especial trascendencia social y jurídica.

Por esto, decidí estudiar un fenómeno que afectó a miles de familias en nuestro país, y que supuso el pronunciamiento respecto al tema de los mas altos tribunales tanto de nuestro estado, como de la Unión Europea. Este fenómeno es el de las denominadas cláusulas suelo y techo. Estas, pretenden establecer en los contratos de préstamo hipotecario una serie de topes a la variabilidad del tipo de interés.

La cuestión, derivó en una gran interposición de demandas, dirigidas contra las entidades financieras, demandas que se solventaron con resoluciones judiciales confrontadas entre sí, hasta que surgió la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Por lo tanto, el objetivo de este estudio no es otro que la exposición de la situación legislativa, judicial y doctrinal derivada de la presencia de las cláusulas suelo en el estado español. La vida de estas cláusulas ha estado marcada por varios hitos jurisprudenciales, derivados de sentencias emanadas tanto de nuestro TS como del TJUE.

Por lo tanto, una pregunta que me formulo al iniciar este estudio, y que pretendo resolver con el mismo, es la de cual es la legislación tanto nacional como comunitaria encargada de regular este tipo de cláusulas.

Junto a esta cuestión mencionada, pretendo resolver en este trabajo la incógnita de cual es la principal postura jurisprudencial sobre las cláusulas suelo en nuestro estado actualmente.

Todas estas cuestiones, servirán para resolver la cuestión que considero de mayor relevancia: ¿Son las cláusulas limitativas del tipo de interés cláusulas válidas según nuestro sistema legal?

Para resolver estas incógnitas, utilizaré como principales instrumentos la legislación que de ahora en adelante trataré, así como las sentencias que estudio en

los diferentes puntos del trabajo. Junto a estos medios, recalcar la importancia en mi trabajo de los diferentes manuales consultados, así como de las revistas jurídicas y webs consultadas, encargadas de aproximarme a las diversas posiciones doctrinales en relación con las cláusulas suelo.

2. LAS CLÁUSULAS SUELO Y TECHO: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

Las cláusulas suelo y techo son una serie de cláusulas añadidas en determinados contratos de préstamo hipotecario con el objetivo de fijar unos límites en los intereses que debe pagar el prestatario. Estos límites pueden ser restricciones al alza o a la baja. Según OLIVA Y LEÓN¹, estas cláusulas son una estipulación contractual que puede incluirse en el contrato de préstamo, y que designa el porcentaje mínimo de interés que se aplicará a las cuotas que el prestatario tendrá que pagar.

El índice objetivo de referencia, con base en el cual se procede a la actualización del tipo de interés en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios a tipo variable, es el Euríbor. En estos préstamos, objeto de este estudio, los intereses que han de ser abonados por el prestatario en cada período a la entidad bancaria resultan de la suma del Euríbor más un diferencial, pactado entre el propio banco y el prestatario, a revisar con la periodicidad que las partes estipulen. Por lo tanto, estamos ante índices susceptibles de fluctuaciones. Los bancos, pretendieron protegerse imponiendo algunas veces a los clientes una serie de topes a las variaciones del interés para asegurarse así un cobro mínimo y de carácter estable. Lo que determinó que, realmente, el tipo de interés no era variable, estrictamente, puesto que, a partir de ciertos topes –“suelo” o “techo”- el tipo de interés se convertía en fijo.

¹ OLIVA LEÓN, Ricardo, 2015. Cláusulas suelo (definición y jurisprudencia). Disponible en: <http://www.lenguajejuridico.com/clausulas-suelo-definición/>

Para entender mejor el origen del conflicto en España originado por la aplicación de estas cláusulas, es necesario analizar el contexto en el cual empiezan a aplicarse de forma masiva las mismas a modo de condición general de la contratación.

Como consecuencia de la crisis, que empezó en septiembre del año 2008, el Euribor – después de unos primeros años al alza debido a una errónea decisión del BCE- se desplomó. Los préstamos hipotecarios que se habían concedido durante la época de la denominada “burbuja inmobiliaria”(1994-2007), ya contenían las cláusulas suelo y techo, en muchas ocasiones “vendidas ” como garantías para el prestatario frente a una posible subida de tipos.

Cuando el Euríbor empieza a caer a partir de octubre de 2011, una buena cantidad de prestatarios descubrieron que su tipo de interés no baja lo que bajó el Euribor como consecuencia del tope/suelo.

Es aquí cuando surge el conflicto, pues los bancos, a modo de protección, junto con las cláusulas techo habían incluido cláusulas que establecían un límite a la baja del tipo de interés. Aquí nace la discordia, pues ante este supuesto algunos prestatarios se sintieron engañados por las entidades bancarias que habían considerado protectoras. Por lo tanto, vemos un claro choque de intereses que surge como génesis del tema que estudiamos ahora, que no es otro que la licitud o nulidad de estas cláusulas limitativas del tipo de interés.

3. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

3.1 Objetivo

Para comenzar a conocer las cláusulas que serán objeto de análisis de ahora en adelante, es necesario ir directamente hacia la verdadera génesis legislativa de la discordia que ahora mismo existe sobre la abusividad o no de las cláusulas suelo y techo.

Para ello, resulta imprescindible marchar directamente hacia la revisión de una Directiva que en su momento nació con el principal objetivo de “adoptar medidas

para establecer progresivamente el mercado interior antes del 31 de diciembre de 1992”². Esta misma, en su exposición de motivos, ya empieza a reflejar de una forma límpida las intenciones y objetivos que se pretenden lograr con la adopción de la presente directiva.

Como inicio, hay que destacar que esta Directiva pretende dar efectiva protección a los consumidores contra las cláusulas determinadas abusivas, en cualquier tipología contractual celebrada entre empresas y consumidores. Por lo tanto, arrancaremos el análisis de los objetivos de esta afirmando que nos encontramos ante “un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior”³.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como hemos dicho, nace para brindar protección al consumidor frente a cláusulas abusivas, pero una vez es sabido esto, debemos plantearnos porque es necesaria esta protección. Para entender mejor esto, debemos hacer una breve enumeración de las razones principales que dan nacimiento a dicha directiva, simplificables en pocos puntos extraídos de su exposición de motivos, y que no son otros que los que ahora exponemos:

- I. Es necesaria la creación de un cuerpo legislativo comunitario que proteja al consumidor frente a este tipo de cláusulas debido a que las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentan diferencias considerables.
- II. Es labor de los Estados miembros la protección de los consumidores con el objetivo de evitar la inclusión de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

² Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34.

³ Unión Europea. Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores 2019/C 323/04. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 248, de 27 de septiembre de 2019.

- III. La gran variedad en los distintos Estados miembros de legislaciones protectoras de los consumidores y las grandes diferencias entre estas hacen necesaria la creación de un cuerpo legislativo común protector del consumidor como método de evitar que esta dificultad pueda, según la exposición de motivos de la Directiva, *disuadirles de realizar transacciones de adquisición de bienes o servicios de modo directo en otro Estado miembro*.
- IV. Por último, se expresa también en la exposición de motivos que es esencial que el consumidor se encuentre amparado contra el posible abuso de poder que puede sufrir en los denominados contratos de adhesión y por *la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos*.

Por lo tanto, de los puntos destacados vemos la vital importancia de adoptar normas homogéneas sobre cláusulas abusivas para asegurar una efectiva protección al consumidor.

Es en este punto entonces, donde debemos detenernos para ahondar en cual es el verdadero contenido de esta Directiva, y, por lo tanto, cuales son los verdaderos medios que se dan al consumidor para protegerlo ante cláusulas que pueden ser consideradas abusivas.

3.2 Contenido

Arranca la Directiva dejando claro en su artículo primero lo que ya hemos expuesto en nuestro primer apartado, y es el hecho de que esta Directiva nace para acercar las disposiciones de los Estados miembro sobre las denominadas cláusulas abusivas entre profesionales y consumidores. Llegados a este punto, y sabiendo las pretensiones de este cuerpo legislativo, debemos saber ahora cual es verdaderamente la definición de cláusulas abusivas.

Para ello, primero determinaremos qué no es una cláusula abusiva. En los contratos celebrados entre consumidores y empresarios, se da la situación de que muchas veces no se negocian individualmente las cláusulas del contrato, sino que son “impuestas” por una de las partes, “mediante un contenido predeterminado del

contrato”⁴. Estas serían las denominadas “cláusulas no negociadas individualmente”. Este tipo de clausulado crea una situación de desigualdad entre consumidor y empresario, ya que debido a esto el consumidor se presenta muchas veces “sin fuerza ni conocimientos especializados para discutir o negociar esas cláusulas”⁵. Estas, son las denominadas Condiciones Generales de la Contratación, cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Este tipo de cláusulas, son permitidas por nuestra legislación vigente, pero deben de cumplir una serie de determinados requisitos para que estas mismas no adquieran la condición de abusivas. Algunos de estos requisitos ya quedan plasmados en el artículo tercero de esta Directiva, al decir que serán consideradas abusivas aquellas cláusulas no negociadas individualmente que no cumplan “el deber de respetar las expectativas legítimas derivadas de la buena fe”⁶ conforme al art. 1.258 CC, así como las cláusulas *que causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato* (artículo 3.1 de la Directiva 93/13).

Esta sería una somera revisión de las características que deben concurrir para la apreciación de una cláusula como abusiva dentro de un contrato de adhesión según el artículo tercero de la Directiva analizada. Las cláusulas abusivas se definen legalmente como todas aquellas cláusulas o 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 en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de

⁴ CORRAL, José, “Cláusulas abusivas”, Revista El Notario del Siglo XXI núm. 49 (2013), pp. 31-32.

⁵ CORRAL, José, “Cláusulas abusivas”, cit., p. 32.

⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, “Buena fe ex. Artículo 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, Indret: Revista Para el Análisis del Derecho núm. 4 (2016).

noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, determina una serie de cláusulas abusivas, recogidas en los artículos 85 a 90 LGDCU.

Es aclarador el artículo cuarto de la Directiva estudiada, ya que es este quien se encarga de declarar la necesidad de ponderar la *naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato* a la hora de determinar si una cláusula es abusiva o no, así como *todas las circunstancias que concurran en su celebración, y, todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*. Junto a esto, el artículo se cierra en su punto segundo afirmando que el carácter abusivo de dichas cláusulas no hará referencia al objeto principal del contrato, ni a la correlación entre precio y retribución, ni a la contraprestación debida.

Se abre el artículo cinco de la Directiva imponiendo otro requisito al control de las cláusulas impuestas, y es la necesidad de ser redactadas de forma *clara y comprensible*. No es tema baladí, pues en caso de duda a la hora de interpretar, se aplicará el principio de interpretación mas favorable al consumidor. Veremos conforme avance el estudio que “incumbe al juez nacional determinar si un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz podía entender la cláusula ”⁷.

Para saber las consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva, debemos atender al artículo seis, el cual deja claro que el resultado de esto es la no vinculación de esta en relación con el consumidor, aunque el contrato no tiene por qué extinguirse *si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas* (artículo 6.1 de la Directiva 93/13). Para aquellos que requieran de la declaración de una cláusula de un contrato de adhesión como abusiva, el artículo siete prevé la presencia imperativa en los Estados miembros de medios que garanticen el cese en el empleo de dichas disposiciones.

⁷ LYCZKOWSKA, Karolina. ¿Qué es lo que se entiende por una cláusula clara y comprensible? Disponible en: <https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Qu%C3%A9-es-lo-que-se-entiende-por-una-cl%C3%A1usula-clara-y-comprensible.pdf>

Quiero destacar como cierre del apartado, que el artículo ocho de esta Directiva deja claro que lo que sí podrán hacer los Estados miembros será instituir mandatos más estrictos que los que estipula dicha Directiva, siempre que estén en consonancia con la misma.

Resaltar que la Directiva cierra su redactado haciendo una enumeración de una serie de cláusulas denominadas abusivas. Debo destacar, que esta Directiva establece en la letra *i* del anexo, que serán abusivas las cláusulas que *determinan la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.*

4. LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Deja clara la Directiva estudiada, en su artículo 10.1, la obligación de los EM de *adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva.*

Esta transposición se lleva a cabo en nuestro estado a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La Ley establece un “régimen dual, más genérico cuando se trata de contratos entre profesionales, y más riguroso cuando se trata de contratos celebrados con consumidores”⁸. En lo que hace referencia al concepto de consumidor, la jurisprudencia del TJUE ha ido evolucionando desde un criterio mas restrictivo, según el cual aquellos bienes que “se adquieren deben dirigirse a satisfacer necesidades personales o familiares para ser reputado consumidor ”⁹; hasta llegar a un criterio más amplio en el cual se exige

⁸ SARAZÁ JIMENA, Rafael, “La Ley sobre condiciones generales de la contratación”, Revista Jueces para la Democracia núm. 32 (1998), pp. 50-57.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32.

solamente que “el contrato celebrado sea ajeno a la actividad profesional del consumidor”¹⁰.

Recalco que es solo cuando estemos ante una relación consumidor y profesional, cuando operarán íntegramente el listado de cláusulas abusivas enumeradas en esta Ley (más concretamente, las recogidas en la disposición adicional primera de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*).

Avanzando en la Ley examinada, deja claro la exposición de motivos de esta cuál es su objetivo, que no es otro que dar regulación y distinción entre lo que son cláusulas abusivas de lo que son CGC. Se torna sustancial el hecho de delimitar efectivamente qué es una condición general de contratación y qué es una cláusula abusiva, pues las primeras no tienen por qué ser nulas, y, por lo tanto, puede ser completamente válida su inclusión “a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes”¹¹.

La propia LCGC en su artículo número tres determina su ámbito de aplicación territorial, teniéndose que tratar de contratos ligados a la legislación española, o contratos que se sometan a la legislación española *cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual*.

4.1 El concepto de condición general de la contratación

Según el artículo primero de la LCGC, *son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*. Por lo tanto, se exige la imposición unilateral de la

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, EU:C:2015:538.

¹¹ España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, Boletín Oficial del Estado, núm. 89, de 14 de abril de 1998, páginas 12304 a 12314.

cláusula junto con la necesidad de que estas cláusulas pretendan ser integradas a una multiplicidad de contratos.

Para ALBALADEJO, es CGC aquella oferta que una persona o entidad hace a muchos. Dicha oferta suele hacerse de forma uniforme, conteniendo las llamadas condiciones generales, que “son condiciones propuestas a todos los que quieran contratar”¹². Debo destacar por su importancia que una CGC “ha de reunir los caracteres de la contractualidad, predisposición, imposición unilateral y uniformidad”¹³.

Para entender su existencia debemos saber que las CGC tienen su origen en los inicios del siglo XX, época en la que el nacimiento de “la producción en masa requiere de métodos más rápidos que prescinden del trato individual”¹⁴. En este contexto, las empresas amparan la creación de estos contratos de adhesión en el principio de libertad de contratación, ya que estas “se configuraban respetando el principio de autonomía de la voluntad”¹⁵ y el derecho a la libertad de empresa.

En un país como Italia se ha utilizado como base justificativa de la existencia de las CGC la libertad de iniciativa económica, la cual encuentra amparo en el artículo cuarenta y uno de la Constitución del estado italiano. Otra teoría que defiende la necesidad de las CGC será la derivada de la realización de un análisis económico del Derecho, promovido por la Escuela de Chicago, firme defensora de que el Derecho busca como principal objetivo la defensa y la constante búsqueda de la eficiencia.

¹²ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil, Volumen II, Tomo I: Derecho de Obligaciones”, Madrid, Editorial Edisofer, 2011.

¹³ DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, “Sistema de derecho civil, volumen II, tomo I, el contrato en general: la relación obligatoria”, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.

¹⁴BLANCO GONZALO, Jose Manuel, 2017. “La Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación: control jurisdiccional y especialidades procesales” (tesis doctoral). Universidad complutense de Madrid, España.

¹⁵ O’CALLAGHAN X., “Condiciones generales de contratación: Conceptos generales y requisitos”, CGPJ, 1993.

4.2 Requisitos de incorporación e interpretación de las condiciones generales de la contratación

Es en este punto es donde considero que vamos a empezar a desentrañar las razones por las cuales una cláusula añadida como CGC que pone topes a la variabilidad del tipo de interés en los contratos de crédito inmobiliario puede ser abusiva, puesto que ahora analizaremos cuales son los requisitos para que dichas cláusulas puedan incorporarse al contrato, así como las reglas para interpretar las CGC que debe respetar el predisponente.

Si una cláusula se califica como CGC, deberá pasar primeramente el control de inclusión, recogido en el artículo cinco, y encargado de “garantizar que el adherente pueda tener conocimiento del contenido del contrato al que se adhiere”¹⁶.

En los contratos que se deben de formalizar por escrito, las CGC solo se incluirán en el contrato si el adherente acepta la incorporación y esta sea firmada por todos los contratantes. En el caso de que no sea obligatoria su formalización por escrito, será suficiente con que el adherente haya podido conocer de forma efectiva la existencia y contenido de la CGC. Por último, en la contratación mediante medios electrónicos o telefónicos, deberá constar la aceptación de todas las cláusulas incluidas en el contrato sin que se requiera firma convencional.

Otro control sería el denominado control de contenido, recogido en el artículo ocho de la LCGC. Según este control, serán nulas las CGC contrarias a cualquier norma imperativa en perjuicio del adherente. Serían contrarias a esta Ley las que no respeten los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Estos requisitos son comparables con los que exige la letra *i* del anexo de la Directiva 93/13/CEE, pues la necesidad de que la CGC en cuestión cumpla con el criterio de transparencia es similar a la necesidad de que no se determine la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

¹⁶ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil, Volumen II, Tomo I: Derecho de Obligaciones”, cit., p. 397.

Por lo tanto, creo a partir de ahora que el criterio de la transparencia va a cobrar vital importancia a la hora de analizar la posible abusividad de las cláusulas suelo y techo en los contratos de crédito inmobiliario. Según GONZÁLEZ PACANOWSKA¹⁷, el concepto de transparencia está íntimamente ligado al de información y desvela una situación contractual en la que hay una asimetría informativa entre partes, supuesto típico de los contratos de adhesión. Para MINERVINI¹⁸, transparencia es un modo resumido de expresar el concepto de información completa y se concibe como total cognoscibilidad de las condiciones del contrato.

No se incorporarán, de acuerdo con el artículo siete de la LCGC, las cláusulas que resultaren *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*.

Por último, es necesario destacar que el artículo seis de la LCGC dictamina que cuando haya contradicción entre las CGC y las condiciones particulares previstas para el contrato en cuestión, éstas últimas prevalecerán salvo que las CGC sean más beneficiosas para el adherente. Junto a esto, declara que en el caso de dudas en la interpretación de las CGC se resolverán a favor del adherente. Para todo lo demás, será de aplicación la regulación que el CC brinda en relación con la interpretación de los contratos.

Cerrar este punto destacando que el artículo diez de la LCGC (en consonancia con el artículo ochenta y tres de la LGDCU), determina que la declaración de nulidad de una o varias CGC por resultar estas abusivas no determina la total ineficacia del contrato si este pudiera subsistir. La parte afectada por la nulidad deberá integrarse atendiendo al artículo 1258 CC.

¹⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Navarra, Aranzadi, 1999, pp. 139-172.

¹⁸ MINERVINI, Enrico, “La trasparenza delle condizioni contrattuali”, BBTC, 1997.

**5. EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE,
POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY
GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS**

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios también hace una regulación de las denominadas cláusulas no negociadas individualmente, estableciendo en su artículo 80, que estas deben cumplir con los criterios de concreción, claridad, sencillez, accesibilidad, legibilidad, buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

En su artículo 82, se establece lo que se considerará cláusula abusiva. Según este, *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.*

Según este mismo artículo, tendrán la consideración de abusivas las cláusulas que vinculan el contrato exclusivamente a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor o del usuario, establezcan una falta de reciprocidad en el contrato, creen para el consumidor o usuario garantías de carácter desproporcionado o se imponga indebidamente la carga de la prueba, tengan carácter desproporcionado en vínculo con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contradigan las normas sobre competencia y derecho aplicable.

En el artículo 83 LGDCU, se dictamina que *las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.* Además, afirma que *las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.*

Es necesario resaltar que, en los artículos 85 a 90 de la LGDCU se recoge una lista de CGC que se consideran abusivas.

6. LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Todos estos requisitos hasta ahora mencionados encuentran respaldo en nuestra Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la cual introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico el “régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17/UE sobre contratos de créditos inmobiliarios”¹⁹.

Esta Ley, hace verdadero hincapié en la necesidad de proporcionar al prestatario información general sobre el préstamo inmobiliario (incluyendo las formas de tipo deudor aplicable), diciendo su artículo noveno que esta información se facilitará *en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico* y de la forma más clara y comprensible.

También deja claro su artículo décimo la necesidad de proporcionar la información precontractual necesaria para que el consumidor tome *una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo*. Estas obligaciones continúan en el artículo catorce, donde se dispone que con anterioridad a la firma se deberá entregar al prestatario una Ficha de Advertencias Estandarizadas, en la cual deberá constar *la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable*.

El artículo quince de la LCCI, se encarga de regular las formas de dar cumplimiento al necesario principio de transparencia material. Resalta en este artículo el relevante papel del notario en estos supuestos, uno de los principales garantes de que el prestatario obtendrá, efectivamente, información en relación con el crédito que va a firmar y las cláusulas que este incluye, haciendo constar en acta que se ha entregado efectivamente la información necesaria para el prestatario de acuerdo con el artículo catorce de la LCCI.

Aún viendo lo relevante del clausulado que analizamos, probablemente el artículo que considero mas relevante, o al menos de mayor trascendencia teniendo en cuenta lo que ahora estudiamos, es el artículo veintiuno de la LCCI, titulado *Variaciones*

¹⁹SERRANO FERNÁNDEZ, María, “El prestatario, el fiador o el garante en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, Revista de Derecho Civil núm. 2 (2019), pp. 51-97.

en el tipo de interés. En el punto tercero de este artículo, se dice literalmente que *en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.* Por lo tanto, “queda absolutamente prohibida la fijación de un límite a la baja del tipo de interés”²⁰, es decir, se prohíben las cláusulas suelo.

No es tema baladí el que trata el artículo veintiuno de nuestra LCCI, debido a que este artículo dice de forma nítida que no pueden incluirse de ninguna forma cláusulas suelo, pero debemos tener en cuenta aquí, que este precepto se aplicará a los contratos de préstamo hipotecario que se han firmado a partir del 16 de junio de 2019.

Por lo tanto, esta novedosa LCCI prohíbe a partir de su entrada a vigor la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de crédito inmobiliario, además de dejar aún más claro la cantidad de requisitos a cumplir por el prestamista para no incumplir el control de transparencia al que se someten las CGC impuestas en el contrato, junto con “la relación entre la actuación notarial y el cumplimiento de los deberes de transparencia”²¹.

Por lo tanto, vemos como se ahonda en los imperativos requisitos de informar al prestatario, y de que esa información sea transparente por ser esta clara y precisa. Aún así, solo hemos visto con esta Ley el tratamiento de las cláusulas limitativas del tipo de interés a partir de la entrada en vigor de la Ley nombrada, la cual determina como ilícitas las cláusulas suelo, y deja abierta la posibilidad de inclusión en los contratos de crédito inmobiliario de las denominadas cláusulas techo. Por lo tanto, debemos saber cual es el tratamiento que debemos dar a aquellas cláusulas suelo incluidas en contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la LCCI.

²⁰ CLEMENTE TORRES, Vicente Francisco, LLUCH GAYÁN, María Asunción, “Panorama actual del crédito inmobiliario”, Revista Jurídica Valenciana núm. 34 (2019), p. 4.

²¹ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, “Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario”, Revista de Derecho Civil núm. 2 (2019), pp. 235-265.

7. LA SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2013 DEL TRIBUNAL SUPREMO

7.1 Antecedentes

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013²² pone fin a una incertidumbre jurídica causante de muchas controversias en nuestro Estado, la cual crecía junto a la crisis económica y las detracciones a la regulación vigente de los préstamos hipotecarios, relacionadas con las denominadas cláusulas suelo, y con su nulidad o admisibilidad. También se discutía “si las entidades bancarias deberían retornar las cantidades que se pagaron de más”²³ por parte de los prestatarios debido a la aplicación de estas cláusulas.

Antes de entrar directamente a analizar la STS de 9 de mayo de 2013, debemos prestar atención a los distintos posicionamientos que la jurisprudencia española había tenido en relación con las cláusulas suelo antes de la sentencia, objeto de este estudio, que supuso un punto de inflexión en cuanto al tratamiento de las cláusulas suelo y techo.

La primera corriente jurisprudencial, es la que viene marcada por la determinación de las cláusulas suelo como abusivas. Tenemos como ejemplo la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 30 septiembre 2010²⁴.

Según esta sentencia, las cláusulas suelo eran abusivas debido a que la desproporción del techo en comparación con el suelo era de tal magnitud que quebraba la reciprocidad de estas.

Además, esta sentencia aplicaba de forma directa el control de contenido sobre la cláusula, pasando por alto que la cláusula suelo forma parte del objeto del contrato, y, por lo tanto, ignorando el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. No podemos obviar

²² Tribunal Supremo (Pleno). Sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo. ES:TS:2013:1916.

²³ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”, Revista CESCO de Derecho de Consumo Núm. 9 (2014), pp. 76-84.

²⁴ Sentencia Civil Nº 246/2010, Juzgados de lo Mercantil - Sevilla, Sección 2, Rec. 348/2010 de 30 de Septiembre de 2010. ES:JMSE:2010:76.

el hecho de que el TJUE ya se ha posicionado diciendo que “las normas nacionales se han de interpretar conforme a lo establecido en dicha Directiva ”²⁵.

Junto a esta posición de la jurisprudencia, se alza otra marcada por la consideración de las cláusulas suelo como válidas. Como ejemplo, encontramos la SJMerc, nº1 Burgos, de 11 de mayo 2011²⁶. En este caso, consideraron que una persona al firmar un contrato debería saber lo que está contratando, por lo tanto, no se puede hablar de cláusulas impuestas, ya que el núcleo del consentimiento estaba claramente delimitado antes de la aceptación.

En lo que hace referencia a las opiniones doctrinales, estas no eran ni mucho menos unánimes. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ se postulaba en contra de determinar a una cláusula suelo como abusiva por falta de proporcionalidad, y apuntaba que “podía ser la falta de transparencia la que fundamentara la abusividad de estas cláusulas ”²⁷.

Otra posición fue sostenida por MÚRTULA LAFUENTE, la cual pensaba que las cláusulas suelo no se podían redirigir hacia la falta de transparencia, y que estas cláusulas se debían examinar “conforme a los criterios de buena fe objetiva, o por aplicación de la cláusula rebus sic stantibus ”²⁸.

7.2 Síntesis de los hechos

En lo que hace referencia a la STS de 9 de mayo de 2013, esta, resuelve la demanda interpuesta por AUSBANC CONSUMO, de acción colectiva para la cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. La demanda, se dirige contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, la Caja de Ahorro de Galicia y Cajamar Caja Rural SCC.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, Quintero, C-240-244/98, EU:C:2000:346.

²⁶ Sentencia Civil Nº 65/2011, Juzgados de lo Mercantil - Burgos, Sección 1, Rec 494/2010 de 11 de Mayo de 2011. ES:JMBU:2011:74.

²⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”, Navarra, Aranzadi, 2004.

²⁸ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos”, Madrid, Editorial Reus, 2012.

Lo que se solicitó fue que se declarase la nulidad, por abusivas, de cláusulas suelo introducidas en algunos modelos de contrato de préstamo hipotecario o de novación de estos. También, se solicitó en la demanda que se condenase a las entidades demandadas a suprimir dichas CGC en lo sucesivo de los modelos de contrato de préstamo hipotecario.

En primera instancia, se declaró la nulidad de las cláusulas suelo por abusivas al ser consideradas CGC, y por el desequilibrio de las cláusulas suelo en relación con las cláusulas techo que las acompañaban. Al declararse nulas estas cláusulas suelo, las entidades financieras a las que se les demandó, fueron condenadas a abstenerse de volverlas a utilizarlas.

Contra esta sentencia, las entidades financieras interpondrían recurso de apelación, fundamentando dicho recurso en la falta de legitimación activa de AUSBANC CONSUMO, en el hecho de que las cláusulas suelo no son CGC al regular un elemento esencial de los contratos de préstamo, y por el carácter no abusivo de las cláusulas que se impugnaron. En el procedimiento, se personaría el Ministerio Fiscal por verse afectado el interés general.

En sentencia de 7 de octubre de 2011²⁹, la Audiencia Provincial de Sevilla denegó la legitimación activa de AUSBANC CONSUMO al no constar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, debido a que, en primer lugar, no se consideraban estas cláusulas como CGC por ser el tipo de interés un elemento esencial del contrato, no habiendo por lo tanto imposición por parte del empresario.

En segundo lugar, se pronuncia la AP diciendo que las cláusulas suelo impugnadas son válidas al seguirse las directrices de la OM de 5 de mayo de 1994 a la hora de incorporarse en los contratos.

²⁹ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta). Sentencia núm. 1470/2011, de 7 de octubre de 2011. ES:APSE:2011:1470.

En último lugar, se justifica la revocación diciendo que la declaración de un desequilibrio con carácter abusivo no puede proceder en los contratos de préstamo, ya que estos poseen un carácter unilateral, y *no se vincula el pacto de los intereses con ninguna prestación recíproca del prestamista*.

Contra esta sentencia, la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Los motivos del recurso en relación con la validez o no de las cláusulas suelo impugnadas fueron, primeramente, la vulneración del artículo 1.1 de la Ley 7/1998, al no considerarse estas cláusulas suelo como CGC. También se consideraba vulnerada la doctrina del TS sobre la posibilidad de “establecer un control de abusividad de las cláusulas referidas a la determinación del objeto del contrato”³⁰.

También fue recurrida la Sentencia por el Ministerio Fiscal mediante recurso de casación, que se fundamentaba en la vulneración del artículo 82.4 del Texto Refundido de la LGDCU, en vínculo con el art. 8.2 de la LCGC.

El día ocho de enero de dos mil trece la Sala dictó auto admitiendo el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla. También, admitió los Recursos extraordinario por Infracción Procesal y de Casación interpuestos por la representación procesal de AUSBANC CONSUMO.

7.3 La falta de transparencia en la sentencia de 9 de mayo de 2013

Una vez llegados a este punto, pasamos a analizar el cuerpo de la sentencia de 9 de mayo de 2013, la cual, al resolver una acción colectiva de cesación, declaró nulas todas aquellas cláusulas suelo insertadas en una inmensa cantidad de contratos de préstamo hipotecario. Esta sentencia, “asentaría un precedente sobre la consideración de las cláusulas suelo por nuestro sistema jurídico”³¹.

³⁰ ÁLVAREZ LATA, Natalia, “Invalidéz e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español”, Madrid, THOMSON-ARANZADI, 2004.

³¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Las seis sentencias posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la

En lo que resulta relevante en relación con el estudio que realizamos, el TS empieza su exposición sobre las cláusulas limitativas del tipo de interés determinándolas como CGC, y, por lo tanto, postulándose en contra de lo promovido por la sentencia de la AP de Sevilla, la cual consideraba que no eran CGC porque versaban sobre *los elementos esenciales del contrato y porque, por ello los consumidores las conocen y aceptan libre y voluntariamente*. El TS, declara que las cláusulas suelo impugnadas poseen las características propias de las CGC (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad) según el artículo 1 LCGC. Además, destaca el TS que en *nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal*. Se resalta también la irrelevancia a la hora de determinar una cláusula suelo como CGC de la autoría material, la apariencia externa y la extensión. Junto a estos, se destaca que resulta irrelevante también que el adherente sea un profesional o un consumidor.

Una vez determinado el carácter de CGC de las cláusulas suelo, el TS pasa a preguntarse si estas cláusulas verdaderamente afectan a un elemento esencial del contrato, y si por estar estas vinculadas al objeto principal del contrato están excluidas del control de abusividad de acuerdo con lo estipulado en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Al no facilitar la Directiva el concepto de aquello que sería el objeto principal del contrato, el Supremo opta por abrazar la postura doctrinal defensora de que una cláusula es definitoria del objeto principal del contrato si se refiere al precio en un contrato oneroso; considerando así que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato de préstamo hipotecario.

El Tribunal continúa el análisis afirmando que el hecho de que sean cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no significa que no se pueda evaluar la abusividad de dicha cláusula, más teniendo en cuenta que el artículo 4.2 de la Directiva impone la necesidad de que dichas cláusulas *se redacten de manera clara y comprensible*. Además, el TJUE ha determinado que la Directiva no presenta oposición a que los Estados miembros regulen la facultad de controlar la abusividad

transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)”, Boletín del Colegio de Registradores de España núm. 42 (2017), p. 1770-1790.

de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, “aun siendo claras y comprensibles”³².

También, uno de los argumentos que esgrimieron las entidades crediticias para sostener que las cláusulas suelo no se deben someter a la LCGC es que las cláusulas suelo han sido admitidas y reguladas por una serie de disposiciones legales, como la OM de 5 de mayo de 1994.

El TS deniega este argumento afirmando que *la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis*.

A continuación, se pasa a analizar en la sentencia el contenido del doble control de transparencia. El primer control que deben superar las cláusulas suelo es el ya famoso control de inclusión, según el cual, y en virtud de los artículos 5 y 7 LCGC, se deben respetar los criterios de accesibilidad, cognoscibilidad y redacción clara, concreta y sencilla. En resumen, el control de inclusión es un control formal y documental que exige una entrega material de las condiciones, y que estas sean firmadas por el consumidor. Además, las condiciones deben ser legibles y claras, dejando de lado la ambigüedad y la oscuridad.

El TS se pronuncia en este punto afirmando que las cláusulas suelo impugnadas cumplen los requisitos impuestos por la LCGC para su inclusión, *ya que la regulación de la OM de 5 de mayo de 1994 garantiza de forma razonable la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor*³³. También destaca la sentencia que las cláusulas suelo

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309.

³³ España. Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios, Boletín Oficial del Estado, núm. 112, de 11 de mayo de 1994, páginas 14444 a 14449.

examinadas cumplen con los requisitos legales para ser incorporados a los contratos, *tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores, a tenor del artículo 7 LCGC.*

Una vez admitido que las condiciones superan el filtro de inclusión en el contrato de préstamo hipotecario, es necesario seguir examinando si estas CGC superan el control de transparencia.

Para ello, es necesario resaltar otra vez lo estipulado en la Directiva 93/13, que en su vigésimo considerando establece que *“los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas”*. Además, debemos volver a apreciar el artículo 4.2, el cual determina que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles”*. En este punto, el Alto Tribunal establece el artículo 80.1 LGDCU como el origen del segundo control de transparencia, el cual va más allá del primer control de transparencia (control de inclusión).

Según el artículo 80.1 TRLCU, en los contratos con consumidores y usuarios en los que se utilicen cláusulas no negociadas de forma individual, estas deben cumplir con los requisitos de *concreción claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa*, así como con los criterios de *accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.*

Por lo tanto, según esta sentencia, este segundo control de transparencia tiene por objetivo *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.* El principio de transparencia, por lo tanto, se debe encargar de garantizar que el consumidor obtiene la información

necesaria para poder tomar la decisión de aceptar o no el contrato. Por lo tanto, en el contrato debería exponerse de “manera transparente de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste”³⁴.

En resumen, este segundo control de transparencia o control de comprensibilidad real pretende evitar que las cláusulas queden cubiertas al *estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro*. Se habla a veces de un control de abusividad abstracto, que impone la necesidad de 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”³⁵.

Por lo tanto, para que una cláusula suelo sea válida no solo debe superar el control de inclusión. Para poder evitar el control de abusividad es necesario superar el segundo control de transparencia, el denominado control de comprensibilidad real. Por lo tanto, debe determinarse ahora si estas cláusulas suelo superan el control de comprensibilidad real. Es necesario ver *si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato*.

Según la propia sentencia, *las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia*. Por lo tanto, la unión de oferta de préstamo a interés variable y la falta de información adecuada a los consumidores derivaba en que la atención

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180.

³⁵ SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, “Control de transparencia y contratación bancaria”, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2016.

de los prestatarios no se centraba en lo que de verdad importaba, puesto que el diferencial, se vaciaba de relevancia en el desarrollo futuro de dicho contrato. Por lo tanto, se le daba un carácter secundario a una cláusula definitoria del objeto principal del contrato.

Por lo redactado se llega a la conclusión de que *las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas de los suscritos con consumidores*. Al poseer estas cláusulas un suelo tan elevado se transformaba un contrato de préstamo a interés variable en *préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza*.

El Supremo, en la sentencia, acaba estableciendo que las cláusulas suelo no superan el segundo control de transparencia, y esto es así exactamente por:

1. Falta información suficientemente clara referida a un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
2. Se añaden juntamente con las cláusulas techo y como contraprestación de estas.
3. *No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
4. No existe información previa y comprensible sobre el verdadero coste comparativo con otras tipologías de préstamo de la misma entidad o una advertencia de que al cliente no se le ofertan las mismas.
5. En el caso de las cláusulas suelo usadas por el BBVA, se hacen ubicar entre una gran cantidad de datos *entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor*.

La STS de 9 de mayo de 2013 coloca el control de transparencia en el artículo 80.1 TRLGDCU, poniendo como límite a la aplicación del control de transparencia los contratos con consumidores. También, distingue esta sentencia la falta de transparencia de la apreciación de la abusividad, ya que *la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea*

importante en perjuicio del consumidor. Por lo tanto, una cláusula para ser declarada nula debe adolecer de falta de transparencia y, al mismo tiempo, debe de ser abusiva al causar desequilibrio al consumidor en *la distribución de los riesgos de la variabilidad de los tipos.*

Esta sentencia también elabora una reformulación del control de transparencia, formado por el control de inclusión y el de comprensibilidad real, “no vinculado al control de inclusión o incorporación, sino al control de contenido”³⁶.

La Sentencia estudiada, al determinar cómo génesis del segundo control de transparencia el art. 80.1 TRLGDCU, en vez de hacerlo en el art. 82 TRLGDCU, continúa basando el carácter abusivo de las cláusulas suelo en la vulneración de requisitos formales muy similares a los recogidos en el artículo 5 de la LCGC. Serán sentencias como la STS de 24 de marzo de 2015 las que comienzan a basarse en el artículo 82 TRLGDCU para dar conexión a la falta de transparencia de las cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés con la abusividad, siendo abusiva una cláusula suelo que no sea transparente.

Por lo tanto, si estas cláusulas no superan el doble control de transparencia, hay que analizar debidamente las mismas debido a que el hecho de que carezca de transparencia no supone per se que las cláusulas sean abusivas, por lo tanto, deberá pasar el denominado control de contenido.

Los elementos para valorar el carácter abusivo de una cláusula según la sentencia serían los siguientes:

1. *Que estemos ante CGC predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.*
2. *Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.*
3. *Que este desequilibrio cause perjuicio para el consumidor.*

³⁶ CASADO NAVARRO, Antonio, “El control de transparencia como llave del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, La Ley Mercantil núm. 11 (2015), p. 50-62.

El artículo 82.3 TRLCU deja claro que el carácter abusivo de una cláusula se determinará teniendo en cuenta las circunstancias que concurrían en el momento de celebrar el contrato, así como teniendo en cuenta las demás cláusulas del contrato o de otro del que sea dependiente. *Tampoco incide en nuestra valoración el hecho de que, en ocasiones, el consumidor se subrogue en la posición que antes ocupaba un profesional.*

Es necesario destacar también que para juzgar sobre el equilibrio o no de las condiciones añadidas a contratos con consumidores se deberá tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas del contrato. También resaltar que una amplia variedad de jurisprudencia ya afirmó el hecho de que “existen cláusulas abusivas en contratos de préstamo”³⁷.

En lo que hace referencia al desequilibrio contrario a la buena fe, y las circunstancias en el que este surge, hay que destacar que “el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”³⁸.

Antes de determinar el carácter abusivo o no abusivo de las cláusulas suelo, la sentencia se detiene para afirmar rotundamente que las cláusulas suelo son lícitas, eso sí, *siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*. Por lo tanto, se deberá informar perfectamente del comportamiento previsible del índice de referencia, de forma que cuando el suelo acordado lo haga previsible, se esté informado de que lo acordado es un préstamo a interés fijo mínimo, *en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio*. No será necesaria la existencia de equilibrio económico entre el tipo

³⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1). Sentencia núm. 663/2010 de 4 de noviembre. ES:TS:2010:663.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164.

inicial que se fija y los topes que ejercen de suelo y de techo, *más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo.*

A modo de resumen, corresponde al empresario fijar *el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador*, pero también es labor suya informar claramente y de forma comprensible y resaltada la oferta, sin tapar su relevancia mediante cláusulas con profusión de datos difíciles de comprender para personas no especializadas en la materia. Hay que destacar también que para valorar el equilibrio de estas cláusulas suelo incorporadas con falta de claridad en contratos de préstamos hipotecarios a interés variable, *debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto*. En las cláusulas suelo impugnadas en esta sentencia, se considera que estas mismas dan protección únicamente a los riesgos que puede sufrir la entidad crediticia debido a las oscilaciones a la baja, y acaban con la posibilidad de que el consumidor pueda ver abaratado su crédito debido a una bajada del tipo de interés acordado como variable.

Es por todo lo expuesto, que la sentencia procedió a condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas suelo impugnadas. Igualmente, se procedió a condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

7.4 La eficacia no retroactiva de la sentencia

La STS de 9 de mayo de 2013, una vez declarada la abusividad de las cláusulas suelo, pasó a determinar las consecuencias de esta decisión jurídica. Las primeras son las citadas al final del apartado anterior, que tienen que ver con la declaración de la nulidad de las cláusulas suelo impugnadas, aunque destacar que se mantenía la eficacia de los contratos, eso sí, sin las cláusulas suelo nulas. Quiero destacar que no se pudo proceder a la integración de los contratos, ya que atenta contra la finalidad de la Directiva 93/13 y su “efecto disuasorio”³⁹. Esta nulidad de las cláusulas suelo debería por lógica surtir los efectos del artículo 1.303 CC, según el cual, al declararse la nulidad de una obligación, *los contratantes deben restituirse*

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349.

recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Aún así, el TS decidió limitar la eficacia de la nulidad de una cláusula de carácter abusivo, y se estableció que, a pesar de lo dispuesto en el Art. 1.303CC, solo se deberían devolver aquellas cantidades cobradas de forma indebida a partir de la fecha de la sentencia. Para justificar su decisión, el TS comenzó afirmando que los efectos de la declaración de nulidad *no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho.*

El TS ofreció una gran variedad de motivos para delimitar los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, siendo los más relevantes los relacionados con el *grave trastorno al orden público económico, la buena fe de las entidades financieras y la seguridad jurídica.*

En lo que hace referencia al grave trastorno al orden público económico, el concepto de orden público económico *es* “una expresión específica de la idea genérica de orden público”⁴⁰ y comprende todos aquellos principios en los que se basa el orden social en su vertiente económica. Aun cuando estos principios no se encuentran traspuestos a normas imperativas, deben limitar la autonomía privada como modo de protección de estos. En contraposición a esta teoría, SARTHOU considera que el orden público económico podría resultar en “una variable manipulable de acuerdo con el poder imperante que no proporciona ni objetividad ni seguridad jurídica”⁴¹.

En lo que hace referencia a la buena fe, el Tribunal Supremo cree que los bancos actuaron bajo el amparo de esta. Esto es debido a que la utilización de estas cláusulas limitativas del tipo de interés tenía como objetivo garantizar el mantenimiento de unos rendimientos mínimos. Estas, se calculaban de forma que las primeras cuotas no sufrían cambios significativos. Además, se afirma que la

⁴⁰ PIZARRO ARANGUREN, Luis Miguel, “Hacia una concepción moderna del Derecho de Propiedad”, Revista de la Asociación IUS ET VERITAS núm. 1 (1990), pp. 11-12.

⁴¹ SARTHOU, Helios, “Rol del convenio colectivo en la economía nacional”, Revista de Derecho Laboral núm. 146 (1987), p. 264.

falta de licitud no tiene carácter intrínseco, y que su uso había sido tolerado durante un largo tiempo por el mercado. Parte de la doctrina ha considerado estos argumentos algo faltos de coherencia, ya que carece de mucho sentido asegurar que los bancos no se comportaron de una forma contraria a la buena fe, y, a la vez, asegurar que las cláusulas suelo son abusivas; “teniendo en cuenta que la abusividad de una cláusula lleva implícito de forma necesaria la contrariedad a la buena fe, de acuerdo con el artículo 82 TRLGDCU”⁴².

En lo que hace referencia a la seguridad jurídica, la STS pone una serie de ejemplos para vincular esta a la irretroactividad de la sentencia, afirmando que “el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad”⁴³. También, destaca la sentencia que el propio TJUE permite aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe.

En este punto, quiero destacar que el TS cuando interpreta nuestro OJ interno no crea ni hace modificar nuestro derecho, por lo que “es cuestionable que pueda solicitarse la invocación del principio de seguridad jurídica”⁴⁴.

Por todo esto, el TS declaró *la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*. Se debe resaltar que el Ministerio Fiscal aún habiendo recurrido la sentencia de apelación, se postuló defendiendo la falta de procedencia del reconocimiento de efectos retroactivos a la

⁴² CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 7 (2013), pp. 64-83.

⁴³ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 38/2011 de 28 de marzo. ES:TC:2011:38.

⁴⁴ AVILÉS GARCÍA, Javier, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas de derecho de contratación en España”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 648 (1998), pp. 1553-1586.

decisión de nulidad de las cláusulas causante de la controversia que en esta sentencia analizamos.

8. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA C-154/15, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

La Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 “fue uno de los grandes hitos judiciales de la polémica nulidad de las cláusulas suelo”⁴⁵ y de los efectos que esta tenía.

Debemos recordar que la sentencia de 9 de mayo de 2013 no dotaba de eficacia retroactiva a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo impugnadas. Con esta decisión y con la ratificación de esta por el TS en 2015, se pretendía dar por zanjada esta controversia desde la perspectiva del Derecho nacional. Aún así, una serie de Juzgados y de AP decidieron poner en cuestión la adecuación al Derecho de la Unión Europea de la doctrina jurisprudencial relativa a la imposición de límites a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, a través de la formulación de una serie de peticiones de decisión prejudicial al TJUE.

Las primeras cuestiones prejudiciales derivaron en las STJUE recaídas en los asuntos C-154/15, C-307/15 y 308/15⁴⁶. En estas cuestiones prejudiciales, se ponía en duda la armonía entre lo dispuesto en la Directiva 93/13 y una jurisprudencia de acuerdo con limitar los efectos restitutorios de una declaración de nulidad de una cláusula con carácter abusivo. Además, se solicitaba el pronunciamiento por el

⁴⁵ CAÑIZARES LASO, Ana, “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, Revista de Derecho Civil, Vol. II, núm.3 (2015), pp. 67-105.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, C-154/15, EU:C:2016:980. Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante el 25 de junio de 2015, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, C-307/15, 2015/C 279/29. Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante el 25 de junio de 2015, Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu, C-308/15, 2015/C 279/30.

TJUE sobre los efectos de las sentencias que se dictan en el ejercicio de acciones colectivas en vínculo con los efectos derivados de procesos que se instan a través de acciones individuales.

En el proceso ante el TJUE intervinieron los que fueron partes en los procedimientos llevados a cabo ante los tribunales españoles, y, además, intervino el Gobierno español, polaco, británico y checo, junto con la Comisión Europea.

Básicamente hubo dos posiciones. El Gobierno español y el británico, juntamente con las entidades de crédito, dieron apoyo a la doctrina asentada por el TS en las STS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015. En contra, los Gobiernos de Polonia y de la República Checa, junto con la Comisión Europea, promovieron una interpretación distinta de la Directiva 93/13, al considerar que el término *no vincularán* no “permite establecer limitaciones a los efectos restitutorios de una declaración de nulidad de una cláusula considerada abusiva”⁴⁷.

Cabe destacar la posición del Abogado General, Paolo Mengozzi, el cual dio a conocer sus conclusiones el día 13 de julio del año 2016. En estas, Mengozzi exponía “la facultad que tenía España de poner límites a los efectos restitutorios de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo”⁴⁸. Mengozzi consideró que la situación en la que se encontraban las entidades financieras en España, y debido al artículo 6 de la Directiva 93/13, se sustentaba en derecho la posición adoptada por el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013.

8.1 Efectos temporales de la nulidad de las cláusulas suelo

Aún existiendo posiciones tan claras en contra de la exclusión de los límites temporales de los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo, el TJUE,

⁴⁷ GENTO MARHUENDA, PEDRO, “El final de las cláusulas suelo en España una visión retrospectiva”, Revista CESCO de Derecho de consumo, núm. 30 (2014), pp. 14-37.

⁴⁸ Unión Europea. Conclusiones del Abogado General del TJUE, Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 13 de julio de 2016. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181583&doclang=ES>

el día 21 de diciembre de 2016, dictó una sentencia manifiestamente opuesta a lo que en su momento propuso el Abogado General.

En lo que fue una breve pero bien sintetizada resolución, el TJUE consideró la imposibilidad de establecer límites temporales a una declaración de abusividad en relación con los efectos restitutorios, puesto que esto le restaría efecto útil a la Directiva 93/13. Según lo redactado en la propia sentencia, *la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

Según esto, el consumidor tendrá siempre derecho a reclamar todos aquellos importes indebidamente pagados, admitiéndose solamente dos excepciones a la regla. La primera excepción es la marcada por la posible existencia de sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada que declaren la irretroactividad de la declaración de nulidad. La segunda excepción, sería la determinada por el régimen de prescripción de las acciones que se prevé en nuestro derecho nacional. He de recalcar que, ambas excepciones, no pueden vulnerar en ningún caso ni el principio de efectividad ni el de equivalencia.

Debemos recordar que la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 se dictó debido al ejercicio de una acción de carácter colectivo. Esto genera dudas a la hora de transponer la doctrina del TJUE a nuestro derecho interno, ya que no se determina con claridad el alcance de la firmeza de sentencias que se dictan en procesos colectivos en relación con sentencias dictadas en procedimientos instados por acciones individuales. Hay que apuntar también que en nuestro derecho todavía

sigue presente una intensa controversia doctrinal y jurisprudencial sobre los plazos de prescripción, “su duración y el dies a quo”⁴⁹.

Por lo tanto, de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, se puede extraer la obligación de todo órgano jurisdiccional de España de dejar de lado la doctrina de carácter jurisprudencial basada en la limitación temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo. Pero, además de esto, se establece la necesidad de aplicar las normas nacionales sobre la cosa juzgada y la prescripción extintiva.

En lo que hace referencia a la cosa juzgada, nos podemos encontrar ante dos supuestos. El primero, es el de los consumidores que ejercieron acciones individuales de nulidad de las cláusulas limitativas del tipo de interés, a los cuales se les denegó mediante pronunciamiento firme la devolución de las cantidades indebidamente pagadas con anterioridad a esa fecha. El segundo supuesto, es el relativo a consumidores que defendieron sus intereses por medio de la práctica de la acción colectiva.

El primer supuesto, se soluciona afirmando que el pronunciamiento que desestima la solicitud restitutoria tiene efectos de cosa juzgada, y, por lo tanto, no se puede revisar.

El segundo supuesto resulta mas complejo, debido a la trascendencia derivada de dotar de efectos de cosa juzgada a la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 respecto de las acciones individuales. Esto, derivaría en que los consumidores afectados por la sentencia del TS se verían afectados por el efecto de cosa juzgada, y, por lo tanto, no poseerían derecho alguno a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas según la Sentencia del TJUE.

⁴⁹ SARMIENTO, Daniel, VENDRELL, Carles, “¿Fiat justitia ruat caelum? La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 sobre la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo”, Revista Jurídica Actualidad Uría Menéndez núm. 45 (2017).

En este caso, hay que hacer hincapié en que el propio Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo rechazó que la STS de 9 de mayo de 2013 produjera efectos de cosa juzgada respecto de acciones individuales.

Se debe resolver también si la acción restitutoria derivada de la nulidad por ser considerada abusiva de una cláusula “tiene carácter imprescriptible”⁵⁰, tesis defendida por una parte de la doctrina; o, si se encuentra “supeditada al plazo de prescripción de las acciones personales”⁵¹ (artículo 1964 del CC), tesis que, aunque es defendida por parte de la doctrina también, sugiere dudas como la forma de determinar el día de inicio del plazo del cómputo.

Por lo tanto, y a modo conclusivo, esta sentencia del TJUE solicita que se dote de efectos retroactivos a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por abusivas y se devuelvan todas las cantidades indebidamente cobradas debido a estas. Esto es debido, según el TJUE, a que “tal limitación da lugar a una protección de los consumidores incompleta e insuficiente, por lo que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas”⁵².

9. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2017

9.1 Síntesis de los hechos

El día 27 de mayo del año 2005, un particular formaliza con la Caixa d’Estalvis Comarcal de Manlleu escritura de préstamo hipotecario. En este contrato, se incluye una cláusula suelo que no permite que el tipo de interés baje del 3% nominal anual. Entre el comienzo de la aplicación de esta cláusula suelo y el momento de la

⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1). Sentencia núm. 178/2013 de 25 de marzo. ES:TS:2013:2456.

⁵¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1) Sentencia núm. 1921/1960 de 27 de octubre. ES:TS:1960:1921.

⁵² SANTANA PÉREZ, Jose Antonio. 2017. “El impacto de las cláusulas suelo en España” (trabajo de fin de grado). Universidad del País Vasco, España.

interposición de la demanda, el prestatario abonó debido a esta cláusula 5.485 euros. Debido a esto, el prestatario presentó el día 7 de marzo de 2012 una demanda contra Unnim Banc, para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés, solicitando la restitución de todas las cantidades abonadas por aplicación de esta cláusula suelo, junto con los intereses legales que se computaron desde la fecha en la que se interpuso la demanda, hasta que esta fue firme.

El juzgado de primera instancia, el día 19 de julio de 2012⁵³, dictaría sentencia desestimando la demanda. Esta sentencia fue recurrida en apelación. La AP dictaría sentencia el día 16 de diciembre de 2013⁵⁴ declarando nula la cláusula suelo por abusiva, y condenó a la entidad demandada a que se devolvieran todas las cantidades que se abonaron al aplicar esta cláusula suelo.

Esta sentencia, se recurrió por la entidad bancaria, fundamentando dicho recurso en una vulneración del artículo 1.303 CC, en vínculo con el artículo 9.3 de la CE y el principio general de seguridad jurídica, el de buena fe y el principio del orden público económico.

9.2 Adaptación a la STJUE 21/12/2016

El TS resolvería la controversia surgida por el caso expuesto en el punto anterior a través de la Sentencia de 24 de febrero de 2017⁵⁵.

Primeramente, lo que hace esta Sentencia, es una labor de incorporación a la doctrina del TS de los criterios fijados por el TJUE en la sentencia del 14 de abril de 2016. Por lo tanto, se niega la necesidad de “subordinar estas acciones individuales de nulidad de las cláusulas abusivas al resultado previo del ejercicio de una acción de carácter colectiva de cesación que se dirija contra estas

⁵³ Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona. sentencia núm. 203/2012, de 19 de julio. ES:JMB:2012:203

⁵⁴ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta). Sentencia núm. 453/2013, de 16 de diciembre. ES:APB:2013:14242.

⁵⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1). Sentencia núm. 127/2017 de 24 de febrero. ES:TS:2017:697.

cláusulas”⁵⁶. Por esto, se puede afirmar que la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 no genera efectos de cosa juzgada material sobre el conflicto resuelto por la sentencia estudiada en este apartado. Esto, se basa según la STS, en la falta de identidad objetiva y subjetiva. Se resalta en la Sentencia también la diferencia en *la naturaleza, objeto y efectos de las referenciadas acciones individuales y colectivas*.

Como segunda cuestión relevante a destacar, se debe resaltar que la sentencia niega la necesidad de elevar al TJUE nuevas cuestiones prejudiciales para dar aclaración al verdadero significado de esta afirmación hecha en la conclusión de la STS:

la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

Esta cuestión se plantea debido a que el propio TJUE no acaba de pronunciarse en términos absolutos, acogiendo la posibilidad de existencia de excepciones a la regla.

Lo que el TJUE determina como contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 es lo que denomina la “limitación genérica de los efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró la abusividad”⁵⁷. Lo que expone el TS en la Sentencia de 24 de febrero del año 2017 es que contradice a la Directiva cualquier límite de carácter temporal impuesto a los efectos restitutorios de la declaración de abusividad. Aún así, se deben tener en cuenta los casos en los que proceda aplicar los principios de cosa juzgada material, de preclusión de las acciones o de prescripción de los derechos.

⁵⁶ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 148/2016, de 19 de septiembre. ES:TC:2016:148.

⁵⁷ HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos, “La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, Revista CESCO, núm. 6 (2013), pp. 134-169.

Por lo tanto, a modo conclusivo, hay que destacar que esta STS acaba con la falta de retroactividad de los efectos restitutivos vinculados a la declaración de nulidad de una cláusula suelo, terminando con la controversia surgida por la decisión tomada por el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

10. CONCLUSIÓN

El estudio llevado a cabo en el presente trabajo sobre las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios hace que pueda valorar una serie de conclusiones. Estas, pueden aclarar el tratamiento que en nuestro Estado se les da a estas cláusulas limitativas del tipo de interés.

En primer lugar, veo necesario afirmar que la aplicación de las CGC no supone la existencia de igualdad entre las partes que intervienen en el contrato bancario. Por lo tanto, las normas deberían por esto establecer un mayor control a las entidades de crédito. Por lo tanto, aunque las CGC facilitan la creación de contratos, puede poner a los clientes en una posición de inferioridad, ya que solo intervendrán para aceptar estas mismas. Por todo esto, y por el estudio de la legislación vigente, puedo afirmar que el legislador intenta dar solución al conflicto de las cláusulas suelo creando textos legales encargados de proteger con más hincapié a la parte más débil de la relación, es decir, a los consumidores.

Además de esto, debo criticar la posición primera del TS respecto a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito debido a la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Parece ser que el TS al declarar la irretroactividad de la declaración de nulidad de una cláusula suelo por abusiva, se olvida de que el perjuicio económico para el sector financiero es un perjuicio ya sufrido por los clientes al pagar unas cantidades injustificadas. Por esto, considero que el TS no ha protegido a los consumidores de forma correcta hasta la declaración de la retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de una cláusula suelo como abusiva.

También, debo resaltar en positivo la intermediación de los notarios en el procedimiento de contratación con las entidades crediticias, los cuales deberían de

tomar un papel activo en el procedimiento contractual para advertir al consumidor de los aspectos que puedan ser de relevancia para él.

Como cierre, he de destacar que corresponde al legislador dar solución a las situaciones en las cuales el consumidor se encuentra desprotegido en relación con el contenido contractual. Es por esto, que creo que la mejor solución para acabar con problemáticas como la derivada de las cláusulas suelo y techo, es la creación de un cuerpo normativo claro, que garantice a los clientes la protección de su posición en los procedimientos contractuales con las entidades crediticias.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil, Volumen II, Tomo I: Derecho de Obligaciones”, Madrid, Editorial Edisofer, 2011.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, “Invalidéz e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español”, Madrid, THOMSON-ARANZADI, 2004.
- AVILÉS GARCÍA, Javier, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas de derecho de contratación en España”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 648 (1998), pp. 1533-1586.
- BLANCO GONZALO, Jose Manuel, 2017. “La Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación: control jurisdiccional y especialidades procesales” (tesis doctoral). Universidad complutense de Madrid, España.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Las seis sentencias posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)”, Boletín del Colegio de Registradores de España núm. 42 (2017), pp. 1770-1790.
- CAÑIZARES LASO, Ana, “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, Revista de Derecho Civil, Vol. II, núm.3 (2015), pp. 67-105.
- CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 7 (2013), pp. 164-183.
- CASADO NAVARRO, Antonio, “El control de transparencia como llave del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, La Ley Mercantil núm. 11 (2015), p. 50-62.
- CLEMENTE TORRES, Vicente Francisco, LLUCH GAYÁN, María Asunción, “Panorama actual del crédito inmobiliario”, Revista Jurídica Valenciana núm. 34 (2019), p. 4.
- CORRAL, José, “Cláusulas abusivas”, Revista El Notario del Siglo XXI núm. 49 (2013), pp. 31-32.

- DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, “Sistema de derecho civil, volumen II, tomo I, el contrato en general: la relación obligatoria”, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.
- GENTO MARHUENDA, PEDRO, “El final de las cláusulas suelo en España una visión retrospectiva”, Revista CESCO de Derecho de consumo, núm. 30 (2014), pp. 14-37.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Navarra, Aranzadi, 1999, pp. 139-192.
- HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos, “La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, Revista CESCO, núm. 6 (2013), pp. 134-169.
- LYCZKOWSKA, Karolina. ¿Qué es lo que se entiende por una cláusula clara y comprensible?
Disponible en: <https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Qu%C3%A9-es-lo-que-se-entiende-por-una-cl%C3%A1usula-clara-y-comprensible.pdf>
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”, Revista CESCO de Derecho de Consumo Núm. 9 (2014), pp. 76-84.
- MINERVINI, Enrico, “La trasparenza delle condizioni contrattuali”, BBTC, 1997.
- MONTES GONZÁLEZ, María. 2006. “Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Análisis de un préstamo hipotecario con cláusula suelo” (trabajo de fin de grado). Universidad de Sevilla, España.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos”, Madrid, Editorial Reus, 2012.
- O’CALLAGHAN, Xavier, “Condiciones generales de contratación: Conceptos generales y requisitos”, CGPJ, 1993.
- OLIVA LEÓN, Ricardo, 2015. Cláusulas suelo (definición y jurisprudencia).
Disponible en: <http://www.lenguajejuridico.com/clausulas-suelo-definición/>
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, “Buena fe ex. Artículo 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, Indret: Revista Para el Análisis del Derecho núm. 4 (2016).

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”, Navarra, Aranzadi, 2004.
- PIZARRO ARANGUREN, Luis Miguel, “Hacia una concepción moderna del Derecho de Propiedad”, Revista de la Asociación IUS ET VERITAS núm. 1 (1990), pp. 11-12.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, “Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario”, Revista de Derecho Civil núm. 2 (2019), pp. 235-265.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, “Control de transparencia y contratación bancaria”, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2016.
- SANTANA PÉREZ, Jose Antonio. 2017. “El impacto de las cláusulas suelo en España” (trabajo de fin de grado). Universidad del País Vasco, España.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael, “La Ley sobre condiciones generales de la contratación”, Revista Jueces para la Democracia núm. 32 (1998), pp. 50-57.
- SARMIENTO, Daniel, VENDRELL, Carles, “¿Fiat justitia ruat caelum? La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 sobre la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo”, Revista Jurídica Actualidad Uría Menéndez núm. 45 (2017).
- SARTHOU, Helios, “Rol del convenio colectivo en la economía nacional”, Revista de Derecho Laboral núm. 146 (1987), p. 264.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María, “El prestatario, el fiador o el garante en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, Revista de Derecho Civil núm. 2 (2019), pp. 51-97.

TEXTOS JURÍDICOS RELEVANTES

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Unión Europea. Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas

en los contratos celebrados con los consumidores 2019/C 323/04. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 248, de 27 de septiembre de 2019.

- Unión Europea. Conclusiones del Abogado General del TJUE, Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 13 de julio de 2016. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181583&doclang=ES>

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

- Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.

- 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.

- Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, Quintero, C-240-244/98, EU:C:2000:346.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, EU:C:2015:538.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, C-154/15, EU:C:2016:980.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante el 25 de junio de 2015, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, C-307/15, 2015/C 279/29.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante el 25 de junio de 2015, Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu, C-308/15, 2015/C 279/30.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1). Sentencia núm. 1921/1960 de 27 de octubre. ES:TS:1960:1921.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1). Sentencia núm. 663/2010 de 4 de noviembre. ES:TS:2010:663.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1). Sentencia núm. 178/2013 de 25 de marzo. ES:TS:2013:2456.
- Tribunal Supremo (Pleno). Sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo. ES:TS:2013:1916.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1). Sentencia núm. 127/2017 de 24 de febrero. ES:TS:2017:697.
- Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 38/2011 de 28 de marzo. ES:TC:2011:38.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 148/2016, de 19 de septiembre. ES:TC:2016:148.
- Sentencia Civil Nº 246/2010, Juzgados de lo Mercantil - Sevilla, Sección 2, Rec. 348/2010 de 30 de Septiembre de 2010. ES:JMSE:2010:76.
- Sentencia Civil Nº 65/2011, Juzgados de lo Mercantil - Burgos, Sección 1, Rec 494/2010 de 11 de Mayo de 2011. ES:JMBU:2011:74.
- Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona. sentencia núm. 203/2012, de 19 de julio. ES:JMB:2012:203.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta). Sentencia núm. 453/2013, de 16 de diciembre. ES:APB:2013:14242.

