



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE
GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

LA FALTA DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS SUELO

Alumno: PABLO NAVARRO SAMPERE

Tutora: Prof^{ra}. Dña. CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ

Año académico 2016/2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I. CLÁUSULAS SUELO	8
1) Concepto de cláusula suelo	8
2) Funcionamiento de la cláusula suelo.....	9
3) Normativa que amparaba la aplicación de esta cláusula suelo antes de la resolución del TS, de 9 de mayo de 2013	10
CAPITULO II. ANÁLISIS DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013	13
1) ¿Por qué las cláusulas suelo no son abusivas?	13
1.1. La protección que confiere la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores	13
1.2. Rasgos de las condiciones generales de la contratación.....	16
1.3. Por qué se emplea la fórmula de las condiciones generales de la contratación en lugar de acudir a la negociación individual	17
1.4. ¿Emplean las entidades de crédito condiciones generales de la contratación?	18
1.5. Las cláusulas suelo, ¿definen o describen el objeto del contrato?.....	20
1.6. El doble requisito de transparencia.....	23
1.7. El incumplimiento del control de transparencia material.....	25
1.8. La abusividad de la cláusula suelo	27
2) La nulidad parcial de las cláusulas suelo	32
3) La limitación a la retroactividad	34
CAPITULO III. ANÁLISIS DE LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016	39
.....	39
CAPITULO IV. EL RDL 1/2017, DE 1 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO	43
.....	43

1) El procedimiento extrajudicial	43
2) La actualidad de las reclamaciones	45
CONCLUSIONES	48
JURISPRUDENCIA	50
ANEXOS	52
BIBLIOGRAFÍA	56



ABREVIATURAS

ADICAE	Asociación de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas, Productos Financieros y de Seguros.
AUSBANC	Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios.
Art. /art.	Artículo
BBVA	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA.
CC	Código Civil
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
IBE	Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010 sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23 de septiembre de 2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas.
ICOM 2000	Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
OM	Orden Ministerial.
RC	Recurso.
RDL	Real Decreto Ley.
SMJ	Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

El motivo por el cual he seleccionado este tema de estudio como objeto de mi Trabajo Fin de Grado reside, fundamentalmente, en la gran cantidad de controversias surgidas en torno a los préstamos hipotecarios que contenían cláusulas suelo incluidas en abundantes contratos bancarios, debido a la actualidad que presenta.

En cuanto a las cláusulas limitativas que se han venido introduciendo en los contratos bancarios, han sido generalmente dos, a saber, las cláusulas techo, que establecen un límite máximo sobre los intereses a pagar, y las cláusulas suelo, que por el contrario establecen un límite mínimo sobre los intereses a pagar, siendo esta última la más importante, al afectar de manera perjudicial al prestatario por impedir que ante una bajada de tipo de interés de referencia ésta repercuta sobre los intereses a pagar por el prestatario alcanzado tal límite mínimo. Las cláusulas suelo pueden ser definidas como aquellas estipulaciones que, en atención con las fluctuaciones por las que se ven afectadas, limitan sobre un mínimo el tipo de interés de referencia que se le aplica¹, que en general suele ser el Euribor.

Las controversias en un principio surgen en torno a la declaración de abusividad de dichas cláusulas, pues desde 2010 se produce un auge de demandas en torno a la presunta abusividad de estas cláusulas, las cuales abarrotan en un primer momento los Juzgados de Primera Instancia y posteriormente las Audiencias Provinciales con resoluciones de lo más variado, lo que generaba una gran inseguridad, que se resuelve en la resolución del 9 de mayo de 2013 sobre una acción de cesación recogida en el recurso presentado por la asociación colectiva de consumidores conocida como AUSBANC, ante el Tribunal Supremo, en Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013², en adelante STS 241/2013, que posteriormente analizaremos. Con esta sentencia se genera una jurisprudencia sobre esa presunción de abusividad, dando por finalizado el dilema que generaban aquellas sentencias que afirmaban que tales cláusulas no podían

¹ MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia: tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid 2015, pag.49.

² STS de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, recurso nº 485/2012. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6703660&links=cl%C3%A1usula%20suelo&optimize=20130510&publicinterface=true> (fecha de última consulta: 16/08/2017).

considerarse abusivas, frente a aquellas que si declararon tal abusividad. Para declarar su abusividad, esta STS se basó en la exigencia del requisito de doble transparencia, que consiste en no solamente exigir que las cláusulas suelo se encuentren recogidas en el contrato de manera expresa, sino que va mas allá e introduce que además de ello, deberá informarse al prestatario sobre dicha cláusula permitiéndole conocer la carga económica que puede soportar a corto plazo frente a variaciones que se produzcan en el índice de referencia antes mencionado. Jurisprudencia además reiterada en la sentencia del TS 464/2014³, pese a no abordar la cuestión sobre la retroactividad, y en la sentencia del TS 139/2015⁴.

Posteriormente, tras la STS 241/2013, la controversia se encuentra, tras admitirse que estamos ante cláusulas abusivas, en el hecho de que no se procederá al reintegro de las cantidades ya pagadas por este concepto anteriores a la fecha de dicha sentencia, lo que limita tal resolución a liberar de los posteriores pagos que debía efectuar el prestatario. Por tanto ahora el tema de debate es la cuestión de sí procede la retroactividad y, por tanto, han de devolverse las cantidades indebidamente satisfechas en aplicación de dicha cláusula suelo desde el mismo momento de la celebración del contrato, o si por el contrario, no procede tal reintegro, como así determinó en su momento la STS 241/2013, en la que se procedió a limitar la regla general de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad. Ello se vio reafirmado en la sentencia TS 139/2015, la cual además fija como doctrina que cuando se declare tal abusividad de la cláusula suelo, se deberá proceder a la devolución de las cantidades satisfechas por dicho concepto desde la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, siempre que se aplique la doctrina que dicha sentencia recoge.

Es en este momento, donde analizaremos lo establecido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, desde ahora STJUE de 21 de diciembre de 2016⁵, que será la que ponga solución a tan importante cuestión. Dará

³ STS de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso nº 1217/2013. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/540754458> (fecha de última consulta: 16/08/2017).

⁴ STS de 25 de marzo de 2015, nº 139/2015, nº de recurso 138/2014. Disponible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2015/05/ts-25-03-2015-clausulas-suelo.pdf> (fecha de última consulta: 16/08/2017)

⁵ Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186483&doclang=ES> (fecha de última consulta: 16/08/2017).

solución al planteamiento hecho por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, derivado de la pretensión de reclamación de las cantidades que los afectados por esta cláusula habían pagado de manera indebida a las entidades financieras con las que suscribieron los contratos de préstamo hipotecario, reclamando la totalidad de estas cantidades desde la celebración del contrato, y no la cantidad correspondiente al pago que hubieran efectuado desde el 9 de mayo de 2013, como así se recoge en la sentencia del TS de misma fecha. Precisamente son estos tribunales que acabo de citar los que elevarán la pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de si tal limitación de los efectos de la declaración de nulidad que recoge la STS 241/2013, se puede reputar compatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en adelante Directiva 93/13/CEE⁶.

Como anticipación a esta cuestión, hay que señalar que, se declarará incompatible tal resolución dictada por el Tribunal Supremo, con la pretensión que deriva de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, y en concreto con su art. 6.1⁷, lo que conllevará que se resuelva que procederá el reintegro de las cantidades indebidamente satisfechas desde la celebración del contrato, lo que inicia un nuevo marco de controversia en cuanto a cómo han de devolverse estas cantidades.

Esto último, se pretenderá resolver por medio del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, desde ahora RDL 1/2017⁸, que como analizaremos será el método a emplear por los bancos y los prestatarios, tanto para la exigencia por estos últimos de la reclamación de dichas cantidades, como por los primeros de la fórmula a emplear para la devolución de las cantidades. Aunque como veremos, a pesar de la iniciativa efectuada por el Gobierno para agilizar dichas devoluciones y establecer la seguridad de su percepción garantizándola con este RDL 1/2017, este intento encontrará no pocas pegas por parte de los Bancos en su batalla por eludir el pago de dichas cantidades. Y ello porque, como

⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31993L0013> (fecha de última consulta: 17/08/2017).

⁷ Art. 6.1. Directiva 93/13 CEE: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

⁸ RDL 1/2017 de 20 de enero. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-653 (fecha de última consulta: 17/08/2017).

observaremos y mencionaremos, estos denegaron hasta más del 80% de las reclamaciones realizadas por dichos consumidores afectados, según un estudio realizado por ADICAE, como así nos informa la prensa⁹.

Finalmente, haré un análisis de cómo se encuentra la situación actualmente, pues aún se encuentra a la orden del día la negativa al pago de las cantidades reclamadas, utilizando el método recogido en el RDL 1/2017, debiendo en la mayoría de casos acudir a una reclamación judicial, que inste al banco a negociar las cantidades que han de ser devueltas por el cobro indebido de éstas, en aplicación de las declaradas como abusivas, cláusulas suelo.



⁹ Documento disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/economia/20170809/bancos-rechazan-82-reclamaciones-clausulas-suelo-6216018> (fecha de la última consulta: 15/08/2017).

CAPITULO I. CLÁUSULAS SUELO

1) Concepto de la cláusula suelo

Los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable entre los que se incorporan acotaciones a la variación de los tipos de interés, pueden dar lugar a la aplicación de dos tipos de acotación o límite; uno de estos límites puede ser que se aplique al alza, lo que consistiría la limitación en crear un límite techo que impida que el prestamista pueda pagar conforme a un tipo mayor que el pactado en dicho límite, lo que se conoce como cláusula techo; por otro lado, tendríamos una limitación a la baja que consistiría, en contra de lo mencionado anteriormente, en crear un límite suelo que impida que el prestamista pueda pagar a un tipo inferior al pactado en ese límite, conocido como cláusula suelo¹⁰. Esto es debido a que dichos préstamos a interés variable, se ven afectados por las modificaciones que se producen en el índice de referencia. Siendo el índice de referencia más usado el Euribor¹¹.

Llegados a este punto, lo que más nos interesa son las cláusulas suelo, pues han sido las que más dudas han generado debido a su posible abusividad, lo que afecta a su legalidad, esto es, debido a las aparentes desventajas que genera su aplicación sobre los prestatarios, al impedirles beneficiarse ante las bajadas de tipos que se puedan producir durante la duración del contrato de préstamo hipotecario. Además, hay que tener en cuenta que “el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”, como muy bien recoge el Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, en adelante IBE¹². No es difícil de intuir la repercusión que una posible declaración de nulidad tendría sobre los prestamistas, más aun si tenemos en cuenta que aproximadamente un tercio, contiene cláusula suelo¹³. A lo que hay que añadir el estudio que realizó ADICAE el 24 de febrero de 2010, el cual hace referencia a otro de

¹⁰ Art. 2.2. RDL 1/2017: “Se entenderá por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato”.

¹¹ Documento disponible en:

http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/15/Arc/Fic/presbe2015_08.pdf (fecha de la última consulta: 15/08/2017).

¹² Informe del Banco de España, BOCG nº 457, de 7 de mayo de 2010, págs. 13 y 14.

¹³ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate”, *Diario La Ley*, nº 8279, 2014.

sus estudios realizados en el 2007 en el que recoge, que “el 92% de los hipotecados desconoce algún aspecto fundamental de su hipoteca. A ello se suma el que la gran mayoría de los consumidores de este tipo de cláusulas, y en los casos en que dicha información ha existido, se ha tratado de manera sesgada y engañosa, contraponiendo al “suelo” un “techo” (un tipo máximo) como ventaja para el consumidor cuando era completamente imposible que dicho techo se hiciera efectivo nunca por los elevadísimos niveles en que se situaba”¹⁴. Lo que ha dado lugar a que existan alrededor de 3,5 millones de afectados¹⁵, como podemos observar en el anexo I.

2) Funcionamiento de la cláusula suelo

Para saber cómo repercute la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, es necesario realizar una serie de ejemplos que nos permitan conocer en qué se diferencia una cláusula que contiene dicho límite, de aquella en la que no aparece, siendo el tipo de interés libremente variable. Para ello, empezaremos informando sobre cómo se calcula el tipo de interés nominal, para lo que simplemente habrá que sumar al índice de referencia, que en este caso utilizaremos el Euribor siendo este el tipo de interés al que los bancos se prestan dinero, pues es el más utilizado, un diferencial que consiste en un porcentaje fijo que representa la parte de los intereses que obtiene como remuneración el banco cuando presta dinero en una hipoteca.

Partiendo del supuesto, en que sí tuviera límite mínimo (o cláusula suelo) y situándose por debajo de este, el caso sería el siguiente. Tenemos una cláusula suelo del 2% para el Euribor, siendo la cantidad a pagar de 120000€, el periodo de amortización es de 23 años y con un diferencial del 0,5%; ello nos arroja una cantidad a pagar de 572,14€ mensuales y de 6865,68€ anual. Ahora bien si no existe tal cláusula suelo y aplicásemos el Euribor que corresponda, siendo el Euribor a día de hoy aplicable de -0,15%, y si los otros datos fueran los mismos la cantidad a pagar sería de 452,58€ mensuales (lo que

¹⁴ ADICAE, “Informe económico-jurídico sobre la repercusión a las economías familiares de la denominada “cláusula suelo” y la necesidad de su regulación expresa como cláusula abusiva”, 2010. Documento disponible en:

http://adicae.net/archivos/publicaciones/Informe_ADICAE_Clausulas_Suelo_Congreso_Senado.pdf (fecha de la última consulta: 25/07/2017).

¹⁵ Documento disponible en: <https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2016/12/22/744706-unos-3-5-millones-de-afectados-por-las-clausulas-suelo-cataluna-madrid-y-andalucia#comments-wrapper> (fecha de la última consulta: 25/07/2017).

significa 119,56€ a pagar de menos mensualmente) y de 5430,96€ anual (siendo en este caso de 1434,72€ a pagar de menos anualmente)¹⁶.

Teniendo en cuenta las palabras de MÚRTULA LAFUENTE, exponen la realidad de que, “teniendo en cuenta que está [cláusula suelo] suele variar entre el 1,25% y el 5% según la entidad, la cifra podría ascender a cantidades importantes. [...] esta cláusula ha supuesto importantes beneficios durante el año 2009 para algunos bancos (como el Banco Sabadell que en ese año engordó su margen de intereses en 79 millones de euros gracias a este procedimiento)”¹⁷, como observamos en el anexo II. Lo que nos permite observar, la perceptible cantidad que indebidamente corresponde pagar al prestatario si tal cláusula es declarada abusiva, pero que se mantuvo de manera imperceptible cuando estaba en niveles de más del 3,5% no permitiendo distinguir una bajada tan brusca como de ese mismo porcentaje al aplicable a día de hoy, sin intervención de la cláusula suelo, a lo que añadir la desinformación que podía tener el prestamista o en caso de que existiera, la falacia de esa contrapartida que suponía la inclusión de las cláusulas techo, pues como podremos observar en el anexo III, el Euribor nunca superó el 5,5%, estableciéndose como veremos las cláusulas techo entre el 10% y el 15%, así nos lo demuestra el anexo IV, lo que en palabras del IBE, supondría que “[...] las acotaciones al alza, [...] no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés”¹⁸.

3) Normativa que amparaba la aplicación de esta cláusula suelo antes de la resolución del TS de 9 de mayo de 2013

La gran baza con la que se ha amparado sobre la licitud de las cláusulas suelo, ha sido la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, pues establecía el obligatorio sometimiento a su articulado, a las entidades de crédito cuya actividad consistiera en la concesión de préstamos hipotecarios, en adelante OM de 5 de mayo de 1994¹⁹. Siendo así que fue una

¹⁶ Para la realización del cálculo de la cuota a pagar en un préstamo hipotecario hemos recurrido al simulador del portal del cliente bancario que contiene la página web del Banco De España. Disponible en: <https://app.bde.es/gnt/cuota.html#/principalCuota> (fecha de última consulta: 25/07/2017).

¹⁷ MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pág. 152.

¹⁸ Informe del Banco de España, *loc. cit.*, pág. 21.

¹⁹ BOE nº 112, de 11 de mayo de 1994, págs. 14444-14449. Disponible en:

de las razones alegadas por las entidades bancarias, afectadas por la sentencia 246/2010 de 30 de septiembre, del Juzgado número 2 de los Mercantil de Sevilla, en adelante SJM Sevilla de 30 septiembre de 2010²⁰, del recurso de apelación, estimado en la sentencia de 7 de octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección Quinta), en adelante SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011²¹. Definitivamente, acabará con la STS 241/2013, que resolverá la cuestión sobre la posible abusividad de las cláusulas suelo.

En esta Orden Ministerial, se recogía la forma en que debían estar establecidas en el contrato de préstamo las condiciones financieras de dichos préstamos, garantizando así, que los prestatarios estuvieran informados y protegidos cuando los concertaban, estableciendo los pasos a seguir por las entidades de crédito que ofertaban dichos préstamos; ejemplo de ello es la obligación que se le imponía a dichas entidades, de entregar un folleto que explicase de la manera más clara y estandarizada posible, las condiciones financieras que contenían dichos contratos de préstamo²². Es por ello que como ya avanzó en su momento el IBE, dichas obligaciones que ya se imponía en la Orden Ministerial se reputaban suficientes para la incorporación de las cláusulas suelo. Si además mencionamos que en dicha OM de 5 mayo de 1994 en su art. 7, recogía de manera expresa la obligación de los notarios a informar a los prestamistas para el caso en que tratándose de préstamos a interés variable lo que se contrataba, se estableciera por la entidad bancaria algún tipo de límite a la libre fluctuación del interés²³.

Ello se reputó como uno de los elementos normativos más adecuados para garantizar la transparencia formal en dichos contratos de préstamo. Hoy esta Orden ministerial se

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-10577> (fecha de última consulta: 18/07/2017).

²⁰ SJM nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010, nº 246/2010, recurso nº 348/2010. Disponible en: http://www.cincodias.com/5diasmedia/cincodias/media/201010/18/vivienda/20101018cdscsdsviv_1_Pes_PDF.pdf (fecha de última consulta: 18/07/2017).

²¹ SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011, recurso nº 1604/2011. Disponible en: <http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO/105541/sentencia-ap-sevilla-de-7-de-octubre-de-2011-contratacion-de-productos-bancarios-validez-de-las> (fecha de última consulta: 18/07/2017).

²² Art. 3.1. OM de 5 de mayo de 1994: “Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma”.

²³ Art. 7.3.2.c). OM de 5 de mayo de 1994: “En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes”.

encuentra derogada por la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios²⁴.



²⁴ BOE nº 261, de 29 de octubre de 2011, págs. 113242-113283. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17015> (fecha de última consulta: 23/07/2017).

CAPITULO II. ANÁLISIS DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

1. ¿Por qué las cláusulas suelo no son abusivas?

En un principio, a pesar de que pueda parecer que son abusivas, hay que diferenciar entre las cláusulas suelo propiamente, como cláusulas generales que introducen un límite a la bajada del tipo de interés, que como explicaremos no son abusivas. De aquellas que vinieron siendo aplicadas por las entidades de crédito y que han sido objeto de litigio, que son básicamente las que hemos estado mencionando que podían ser consideradas abusivas y que ahora pasaremos a analizar a través de la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, que supondrá el primer punto de inflexión sobre estas cláusulas, siendo el siguiente la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

1.1. La protección que confiere la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

En un principio, debemos tener en cuenta la premisa de la que parte el TJUE, sobre la Directiva 93/13/CEE, la cual interpreta que el sentido de que norma no es otro que busca el equilibrio entre consumidor y empresario, a la vez que da un amparo básico y universal, para todos los estados miembro de la UE. Para ello parte de la idea de que las condiciones generales de la contratación impiden la negociación, al aplicarse cláusulas que ya vienen pre redactadas y sobre las cuales el consumidor no interfiere en la elaboración de su contenido²⁵. Así se recoge en el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en adelante Ley 7/1998, al mencionar que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes”²⁶. Es por ello que será necesario, proceder al control en el uso de condiciones generales de la contratación, debido a dicha limitación a la que someten a la capacidad negociadora del consumidor.

Pero debido a la muy posible normativa divergente que puede aplicarse en cada estado miembro, otro de los objetivos por dicha Directiva 93/13/CEE es el de establecer un marco común de legalidad que permita a los estados miembros la armonización de sus

²⁵ STS de 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 47.

²⁶ BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, págs. 12304-12314.

diferentes normativas, frente a la muy probable contradicción normativa de las normas nacionales aplicable en cada Estado miembro, cosa a la que posteriormente volveremos.

Esta protección al consumidor, se encuentra dispuesta en el noveno considerando de la Directiva 93/13/CEE, al recoger que “[...] con arreglo al principio establecido en ambos programas comunitarios en el título -Protección de los intereses económicos de los consumidores-, los adquirientes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos”²⁷. Por lo cual, deberemos tener en cuenta cuando dicho límite a la capacidad negociadora del consumidor, pueda tener tanta incidencia que incluso se vea desamparada por la normativa que rige las condiciones generales de la contratación, siendo esta la Ley 7/1998. Y tal desamparo que generará su nulidad, se produce cuando dichas condiciones generales sean declaradas abusivas²⁸.

En este sentido, debemos aclarar que, encontraremos límites a esa declaración de abusividad en el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13/CEE, al recoger que “a los efectos de la presente directiva la aplicación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercadería o de la prestación”²⁹. Siendo este, uno de los motivos por los que en la SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011, rechazó la Sentencia de primera instancia del Juez de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, nº 246/10, al determinar que las cláusulas suelo formaban parte del elemento esencial del contrato, el objeto, y por ello, se debía de considerar que se trataba de un contrato negociado individualmente, no una condición general³⁰, en idéntico sentido se pronuncian la SAP Sevilla de 10 de diciembre de 2011, SJM Madrid de 8 de septiembre de 2011, SJM Alicante de 23 de

²⁷ Directiva 93/13/CEE, *loc. cit.*

²⁸ Art. 8.2. Ley 7/1998: “[...] serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

²⁹ Directiva 93/13/CEE, *loc. cit.*

³⁰ SAP Sevilla de 7 de octubre del 2011, dispone: “consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato”.

junio de 2011, y SJM Jaén de 7 de febrero de 2012³¹. Siendo ello contrario a lo que recogía el FALLO a tenor del cual la SJM Sevilla de 30 de septiembre de 2010, consideraba abusivo, y por ello nulo, el desequilibrio que generaba la gran diferencia entre la cláusula suelo y la techo, teniendo en cuenta que esta resolución, sí la consideraba condición general de la contratación, condenando a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación³², en idéntico sentido se pronuncian, la SJM León 11 de marzo de 2011, SJM Barcelona de 12 de septiembre de 2011, SJM Málaga de 20 de noviembre de 2011, SJM Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012, y SAP Cáceres de 24 abril de 2012³³. Como veremos más adelante, las cláusulas suelo versan sobre el objeto principal del contrato y, además, como muy bien se recoge, no cabe tal declaración de abusividad basada en la calidad/precio pues estamos ante una oferta donde predominará la existencia de la autonomía de las partes. Pero de ello, no podemos extraer ya una conclusión sobre las cláusulas objeto de controversia.

Además, debemos informar que al considerando decimonoveno se le aplicará un límite expresamente establecido en el art 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, en el que establece, que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”³⁴. En este sentido, haciendo alusión a las palabras de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, y como adelanto, “la redacción del art. 4.2 de la Directiva 13/1993 es deficiente al sujetar el estándar de transparencia de las cláusulas relativas al precio a una mera obligación de redacción clara y comprensible”³⁵, pues a pesar del cumplimiento de estos estándares, ello no impidió, como veremos, defraudar la expectativa que mantenían los consumidores sobre la reducción de los intereses si el tipo aplicable bajaba.

De lo que acabamos de ver, podemos extraer ya algunas conclusiones, como es el hecho de que el “carácter abusivo” no debe referirse, ni a cláusulas que describan el objeto

³¹ CORDERO LOBATO, E., “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, sala de lo civil, de nueve de mayo de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 6/2013, pág. 130.

³² SJM de Sevilla, *loc. cit.*, págs. 15 y 16.

³³ CORDERO LOBATO, E., “Nulidad de cláusulas...”*cit.*, pág. 130.

³⁴ Directiva 93/13/CEE, *loc. cit.*

³⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, pág. 10.

principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercadería o de la prestación, salvo que dichas cláusulas no hayan sido redactadas de manera clara y comprensible. Quedando aun por dilucidar si estamos ante condiciones generales de la contratación, o ante ofertas negociadas individualmente. Pero ya tenemos noción sobre cuándo podremos considerar que una condición general se reputará nula.

1.2. Rasgos de las condiciones generales de la contratación

Una vez tenido en cuenta el anterior análisis, para determinar si estamos o no ante dichas condiciones generales de la contratación, habrá que acudir a la Ley 7/1998, que como ya hemos mencionado, es la que regula las condiciones generales de la contratación. Su art. 1 determina que nos encontramos ante condiciones generales cuando dichas condiciones que se establecen en el contrato, nos han sido impuestas, y están destinadas a establecerse en una pluralidad de contratos³⁶, con lo cual, no hemos tenido oportunidad de negociarlas. Además de establecer que, el hecho de que hubiéramos negociado una de las condiciones no exige que el resto sean consideradas condiciones generales³⁷. Siendo por este carácter de condición impuesta, por el que lo podemos relacionar con lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, al referirse su art. 3.2, a las cláusulas no negociadas, como aquellas cláusulas que han sido pre redactadas por el profesional, sin la intervención del prestatario o consumidor en la redacción de su contenido³⁸. Con lo cual, se presume, que la única intervención del consumidor, será la de prestar su consentimiento, y por ello derivará la posición de desigualdad, entre las partes.

³⁶ Art. 1.1. Ley 7/1998: “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”.

³⁷ Art. 1.2. Ley 7/1998: “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

³⁸ Art. 3.2. Directiva 93/13/CEE: “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

De lo cual, como muy bien recoge la STS 241/2013, podemos destacar unos rasgos que permiten distinguir cuándo nos encontramos frente a condiciones generales de la contratación, como son³⁹:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva de una norma imperativa.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, no debe proceder de una negociación.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, solo pudiendo obtener el bien o servicio si se somete a tal cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin.

1.3. Por qué se emplea la fórmula de las condiciones generales de la contratación en lugar de acudir a la negociación individual

Una vez que ya podemos intuir cuándo podemos estar sometidos a condiciones generales de la contratación, procederemos a dar respuesta al por qué del uso de esta fórmula en lugar de acudir a la negociación individual, por parte de las entidades de crédito.

Apoyándonos en la STS 241/2013, entendemos que se ha permitido el uso de este tipo de fórmula de contratación en ciertos sectores, pues si se tuviera que recurrir a la negociación individual, ello produciría un aumento en los costes de los préstamos hipotecarios y dicho proceso de negociación alargaría la fase de redacción del contrato haciendo su celebración prácticamente imposible. Además, teniendo en cuenta la gran cantidad de contratos de préstamo hipotecario que se formulan al día⁴⁰, sería imposible ofrecer un servicio ágil que permita al consumidor obtener rápidamente tal financiación

³⁹ RUIZ DE LARA, M., *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*, Fe d'erratas, Madrid 2014, págs. 17 y 18.

⁴⁰ STS 241/2013, *loc. cit.*, pág. 55 y 56.

que necesita, y al profesional atender la gran cantidad de demanda que existen en el mercado, sin conllevar un estancamiento en cada negociación.

Por otro lado, se puede plantear la problemática situación de acudir a esta serie de contratos con “mala fe” por parte de los profesionales, pues como ya hemos mencionado, se trata de contratos donde puede estar sometido el consumidor únicamente a prestar su consentimiento o rechazo, encontrándose en una situación de desamparo por el derecho, pues el desequilibrio antes mencionado, impide situarse en la posición de igualdad que se pretende en la Directiva 93/13/CEE, que además ampararía la norma en pro de agilizar el procedimiento como acabamos de mencionar. Siendo las condiciones generales de la contratación la fórmula aplicable para el préstamo hipotecario, pues constituye una fórmula eficaz frente al problema de la utilización de la negociación individual, se ha proceder al establecimiento de una serie de controles con los que subsanar los hipotéticos problemas que podrían generarse por su uso, a la par de restaurar igualdad entre las partes, a lo que volveremos más adelante.

1.4. ¿Emplean las entidades de crédito condiciones generales de la contratación?

Partimos de la prueba de hecho contenida en la STS 241/2013, de que en ningún momento se vio cuestionado por las partes que se traten de cláusulas pre redactadas, y que estas estuvieran predestinadas a incorporarse a una pluralidad de contratos⁴¹, a pesar de que se rechazará que se trata del uso de condiciones generales de la contratación, en la SAP Sevilla 7 de octubre de 2011, cuyo FALLO se está cuestionando. La SAP Sevilla 7 de octubre de 2011, dispone que “el cliente estudia las condiciones esenciales de la oferta y decide si la acepta o la rechaza”⁴², lo que parece limitar la esfera de la negociación para el consumidor a su simple observancia y a una declaración afirmativa o negativa de su sometimiento al contrato, matiz que permite intuir que se podía tratar de condiciones generales de la contratación.

Finalmente, para dilucidar si estamos ante condiciones generales de la contratación, el tribunal en la STS 241/2013, recurre a la institución conocida como “hecho notorio”, que básicamente se trata de un conocimiento sobre determinada cuestión que presume el

⁴¹ STS 241/2013, *loc. cit.*, pág. 54.

⁴² SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011, *loc. cit.*, pág. 14.

juer que disponen los ciudadanos de manera general y absoluta, y que por ello no necesita probarse. Institución que ha sido empleada por la jurisprudencia tanto en la STS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003⁴³, como la STS 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004⁴⁴, y en la STS 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007⁴⁵. Además también lo encontramos recogido en el art. 281.4 Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶, en adelante LEC⁴⁷.

En relación con el párrafo anterior, debemos tener en cuenta que como podemos observar en nuestra vida cotidiana, existen productos y servicios cuya oferta y precio nos vienen ya determinados de antemano. Ejemplo de ello serían los contratos suscritos con compañías de telefonía móvil. En este sentido no se pretende declarar los contratos que ya nos vienen predeterminados como abusivos, sino evitar que en esa predeterminación el consumidor quede a manos del empresario. Esta protección viene recogida en el art. 9 del Real Decreto Legislativo 1/2007⁴⁸, de 16 de noviembre, por el que se aprueba en texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante RDL 1/2007⁴⁹.

Prueba de ello, es que en el Informe de la Comisión Sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los

⁴³ STS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-57207021> (fecha de última consulta: 25/07/2017).

⁴⁴ STS 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I89c9fdf02e1911dea5660100000000&base-guids=RJ\2009\2795&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad82d9b0000015e54cd002a8266b68d&src=withinResuts&spos=1&epos=1> (fecha de última consulta: 25/07/2017).

⁴⁵ STS 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I20b0da900e3d11e0b63d010000000000&base-guids=RJ\2010\9169&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad82d9a0000015e54d10687c739876c&src=withinResuts&spos=1&epos=1> (fecha de última consulta: 25/07/2017).

⁴⁶ BOE nº 7, de 8 de enero de 2000. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=2> (fecha de última consulta: 25/07/2017).

⁴⁷ Art. 281.4 LEC: “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”.

⁴⁸ BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555&p=20170527&tn=1#a9> (fecha de última consulta: 7/08/2017).

⁴⁹ Art. 9 RDL 1/2007: “Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”.

contratos celebrados con consumidores, en adelante ICOM 2000⁵⁰, recoge que la exclusión en la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de aquellas cláusulas que sean negociadas individualmente, no tendrá efecto en los contratos en masa⁵¹. Llegando a concluir el ICOM 2000, que “los servicios financieros son grandes «consumidores» de cláusulas contractuales”. Lo que nos permite determinar, que las entidades de crédito, emplean esos contratos en masa en el ejercicio de su actividad, teniendo en cuenta lo anteriormente dicho sobre los efectos negativos de acudir a la negociación individual, y que en ningún momento cuestiona, que se traten de cláusulas pre redactadas e incorporadas a una pluralidad de contratos, en la SAP Sevilla 7 de octubre de 2011.

En este sentido, expone GONZÁLEZ CARRASCO, que dicha notoriedad además se ha visto avalada por la normativa sobre transparencia bancaria (en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sustituida hoy por la Orden EHA/2899/2011) y por el Informe del Banco de España, al imponer por ello deberes de información a los prestamistas y al notario⁵².

1.5. Las cláusulas suelo, ¿definen o describen el objeto del contrato?

Una vez que ya podemos afirmar que estamos sometidos a condiciones generales de la contratación, en la aplicación de las cláusulas suelo, tendremos que determinar si estas versan sobre el objeto principal del contrato, pues siguiendo lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, considerando decimonoveno y en el art. 4.2 de la misma, se imposibilita la declaración de abusividad para el caso de que definan el objeto principal, traten sobre la adecuación del precio y retribución, o sobre los servicios y bienes a prestar⁵³.

⁵⁰ ICOM 2000. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52000DC0248> (fecha de última consulta: 7/08/2017).

⁵¹ ICOM 2000, afirma que: “[...] es ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo”.

⁵² GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6/2013, pág. 121.

⁵³ Art. 4.2. Directiva 93/13/CEE: “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte,

Procederemos en principio a determinar si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato o versan sobre éste, pues lo describen o lo definen. Debemos reflejar lo dispuesto en la SAP Sevilla de 7 octubre de 2011, siendo en ésta donde se determina sobre la cláusula suelo que “son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como interés del préstamo, y el máximo que abonará. [...] consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, [...] sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato, [...] precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. [...] es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar [...]”⁵⁴, lo que nos permite llegar a la conclusión de que forman parte del objeto del contrato. Crítica de ello, realiza GONZÁLEZ CARRASCO, pues afirma que la cláusula simplemente es un elemento accesorio de la fijación del precio del préstamo, por lo que constituye solo una limitación a la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable, actuando como medio de cobertura del riesgo de las entidades. Es por ello que según dicha autora, no se puede afirmar que constituye el objeto del contrato, pues sería como decir que en el caso de una compraventa de una cosa, el porcentaje de descuento que se pudiera hacer sobre el precio, forma parte de los elementos esenciales del contrato⁵⁵, siendo ello imposible.

Teniendo en cuenta lo mencionado en los párrafos anteriores, podríamos pensar que la prohibición al control de la abusividad es aplicable automáticamente, pero antes cabe destacar, como así afirma CÁMARA LAPUENTE, que el art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE, no ha sido transpuesto por España debido a un “lapsus en el trámite parlamentario”⁵⁶, lo que genera que sea el Tribunal Supremo, en adelante TS, el que deba decidir sobre la aplicación de la prohibición contenida en la Directiva 93/13/CEE. En este sentido, debemos mencionar, que ya como en su momento recogió la SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011, el TS acaba por afirmar que nos encontramos ante

ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”

⁵⁴ SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011, *loc. cit.*, pág. 13.

⁵⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez...” *cit.*, pág. 122 y 123.

⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., “El control de las cláusulas abusivas sobre el precio: de la STUJE de 3 de junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 6/2013, pág. 100.

cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato, por lo que se deberán someter a la prohibición ya mencionada⁵⁷.

Tras afirmar que nos encontramos ante cláusulas que definen o describen el objeto principal del contrato, siguiendo lo dispuesto en el considerando decimonoveno y, en especial, en el art. 4.2, siempre que se den las exigencias de redacción clara y comprensible, no podrían someterse al control sobre su abusividad.

Es ahora, cuando hacemos mención a lo dispuesto en el considerando duodécimo, en el que se recoge que “[...] en el estado actual de las legislaciones solo se puede plantear una armonización parcial [...]” -refiriéndose a la finalidad de la Directiva de conseguir la armonía entre las diferentes legislaciones nacionales de los Estados miembros de la CEE, hoy UE-, y que por ello, “[...]es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor [...]”; lo que determina, que en su art. 8 la Directiva 9/13/CEE, disponga que “los Estados miembros podrán adoptar en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor una mayor nivel de protección”⁵⁸; lo que parece determinar que aun así, sí se permite un control más riguroso por parte de la normativa estatal que aquel que se refería al contenido de las cláusulas suelo.

Esta cuestión se resuelve en la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, en adelante STJUE de 3 de junio de 2010⁵⁹, siendo esta la que lo resuelve, al permitir un control más estricto por parte de la normativa nacional de los Estados miembros sobre las cláusulas que definan el objeto principal, o versen sobre la adecuación entre precio-retribución o entre servicio- bienes.⁶⁰ Que se corresponden con las conclusiones a las

⁵⁷ STS de 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 65.

⁵⁸ Directiva 93/13/CEE, *loc. cit.*

⁵⁹ STJUE de 3 de junio de 2010. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81085&doclang=ES> (fecha de última consulta: 10/08/2017).

⁶⁰ STJUE de 3 de junio de 2010, resuelve: “los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, [...] que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

que llegó la Abogado General, VERICA TRSTENJAK, presentadas el 29 de octubre de 2009, en adelante ECLI/EU/C/2009/682⁶¹.

1.6. El doble requisito de transparencia

Tras haber determinado, que si se puede ejercitar por medio de la normativa nacional, un control más estricto sobre el carácter abusivo de las cláusulas que contengan condiciones generales de la contratación, cuando estas versen sobre el objeto principal del contrato, que el que contiene la Directiva 93/13/CEE, tendremos que proceder a determinar, a qué controles están sometidas estas cláusulas, que permitan conocer si una cláusula es abusiva o no. Es aquí donde comenzaremos a referirnos al doble control de transparencia.

En un primer momento, cabe mencionar el control de contenido, que prohíbe declarar el carácter abusivo de una cláusula, siempre que se cumpla la exigencia de redacción clara y comprensible que recoge el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Es por ello que debemos partir de la base, de qué se considera redacción clara y comprensible, y para ello cabe mencionar lo dispuesto en el art. 5.5 de la Ley 7/1998, “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Y, según lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 7/1998, a tenor del cual “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]”.

Con lo cual, un primer requisito para la incorporación de dichas cláusulas, se refiere al ámbito formal, y tiene por control la transparencia de estas cláusulas en relación con su contenido. Como muy bien dijimos ya anteriormente, que la Orden Ministerial del 5 de mayo de 1994 (sustituida hoy por la Orden EHA/2899/2011), tenía la finalidad de garantizar la redacción clara y comprensible, garantizando la protección de quienes

⁶¹ ECLI/EU/C/2009/682 de 29 de octubre de 2009. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119441&doclang=ES> (fecha de última consulta: 10/08/2017).

concierten préstamos hipotecarios, siendo la normativa que se encargaba de establecer los pasos a seguir por las entidades de crédito para introducir condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario.

Por lo que este primer control formal consistirá en determinar, si las cláusulas que contienen condiciones generales, han sido incorporadas conforme a lo dispuesto en la Orden Ministerial del 5 de mayo de 1994, cumplimiento que se encuentra verificado en la SAP Sevilla 7 de octubre de 2011⁶², y confirmado en la STS 241/2013⁶³.

Admitido que se supera el control de transparencia formal para la incorporación de cláusulas suelo a los contratos, habrá que determinar si este control es suficiente para determinar si las cláusulas suelo son abusivas o no.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos acudir a la Ley 1/2007, que establece los requisitos para la validez de las cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, estableciendo que su redacción posibilite la comprensión directa por el consumidor, y que sea tan accesible y legible que no exista dudas de que el consumidor las conocía de antemano, a la celebración del contrato⁶⁴. Con lo cual esa matización que se introduce con los términos “comprensión directa” y “conocimiento previo a la celebración [...] sobre su existencia y contenido” permiten denotar la existencia de otro control más, que simplemente la transparencia formal, estaríamos ante la exigencia de transparencia material. En este sentido PERTÍÑEZ VÍLCHEZ determina que, el control formal de la transparencia no sería suficiente para impedir la posible declaración de la abusividad de las cláusulas suelo, pues el consumidor o usuario debe conocer las obligaciones, riesgos y los elementos, que componen el contrato, previamente a la celebración de este, debiendo de acudir a otro tipo de control superior; pero critica la utilización del art. 80.1 de la Ley 1/2007, afirmando que este artículo no impone

⁶² SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011, afirma que: “oferta cuyas condiciones de claridad y transparencia están garantizadas por la normativa contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 [...]”.

⁶³ STS 241/2013, pues admite que: “[...] la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor”.

⁶⁴ Art. 80.1. Ley 1/2007: “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...].b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

obligaciones superiores a las que encontramos en el art. 5 de la Ley 7/1998, estando dirigido a todas las cláusulas no negociadas individualmente, lo que se contrapone con la exigencia de un deber especial de transparencia material, que debe ser dirigido a cláusulas referentes con el objeto principal. Residenciándose la posibilidad de tal deber de transparencia, en los arts. 20 y 60 de la Ley 1/2007⁶⁵.

Con lo cual, siguiendo la afirmación de DE TORRE PEREA, este es un control más elevado de información, que requiere que el prestatario conozca o pueda conocer la carga económica u onerosidad de la ejecución del contrato, previa a la celebración de este⁶⁶. Por lo tanto, se pasa de un control del contenido para la incorporación de las cláusulas, a un control de transparencia material que determina que las cláusulas no negociadas individualmente deberán poder ser comprensibles de manera directa por el consumidor, generando su voluntad sabiendo en todo momento cuáles son las obligaciones o derechos que en la cláusula se mencionan, y qué efectos pueden tener en el contrato⁶⁷, sin que una vez aplicado los términos del contrato, se produzca de manera sorpresiva, un efecto que el consumidor no tenía conocimiento.

1.7. El incumplimiento del control de transparencia material

Es aquí donde encontraremos la problemática que suscitan estas cláusulas, pues en un principio estamos hablando de cláusulas de interés variable, así son ofertadas y redactadas en el contrato presentado al consumidor. Ello tendrá transcendencia, pues genera la expectativa sobre el consumidor de que dicho interés que paga, varíe en función de la variación del tipo aplicable, siendo en este caso el Euribor el que más se ha utilizado, con lo cual si este varía a la baja, se espera que repercuta sobre el pago de la cuota, reduciéndola. Pero ello, como veremos, no se producirá de manera completa, pues a pesar de ser ofertadas como cláusula a interés variable, establecerá un límite a la fluctuación de dicho tipo, impidiendo que éste pueda variar a la baja una vez se sitúe por debajo de ese límite. Pasando de tener una cláusula de interés variable, a consistir ésta en una cláusula de interés mínimo fijo.

⁶⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia...”, *cit.*, págs. 17 y 18.

⁶⁶ DE TORRE PEREA, J.M., “Nulidad de la clausula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, *Revista Jurídica Valenciana*, nº 2, 2004, pág. 3.

⁶⁷ PLAZA PENADÉS, J., “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, nº 8547, 2015.

En este sentido se pronunció el IBE, que ya anunció la problemática que podían suscitar estas cláusulas en cuanto a su legalidad⁶⁸, pero concluía que con la transparencia formal que le otorga la OM de 5 de mayo de 1994, era suficiente, aunque acaba informando de que se debería ampliar la información otorgada a los consumidores, a favor de esa transparencia material. En relación con esto, cabe destacar una de las características por las que se guiaban los consumidores al contratar los préstamos hipotecarios, que como recoge el IBE, era la cuota inicial a pagar, exponiendo que dichas cláusulas se calculan para que no impliquen cambios significativos en la cuota a pagar, lo que puede justificar el tratamiento secundario que se les dio, pues no formaban parte de las preocupaciones principales del consumidor⁶⁹. Lo que parece recoger a las cláusulas suelo, como un elemento secundario y no como un elemento que conforma el objeto principal del contrato, lo que implica que nos preguntemos por este trato inusual. Más aun si cabe, cuando el propio IBE recoge, que la peligrosidad de los préstamos de tipo variable, residen en las imprevisibles variaciones del tipo. Con lo cual, se debe concienciar a los consumidores de que en estos préstamos, son ellos los que asumen la mayor parte del riesgo, pues por medio de esa cláusula suelo, los bancos se aseguran el rendimiento mínimo que subsane la prestación y mantenimiento de esta fórmula de financiación. Siendo por ello, que como ya mencionamos, el IBE establece la recomendación de aumentar la información que percibe el consumidor⁷⁰.

Junto con lo ya mencionado, como la causa de que no se supere el control de transparencia material, y con ello el doble requisito de transparencia. Así lo refleja la

⁶⁸ IBE recogió expresamente que: “son precisamente estas cláusulas las que, últimamente han suscitado dudas acerca de su legalidad, ante la posibilidad de ser consideradas abusivas, en la medida que impiden a los prestatarios vinculados por este tipo de pactos, beneficiarse en toda su amplitud de las bajadas de tipos que se han originado en la actual coyuntura económica”.

⁶⁹ IBE recoge que: “las entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: -el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”.

⁷⁰ IBE recomienda: “ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura”.

STS 241/2013, al establecer que las cláusulas analizadas contienen los siguientes defectos que apoyan lo anterior, como son⁷¹:

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

1.8. La abusividad de la cláusula suelo

Para conectar esa falta de transparencia material que acabamos de observar, con la declaración de abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente, en un principio, debemos mencionar los requisitos que debe cumplir toda cláusula para que deba ser declarada abusiva. Para ello, deberemos mencionar los artículos sobre los que recae la declaración de nulidad. Partiendo de la base, sabemos que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación cuando hablamos de cláusulas suelo, como ya hemos visto, y que estas condiciones generales se encuentran reguladas en la Ley 7/1998, por lo que debemos acudir a esta ley, para determinar cuándo se declararán nulas. Ya hemos anticipado anteriormente, que esa función la cumple el art. 8 de la Ley 7/1998, por lo que deberemos estar a lo dispuesto en él. Estableciendo este artículo, que serán nulas las cláusulas cuando contradigan dicha ley o cualquier norma

⁷¹ STS 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 74.

imperativa o prohibitiva, y en particular, aquellas que insertas en contratos celebrados con consumidores, se encuentran incluidas en alguno de los supuestos de abusividad del art. 10 bis⁷² y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

En mismo sentido que el del art. 10 bis, tenemos lo establecido por el art. 82.1 del RDL 1/2007⁷³, normativa por la que se aprueba el texto refundido de la ley de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, la única diferencia es que esta no hace referencia a la disposición adicional. Y finalmente, en similar sentido, se encuentra lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, al recoger que, “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Con lo cual, teniendo en cuenta los anteriores preceptos normativos, ya podemos estipular cuando se cumplirán los requisitos para que una cláusula sea declarada abusiva. Como así lo enumera la STS de 9 de mayo de 2013⁷⁴:

- a) Que estemos ante condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en una pluralidad de contratos, sin existencia de negociación individual.
- b) Que causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que establece el contrato, pese a las exigencias de la buena fe.
- c) Que tal desequilibrio genere un perjuicio para el consumidor.

⁷² Art. 10 bis Ley 7/1998: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley”.

⁷³ Art. 82.1 Ley 1/2007: “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”.

⁷⁴ STS 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 76.

Es ahora cuando finalmente, solo queda comprobar cuándo se produce tal desequilibrio contrario a la buena fe, y cuándo genera un perjuicio para el consumidor, con lo que completaría los requisitos tal cláusula, para ser considerada abusiva.

Tras lo expuesto, habrá que determinar primeramente, en qué consistirá tal “desequilibrio importante” entre los derechos y obligaciones de las partes, “pese a las exigencias de la buena fe”. Cumpliendo, por lo tanto, las condiciones mencionadas en la norma que permiten determinar qué específica cláusula es considerada por la legislación como abusiva.

Es aquí donde es muy importante lo declarado finalmente por la STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, en la cual se declara que, por “desequilibrio importante” habrá que estar a cuando “[...] el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”; y por “pese a las exigencias de la buena fe”, a que “[...] si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”⁷⁵.

Finalmente, en cuanto al desequilibrio que genera un perjuicio para el consumidor, la STS de 9 de mayo de 2013 llega a la conclusión, de que éste consiste, en que si la cláusula fuera efectivamente a tipo variable tanto el consumidor como la entidad de crédito asumirían el riesgo por igual; sin embargo, las cláusulas que en esta sentencia son objeto de litigio, denotan que el riesgo únicamente queda cubierto para las entidades de crédito.

Esto se debe, a que frente a las oscilaciones a la baja, dan cobertura a estas entidades y frustran la expectativa de los prestamistas de ver abaratado el coste del crédito por la disminución del tipo de interés, pactado como variable. Generando, que un tipo nominalmente variable al alza y la baja, pase a ser en fijo variable el alza, al entrar en juego dicha cláusula suelo prevista por el empresario⁷⁶. Entendiendo, que el problema no está en que la cláusula techo sea muy alta, sino en que las entidades de crédito no

⁷⁵ STJUE de 14 de marzo de 2013. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES> (fecha de última consulta: 15/08/2017).

⁷⁶ STS de 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 82.

asumen riesgo alguno, pues con las cláusulas suelo se aseguran cubrir los costes, dejando únicamente la posibilidad de que suban los tipos de interés, cláusulas que representan las aplicadas por los bancos en su mayoría, como se ha demostrado hasta hoy.

Reflejándose de esta manera, que el desequilibrio, viene producido por la falta de transparencia material, que completándolo con las palabras de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, tal desequilibrio consistirá en el carácter sorpresivo de la defraudación de la expectativa, con respecto a la que legítimamente percibió el consumidor⁷⁷, desequilibrio que parece concordar con lo establecido en la STS 241/2013. Por ello, la falta de información al consumidor, se revela como una consecuencia tan importante, pues de tener un consumidor informado a la hora de la celebración del contrato, de la cláusula aquí objeto de litigio, no sabemos si el consumidor hubiera aceptado tal contenido o lo hubiera rechazado. Encontramos en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, crítica en cuanto a la normativa por la que se produzca tal reproche de abusividad, pues según este autor, no está bien argumentada la conexión entre la falta de transparencia, con la sanción de abusividad, no pudiendo quedar amparada por precepto tan general como es el art. 82 de la Ley 1/2007, pero si por preceptos como el art. 20 o el art. 60 de esa misma norma⁷⁸.

Según CORDERO LOBATO, otras resoluciones podrían haber sido, “apreciar que la falta de transparencia impedía la incorporación de la cláusula al contrato (lo que seguramente hubiera debido determinar la no inclusión de la cláusula de interés variable en su totalidad), [pero en este sentido GONZÁLEZ CARRASCO afirma que en dicho caso no se podría haber declarado la nulidad de oficio, con lo que necesariamente debía de haber sido invocado por AUSBANC o el Ministerio Fiscal, cosa que no hicieron al alegar falta de reciprocidad⁷⁹], o, alternativamente, que la oscuridad de la cláusula de interés debía propiciar una interpretación favorable al consumidor (por ejemplo, haciendo prevalecer el descenso del tipo que correspondiese sobre el límite de la cláusula suelo)”⁸⁰.

⁷⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia...”, *cit.*, pág. 10.

⁷⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia...”, *cit.*, pág. 23 y 24.

⁷⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez...”, *cit.*, pág. 125.

⁸⁰ CORDERO LOBATO, E., “Nulidad de cláusulas...”, *cit.*, pág. 131.

Ello nos lleva, a que las cláusulas suelo no son cláusulas abusivas por sí misma, pues conforme a las conclusiones extraídas de la STS 241/2013, sobre los requisitos necesarios para tal declaración, se ha ido haciendo hincapié en que el desequilibrio no procede de una cuestión monetaria, pues entra dentro de la libertad de empresa y de la autonomía de la voluntad, como así lo refleja el IBE, ni a una cuestión de falta de transparencia formal.

Procediendo, la falta de transparencia material de estas cláusulas, de defectos como la falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, y la inexistencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés, en el momento de contratar, cuestiones que afectarían en la toma de decisión de los consumidores al ser estos los únicos que asumen riesgos; siendo por ello, que como muy bien se expresa en la STS 241/2013, cumpliendo el doble requisito de transparencia que hemos analizado, no es necesario la existencia de equilibrio entre las cláusulas suelo y techo, al corresponder a los empresarios establecer las condiciones de la oferta, siempre que no contradigan los límites establecidos en la normativa vigente⁸¹; pues como reflejó en su día el IBE, la supresión de esta cláusula solo aumentaría el coste para el consumidor del crédito y la reducción de su plazo, o la reducción de la cantidad prestada.

En mismo sentido argumenta PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, que “si la cláusula hubiera sido conocida por el cliente antes de la celebración del contrato, éste habría tomado su decisión de concertar el préstamo con pleno conocimiento de causa y la cláusula suelo sería irreprochable”⁸². Teniendo en cuenta, que se trata de préstamos donde como muy bien informo el IBE, quien asume en mayor medida el riesgo ante la variaciones del mercado es el propio consumidor, y que igual, con una mayor información de los préstamos a interés fijo, no hubiera asumido tal riesgo, a pesar de que en principio los intereses a pagar a corto plazo fueran más bajos en los préstamos a interés variable, que en los de interés fijo, aspecto que era muy tenido en cuenta por los consumidores.

⁸¹ STS de 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 80 y 81.

⁸² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia...”, *cit.*, pág. 6.

Además, teniendo en cuenta que afectará al objeto principal, tal declaración no procedería si no existiera tal falta de transparencia material, pues como ya hemos mencionado, la abusividad se encuentra en el hecho de haberle dado una percepción como elemento secundario a dichas cláusulas suelo. Así lo refleja la STS 241/2013, al recoger que corresponde al empresario “comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-”⁸³.

2) La nulidad parcial de las cláusulas suelo

Una vez que hemos determinado cuando nos encontramos ante cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, deberemos determinar qué efectos produce tal declaración de abusividad. En este sentido, la resolución a la que llegó la STS 241/2013, confirmada por la STS 138/2015, se establecía la nulidad parcial de los contratos de préstamo, pero limitaba los efectos de esa declaración de nulidad, al limitar las cantidades que debían devolver los bancos, debido a la inestabilidad económica que ello les podía generar.

El principal problema de la nulidad parcial, como muy bien dispone la STS 241/2013, es que nuestra normativa nacional no la contempla, contemplando únicamente la jurisprudencia, que en caso de iniciativas negociales de particulares la nulidad no afecte a todo el contrato cuando este pueda subsistir sin la cláusula ilícita⁸⁴, siendo por ello que la STS 241/2013, se remitirá a las legislaciones especiales como medio para determinar la nulidad parcial.

Sin embargo, encontrándonos ante contratos en los que se han empleado cláusulas generales de la contratación, la legislación especial sí que contempla tal posibilidad de manera expresa, como así se recoge en su art. 9.2 de la Ley 7/1998⁸⁵, habiéndose

⁸³ STS de 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 80.

⁸⁴ STS de 9 de mayo de 2013, *loc. cit.*, pág. 82.

⁸⁵ Art. 9.2 Ley 7/1998: “La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su

empleado por AUSBANC una acción de cesación, recoge el art. 12.2 Ley 7/1998 que “la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz”, con lo que se permitía al juez declara la nulidad parcial.

En cuanto a la legislación especial, en caso de contratos con consumidores, ya el art. 10.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante Ley 26/1984⁸⁶ (hoy regulado en el art. 83 de la Ley 1/2007, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), establecía la posibilidad de considerar las cláusulas abusivas manteniendo el resto del contrato válido⁸⁷. El cual concordaba con lo establecido por la Directiva 93/13/CEE en su art. 6.1⁸⁸. Posteriormente, el art. 10 bis de la Ley 26/1984, permitirá la integración, dando incluso potestad al juez para moderar el contrato, con lo que concuerda con los preceptos antes mencionados de la Ley 7/1998, siendo previsto en el art. 83.2 de la Ley 1/2007, texto original⁸⁹. Fue entonces la STJUE de 14 de junio de 2012⁹⁰, la que determinó que tal integración y moderación que se le permite al juez por la normativa nacional, es contraria con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁹¹. En este sentido, resaltando la afirmación que realiza GONZÁLEZ

no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

⁸⁶ BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, págs. 21686- 21691. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737> (fecha de última consulta: 17/08/2017).

⁸⁷ Art. 10.4 Ley 26/1984: “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo”.

⁸⁸ Art. 6.1 Directiva 93/13/CEE: “[...] no vincularán al consumidor, [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

⁸⁹ Art. 83.2 Ley 1/2007, texto original: “La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. [...] el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto [...]”.

⁹⁰ STJUE de 14 de junio de 2012. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=ES> (fecha de última consulta: 17/08/2017).

⁹¹ STJUE de 14 de junio de 2012, declara: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 [...] se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, [...] cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

CARRASCO en relación con lo expuesto: si se permitiera al juez tal integración, previa adaptación de la cláusula a lo justo, desincentivaría al empresario a realizarlo ya de manera ex ante⁹². Con lo cual, podemos determinar que se permite la nulidad parcial pudiendo declarar determinadas cláusulas declaradas abusivas como nulas manteniendo la validez restante del contrato, siempre que este pueda subsistir sin dichas cláusulas.

3) La limitación a la retroactividad

En cuanto a la posibilidad de generar efectos retroactivos por la declaración de nulidad parcial hecha en la STS 241/2013, el Ministerio Fiscal, en su recurso, formuló la cuestión sobre qué efectos retroactivos tendría la sentencia, precisando que si esta permitía su retroactividad de manera completa el perjuicio económico generado superaría la pretensión contenida en la Ley 7/1998, pues en palabras de este “por drástica en exceso”.

En virtud, del art. 12.2 Ley 7/1998 sobre condiciones generales, lo que se pretende con la acción de cesación, es la eliminación de las cláusulas y la abstención en su utilización en el futuro, así también expuesto en el art. 53 Ley 1/2007, de protección de los consumidores⁹³. De lo cual se extrae, que la finalidad no es darle el trato a las cláusulas como si no se hubieran puesto, debiendo restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sino dejar de emplear dichas cláusulas. Se pronuncia en el mismo sentido la STC 96/2012, de 7 de mayo, al determinar que “con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura”⁹⁴.

Teniendo en cuenta el párrafo anterior, podría llegarse a la conclusión que no cabe valorar los efectos de la nulidad, pues quién ejercita únicamente una acción de cesación sólo pretende el cese de los efectos de las cláusulas sobre las que la ejercita, pero ello no es impedimento para que se examine la cuestión sobre los efectos de la nulidad, así lo reconoce tanto la STS 241/2013, como el Ministerio Fiscal. En este sentido y con

⁹² GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez...” *cit.*, pág. 123.

⁹³ Art. 53 Ley 1/2007: “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura”.

⁹⁴ STC 96/2012, de 7 de mayo de 2012. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-7506 (fecha de última consulta: 19/08/2017).

conexión con la nulidad parcial antes mencionada, mencionamos las críticas que realiza PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, afirmando que “resulta absolutamente incongruente con la acción ejercitada, pues una acción de cesación no está llamada a producir efectos sobre la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos individuales y ningún pronunciamiento cabía hacer en la sentencia al respecto”⁹⁵, pero aquí podemos mencionar lo ya expresado por GONZÁLEZ CARRASCO, que al apreciarse la nulidad por la falta de transparencia, motivo diferente al alegado por Ministerio Fiscal y AUSBANC, se permite entrar a valorar de oficio sobre la nulidad de la cláusula⁹⁶.

Cabe examinar la cuestión de los efectos de la nulidad, partiendo de la regla general que se encuentra establecida en el Código Civil⁹⁷, en adelante CC, en cuanto a la nulidad de los contratos, en su art. 1303 dispone que, “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses [...]”. Afirmación que encuentra apoyo, tanto en la STS 118/2012, de 13 de marzo⁹⁸, en la que se afirma que esta restitución se debe a que queda sin validez el título de atribución patrimonial; como en el ICOM 2000, al determinar que cuando una cláusula se declara abusiva, sólo cabe retrotraerse a la situación anterior al momento de celebración del contrato. Lo que daría lugar, a la restitución de las cantidades satisfechas a consecuencia del empleo de esta cláusula como si nunca hubiera existido⁹⁹. Habría que suprimir las cláusulas que son declaradas nulas mientras conservamos el resto del contrato, integrándolo conforme al CC, y sometiéndolo a los límites de establecidos en la Ley 7/1998 y la Ley 1/2007¹⁰⁰.

El problema surge, cuando en vez de proceder a dicha resolución, se opta en la STS 241/2013 por la limitación de la regla general de la retroactividad, en beneficio de los principios generales del Derecho, primando el de seguridad jurídica del art. 9.3 de la

⁹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia...”, *cit.*, pág. 5.

⁹⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez...” *cit.*, pág. 125.

⁹⁷ BOE nº 206, de 25 de julio de 1998. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20151006&tn=2> (fecha de última consulta: 19/08/2017).

⁹⁸ STS 118/2012 de 13 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO/132481/sentencia-ts-118-2012-sala-1-de-13-de-marzo-television-digital-condiciones-generales-abusivas> (fecha de última consulta: 20/08/2017).

⁹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios del Derecho Civil III: Contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 133.

¹⁰⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., *Tratado de contratos II: contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1539.

Constitución Española, en adelante CE¹⁰¹. Amparándose, en normas como el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; art. 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; art. 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; y art. 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Normativas no aplicables al caso concreto, y que tampoco permiten exceptuar la aplicación de la regla general en dicho supuesto, en beneficio del principio de seguridad jurídica, pues es imperativa. Es por ello que PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, matiza que el riesgo que pretende evitar el TS con dicha limitación, es que se puedan producir trastornos graves en el orden público económico, pero crítica que se anteponga un principio general del Derecho a una norma imperativa como es el CC, cuando este no actúa como fuente del Derecho ni criterio de interpretación, determinando que es por ello que no puede generar jurisprudencia sobre dicha cuestión¹⁰².

Percepción que es recogida por GARCÍA MONTORO, sobre las posiciones que algunos tribunales inferiores toman en relación con la resolución dictada en la STS 241/2013, reflejando como se apartan de dicha doctrina como por ejemplo la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, en su sentencia de 13 de mayo de 2013, resaltan que se debe respetar el sistema de fuentes que recoge el art. 1 de CC y por lo tanto ha de aplicarse la regla general de la nulidad del art 1303 del CC, y restituirse por lo tanto todas las cantidades indebidamente cobradas a los prestamistas en el uso de dichas cláusulas. La Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, en su sentencia de 23 de mayo de 2013, expone que vulnera el TS en su resolución el principio de tutela judicial efectiva, al realizar un pronunciamiento no requerido por las partes, ni sobre el que se le permita alegar a éstas, además de la aplicación de la irretroactividad prevista para otras normas como si existiera laguna legal, caso único donde se ampararía su aplicación en virtud del art. 4 del CC, por lo que procede la aplicación de la regla general del art. 1303 CC; el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en Sentencia de 19 de junio de 2013, alegando

¹⁰¹ BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (fecha de última consulta: 23/08/2017).

¹⁰² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013”, *Diario La Ley* nº8154.

que no supone tal un trastorno grave para el orden publico económico la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito¹⁰³; y el Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona en Auto de 31 de mayo de 2013, el cual se decanta por la resolución en base al art. 1303 CC, desechando también las razones de seguridad jurídica y orden público, como las anteriores¹⁰⁴.

A lo que añade la STS 241/2013 que, ya el Tribunal Constitucional, en adelante TC, ha limitado en otras ocasiones la retroactividad de las declaraciones de inconstitucionalidad de las SSTC 179/1994 de 16 junio, SSTC 281/1995 de 23 octubre, SSTC 185/1995, de 14 diciembre, SSTC 22/1996 de 12 febrero, y SSTC 38/2011 de 28 marzo. Además, recoge que la sala de lo civil del TS ya lo ha admitido, recogiendo incluso que “la *restitutio* no opera con automatismo” en la STS 118/2012, de 13 marzo. Y la interpretación parcial de la STJUE de 21 de marzo de 2013, en la que se establece, “con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”¹⁰⁵.

En conclusión, el TS declara por lo anterior, que no procede la retroactividad en cuanto a la devolución de las cantidades ya satisfechas hasta la fecha de la publicación y tampoco afecta a las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada.

Crítica a lo dispuesto, realiza CORDERO LOBATO, al concluir que, “se trata de la decisión más singular de la sentencia, pues las razones que se alegan sólo refuerzan la validez de las cláusulas suelo en abstracto (habitualidad, justificación económica,

¹⁰³ GARCÍA MONTORO, L., “Contra la sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, págs. 303 y 304.

¹⁰⁴ AGÜERO ORTIZ, A., “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O la Rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pág. 296.

¹⁰⁵ STJUE de 21 de marzo de 2013. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135405&doclang=ES> (fecha de última consulta: 25/08/2017).

licitud), pero no sirven para justificar la corrección de la actuación de la entidad que faltó a los requisitos de transparencia legalmente exigidos”¹⁰⁶.

Otra de las críticas, la expresa GONZÁLEZ CARRASCO, y versa sobre la necesidad que se impone a quienes se vean afectados por cláusulas similares a las declaradas nulas, de tener que acudir a un proceso individual y distinto, para poder hacer efectivo en su caso tal nulidad, lo cual se percibe como contrario a la finalidad que tiene el ejercicio de una acción colectiva de cesación; a lo que añade la cuestión sobre la seguridad jurídica, en el caso de las entidades que en previsión del ejercicio de dichas acciones, renegociaron las cláusulas suelo con efectos incluso anteriores al del inicio de este proceso¹⁰⁷.

Siguiendo con GONZÁLEZ CARRASCO, al afirmar que resulta de ello, que únicamente la nulidad afectará a aquellas entidades demandadas, al afectar exclusivamente, a las cláusulas que sean idénticas a las enjuiciadas y que no hayan sido acompañadas de complementos que permitan su aclaración; afirmando finalmente, sobre la facilidad de eludir en un futuro el reproche, por dichas entidades, y las dificultades que, en aplicación del art. 84 del Ley 1/2007, tienen Notarios y Registradores, para impedir la inscripción de las cláusulas que sean similares o complementadas únicamente a efectos formales¹⁰⁸.

Finalmente, cabe recordar a la STS 139/2015, pues es una de las sentencias que aplica la doctrina de la STS 241/2013, pero además, fija como doctrina que una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo, se procederá a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas consecuencia de dicha cláusula, desde la fecha de publicación de la STS 241/2013, que es el 9 de mayo de 2013. Interpretación que realiza de la STS 241/2013, al exponer esta última que no se devolverán las cantidades satisfechas, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia, pero que permite vislumbrar que una vez publicada si procederá la devolución de las cantidades que se paguen indebidamente a la entidad con posterioridad a dicha sentencia. Cuestión que la STS de 24 de marzo de 2015, nº 138/2015, no entró a valorar pese a ratificar la STS 241/2013.

¹⁰⁶ CORDERO LOBATO, E., “Nulidad de cláusulas suelo...” *cit.*, pág. 132.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez...” *cit.*, pág. 126.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez...” *cit.*, pág. 125 y 126.

CAPITULO III. ANÁLISIS DE LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

En esta sentencia, se aclarará definitivamente la problemática cuestión sobre si procede o no la declaración de la retroactividad, en cuanto a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los prestamistas por la aplicación de las cláusulas suelo, lo que rompería con la doctrina de la STS 241/2013 y de la STS 139/2015, antes vista.

Para proceder a tal aclaración por parte de la STJUE de 21 de diciembre de 2016¹⁰⁹, debemos mencionar, la causa que obliga a ello. Y esta causa, es la resolución de una serie de cuestiones prejudiciales, introducidas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (asunto C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015. Donde una de las cuestiones, la más importante, es que se resuelva si el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se debe interpretar como contrario a una norma nacional que limite en el tiempo los efectos restitutorios procedentes de la declaración de abusividad, realizada conforme al art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con una cláusula establecida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, cuando se limita tal restitución a las cantidades pagas indebidamente, posteriores a la resolución judicial por la que se declara tal abusividad.

Las alegaciones expuestas por el Gobierno español, Cajasur Banco y Banco Popular, es que la Directiva 93/13/CEE no hace mención a los efectos derivados de la declaración de abusividad, siendo por ello que el TS en la STS 241/2013 ofrece una protección mayor a la que recoge la citada Directiva, a pesar de que esta retroactividad sea limitada en el tiempo. A pesar de las alegaciones expuestas, el TJUE considera que de la redacción del art. 6.1 en la que se establece que, “los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un

¹⁰⁹ STJUE de 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186483&doclang=ES> (fecha de última consulta: 26/08/2017).

profesional [...]”, se extraen dos conclusiones: que tiene naturaleza de norma de orden público, pues afecta a los derechos de los consumidores; y que tiene naturaleza imperativa pues pretende establecer el equilibrio real entre las partes, ya que como dijimos el consumidor parte de una situación de desventaja al tratarse de cláusulas no negociadas, finalidad que ya mencionamos que tenía la Directiva, y que se garantiza a través del art. 7.1¹¹⁰. Otra conclusión, nos la expone CAMARA LAPUENTE, al afirmar que las palabras “no vincularán” utilizadas en el art. 6.1 de la Directiva, pretende que frente a la falta de armonización, que ya mencionamos, se preserve el efecto útil de la Directiva¹¹¹.

Para alcanzar dicha finalidad, el juez nacional debe dejar sin aplicación la cláusula objeto de abusividad, quedando sin efecto que la vincule al consumidor, lo que permite subsanar dicho desequilibrio, impidiendo al juez la integración o modificación de estas cláusulas, pues como expuso CARMEN GONZALEZ CARRASCO, desincentivaría a los profesionales a realizarlo de manera *ex ante*¹¹². Incluso, debiendo ser apreciado por el juez nacional de oficio, tal carácter abusivo.

Por lo que de lo expuesto, extraemos que, según el TJUE el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse, de manera que la cláusula que sea declarada como abusiva, se debe entender como si no estuviera puesta, con lo cual deberá de restituirse a la situación anterior de hecho y Derecho a la existencia de dicha cláusula. Lo que determina la restitución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas por una cláusula que no debería haber existido. Apuntando PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, que ello no solo se refiere a los efectos futuros *ex nunc*, sino que afecta también a los consumados *ex tunc*¹¹³.

En este sentido apunta el CÁMARA LAPUENTE, que se podría haber articulado de la siguiente manera, “la nulidad (española) de pleno derecho con ineficacia *ex tunc*

¹¹⁰ Art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE: “los Estados miembro velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

¹¹¹ CÁMARA LAPUENTE, S., “Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, *Dialnet*, pág. 385.

¹¹² GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez...” *cit.*, pág. 123.

¹¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo”, *Dialnet*, pág. 5.

establecida en el art. 1303 CC es, también, como mínimo, la categoría de ineficacia contractual (europea) que encaja mejor en la noción abierta de “no vincularán” de la Directiva y los Estados miembros no pueden rebajar ese mínimo protector”¹¹⁴.

Si bien es cierto, que el art. 6.1 de la Directiva deja en manos del Derecho nacional la forma en como no deben quedar vinculadas dichas cláusulas abusivas, este no puede limitar o modificar la protección que se le confiere al consumidor por parte de la Directiva mencionada. Por lo tanto, quedará en manos de los Derechos nacionales, establecer las condiciones por las que se declara una cláusula como abusiva y como se materializan los efectos de dicha declaración. Pero no podrán evitar que se restablezca la situación de hecho y derecho anterior a la aplicación de la cláusula¹¹⁵.

Con lo cual, sobre la declaración realizada en la STS 241/2013, en la que establece que la declaración de abusividad de las cláusulas suelo no afecta a las resoluciones con fuerza de cosa juzgada, aunque ello subsane la infracción de uno de los artículos de la Directiva 93/13/CEE, ni a los pagos ya realizados anteriores a la fecha de publicación de dicha sentencia. El TJUE entiende, que es legítima la resolución del TS relacionada con la cosa juzgada, pues es compatible con el Derecho de la Unión el establecimiento de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, garantizando así la seguridad jurídica, y además en palabras de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, no forma parte de su competencia¹¹⁶; pero, en el caso de la limitación de los efectos jurídicos de la declaración de abusividad de las cláusulas, declaración realizada en virtud del art. 6.1 de la Directiva, se antoja como una protección incompleta, insuficiente, inadecuada e ineficaz para el cese de dichas cláusulas, contrariando así lo dispuesto en el art 7.1 de la Directiva.

Declarando el TJUE, en la presente sentencia que es analizada, que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los

¹¹⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *Dialnet*, pág. 6.

¹¹⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., “Doce tesis sobre la STJUE...” *cit.*, pág. 10.

¹¹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre...” *cit.*, pág. 11.

efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”. En este sentido, mencionar la crítica que realiza CÁMARA LAPUENTE, al afirmar que, el legislador en la Directiva 93/13/CEE no conecta el incumplimiento del art. 3.1 de la Directiva con el 6.1, que sería su consecuencia¹¹⁷.

Finalmente, también aclara el TJUE, que la obligatoriedad de cumplir con el requisito de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, proviene del arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, en contra de lo que interpretaba el TS, en la STS 241/2013.

Con lo cual, procederá la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en el empleo de las cláusulas suelo, desde el mismo nacimiento de dicha obligación. Contradiendo así, la doctrina de la STS 241/2013 y de la STS 139/2015, antes vista.

¹¹⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., “Un examen crítico de la STJUE...” *cit.*, pág. 390.

CAPITULO IV. EL RDL 1/2017, DE 1 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

1) El procedimiento extrajudicial

Tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, en la que se declara que la doctrina recogida en la STS 241/2013 y en la STS 139/2015, es contraria con el articulado de la Directiva 93/13/CEE, y en concreto con el art. 6.1, al proceder esta a limitar los efectos de la retroactividad sobre cláusulas que han sido declaradas abusivas, y que, por tanto, procede la reintegración completa a los consumidores de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de las cláusulas suelo. De ahí que al prever el Gobierno una oleada de reclamaciones judiciales de los afectados por estas cláusulas, en la que se solicite la devolución de dichas cantidades indebidamente pagadas, ha procedido a establecer una fórmula sencilla y ordenada, a la que el consumidor puede acudir de manera voluntaria y resolver con la entidad de crédito con la que tiene concertada el préstamo hipotecario, la cuestión de la devolución de las cantidades que indebidamente le cobro.

En el RDL 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo¹¹⁸, se ha establecido este procedimiento extrajudicial como una medida, cuyo objetivo primordial es evitar la cantidad de demandas que se interpondrían ante la jurisdicción civil, lo que causaría no sólo un estancamiento en el funcionamiento de la Administración de Justicia y un aumento en la duración de los procedimientos, sino que además supondría un elevado coste para esta. Además de otorgar una rápida respuesta, a las demandas de los consumidores afectados, que les satisfaga.

¿Qué se entiende por consumidor? La respuesta, nos la proporciona el RDL 1/2017 en su art. 2.2 que recoge que, el consumidor es cualquier persona física que cumpla los requisitos contenidos en el art. 3 de la Ley 1/2007¹¹⁹. En cuanto a la cláusula suelo,

¹¹⁸ BOE nº 18, de 21 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-653> (fecha de última consulta el 28/08/2017).

¹¹⁹ Art 3 de la Ley 1/2007: “[...] son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a

como ya vimos en su art. 2.3, consiste en la fijación de un límite a la bajada del tipo de interés, en los contratos de préstamo a interés variable¹²⁰. En este sentido, hace crítica CONDE FUENTES, pues establece que se debería de delimitar de manera concreta por el RDL 1/2017, que las cláusulas objeto de este procedimiento son aquellas que han sido declaradas abusivas, pues la cláusula suelo por si no lo es¹²¹. Pero entendemos que no es aplicable tal crítica, pues hasta no acudir a un procedimiento judicial, no puede afirmarse que una cláusula suelo sea abusiva, sino que sólo se puede predicar la posibilidad de tal abusividad, pues habrá que demostrar si se cumplieron o no los requisitos de transparencia material¹²².

Dicho lo anterior, solo queda analizar en qué consiste este sistema. Para ello habrá que estar a lo dispuesto en el art. 3 de este Real Decreto Ley. En un principio, destaca la obligación que impone a las entidades de crédito, de recoger un sistema de reclamación previa a la interposición de demanda, debiendo garantizar además que sus prestamistas conozcan dicho sistema. Tenido en cuenta lo anterior, ya procedería la reclamación, y una vez realizada esta, si la entidad de crédito acepta la reclamación, procederá a hacer un cálculo desglosando la cantidad a devolver, debiendo recogerse obligatoriamente las que corresponda a intereses; una vez efectuado tal cálculo, el consumidor deberá expresar si presta su conformidad o disconformidad con tal valoración, en caso de considerarla aceptable se acordará la devolución de las cantidades. Pero si la entidad entiende que no procede tal reclamación, deberá motivar su decisión dando por finalizado este procedimiento, lo que no impide una posterior reclamación por vía judicial. En este sentido, hay que mencionar la crítica que realiza CONDE FUENTES, de que tampoco se impone en el RDL 1/2017, reglas o principios por los que se tenga que guiar el procedimiento extrajudicial, lo que produce un desequilibrio para el

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

¹²⁰ Art. 2.3 del RDL 1/2017: “ Se entenderá por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato”.

¹²¹ CONDE FUENTES, J., “El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 1, 2017, págs. 221 y 222.

¹²² ADAN DOMENECH, F., “Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Revista de Derecho vLex*, nº 152, 2017, pág. 3.

consumidor que se registrará por las pautas de la entidad financiera, al no existir un tercero imparcial que medie¹²³.

Se establece un plazo máximo, desde que se produce la reclamación, de tres meses, para llegar a un acuerdo y proceder a la devolución de las cantidades. Tal procedimiento de devolución, concluye no solo con el rechazo por la entidad de la reclamación, sino también, por el transcurso del plazo mencionado, o en caso de que exista disconformidad del consumidor sobre la valoración.

También se impone a las entidades de crédito, la obligación de informar a los consumidores sobre las cargas fiscales que puede generar la devolución. Y como última cuestión, no pueden ejercitarse reclamación judicial alguna hasta que finalice dicho procedimiento extrajudicial, en caso de incumplimiento de esta obligación, se paralizara dicho procedimiento judicial hasta resolverse el extrajudicial.

Por último, en cuanto a las disposiciones adicionales, debemos exponer que se recoge en ellas que, la entidad de crédito deberá de disponer de un departamento o servicio especializado que permita atender la reclamaciones, la publicidad en cuanto al procedimiento deben hacerla tanto en su página web como en sus oficinas, pueden aplicarse medidas compensatorias diferentes a la devolución en efectivo, y que el procedimiento extrajudicial es completamente gratuito.

Finalmente, destacar la crítica de VILAPLANA RUIZ, de que a pesar de la promulgación del RDL 1/2017, siga existiendo la posibilidad de que las entidades financieras en el procedimiento judicial puedan alegar la negociación en la aplicación de sus cláusulas suelo¹²⁴.

2) La actualidad de las reclamaciones

Ahora analizaremos brevemente cómo se encuentra la situación sobre las cláusulas suelo. Pues pese a que parezca que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y el RDL

¹²³ CONDE FUENTES, J., “El procedimiento extrajudicial...” *cit.*, págs. 226.

¹²⁴ VILAPLANA RUIZ, J., “Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, nº 8928, 2017, pág. 3.

1/2017, sirven de punto de inflexión para los afectados por este tipo de cláusulas, los artículos de prensa muestran la realidad con la que se encuentran los afectados.

En un principio, debemos nombrar el caso de Bankia, fue de las únicas entidades que sin ser condenada acató la decisión del TJUE y decidió devolver las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo¹²⁵. En este sentido destaca, que Bankia ya ha devuelto el 92% de las reclamaciones por la cláusula suelo, estableciendo un procedimiento de reclamación consistente en acudir y rellenar una plantilla de solicitud, estando en la mayoría de casos ya calculado el importe a devolver¹²⁶. Lo que permite observar, que si existe predisposición por la entidad de crédito a arreglar la situación acudiendo al procedimiento extrajudicial, la reclamación puede hacerse bastante simple, permitiendo los fines que recoge el RDL 1/2017, incluso destaca la idea que la entidad ya tiene todos los datos necesarios.

Otra realidad, es que el resto de la banca rechaza el 88% de las reclamaciones, lo que permite observar la lucha que siguen manteniendo los bancos para evitar el pago de las cláusulas suelo, declaradas abusivas. Los bancos sobre los que tenemos datos son Ibercaja que deniega el 96%, Caja Duero con el 88%, Banco Popular con el 75% y BBVA con el 71%. En este sentido, hay que hacer hincapié en algunas de las razones que alegan, pues son contrarias al RDL 1/2017, como son: declarar que el reclamante no actúa como consumidor sin justificación, comunicación de la oferta sin información suficiente, rechazo de la reclamación con motivación genérica, y, envió de cálculos y ofertas sin desglose ni justificación¹²⁷.

Situación que desvirtúa por completo, la finalidad que pretendía el Gobierno al elaborar el RDL 1/2017. Ello generando la necesidad de acudir a los juzgados para reclamar las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de la cláusula suelo. En este sentido se puede mencionar, que en los nuevos juzgados únicos, todas las sentencias han sido condenatorias, siendo el número de 17 sentencias aun muy bajo pero que, como afirma la noticia, existiendo solo 54 juzgados de este tipo (uno por provincia) y entrando en

¹²⁵ Documento disponible en: https://www.elconfidencial.com/empresas/2017-01-30/bankia-resultados2016-salida-eeuu_1323381/ (fecha de última consulta: 29/08/2017).

¹²⁶ Documento Disponible en: <https://intereconomia.com/empresas/banca/bankia-devuelve-92-las-reclamaciones-clausulas-suelo-20170712-1046/> (fecha de última consulta: 30/08/2017).

¹²⁷ Documento disponible en: <https://intereconomia.com/empresas/banca/la-banca-rechaza-88-las-reclamaciones-las-clausulas-suelo-20170809-1757/> (fecha de última consulta: 31/08/2017).

funcionamiento el 1 de julio, ya han recibido más de 16000 demandas demostrando el fracaso del procedimiento extrajudicial, lo que demuestra el colapso que pretendió evitar el Gobierno por medio de el procedimiento extrajudicial. Ello ha generado la crítica de abogados, organizaciones de consumidores e incluso asociaciones de jueces, derivadas todas ellas de los costes de transporte que suponen para los miles de afectados el no poder ir al juzgado de primera instancia más cercano¹²⁸. Las previsiones de Consejo General del Poder Judicial apuntan que si sigue la tendencia de demandas, se acumulen más de 192000 demandas en los próximos 12 meses¹²⁹.



¹²⁸ Documento disponible en: <https://intereconomia.com/empresas/banca/la-banca-pierde-todos-los-juzgados-unicos-clausulas-suelo-20170904-0841/> (fecha de última consulta: 2/08/2017).

¹²⁹ Documento disponible en: <http://www.lavanguardia.com/economia/20170704/423881606315/demandas-judiciales-clausulas-suelo.html> (fecha de última consulta: 2/08/2017).

CONCLUSIONES

Primera.- Uno de los grandes problemas que se percibe cuando se habla de la cláusulas suelo es la desinformación que tenía el consumidor, pues se le ofertaban los préstamos como a interés variable cuando en realidad se trataban de préstamos a interés mínimo fijo, lo que generaba una expectativa irreal. Consideramos que se debe mejorar la información que los bancos entregan a sus clientes, en cuanto a la evolución del tipo de interés.

Segunda.- En relación con lo anterior, quiero destacar la aplicación del doble control de transparencia, pues teniendo en cuenta que hasta ahora sólo se aplicaba el control de transparencia formal y vista la gran desconexión que existe entre los prestamistas con los contratos de préstamo a los que estaban sujetos, era necesario regular un control más estricto que permitiera paliar los efectos de esa desconexión, permitiendo conocer a qué condiciones se va a sujetar el prestamista tras la celebración del contrato.

Tercera.- El perjuicio que se genera al consumidor no reside en el equilibrio entre la cláusula suelo y la cláusula techo, sino que proviene del riesgo asumido por las partes, pues sólo el consumidor asume el riesgo ante la variación del tipo de interés, a lo que hay que añadir, que muchas de las cláusulas techo se fijaban en un porcentaje muy alto, superior al 10%. A ello hay que añadir que la entidad se asegura de antemano cubrir los costes que ante el empleo de estos métodos de financiación le pudiera generar la bajada del tipo de interés. De ahí que la cláusula suelo deba ser considerada abusiva, pues no existe ningún consumidor que esté dispuesto a asumir los riesgos de forma exclusiva, siendo preferible acudir a un préstamo a interés fijo.

Cuarta.- Es comprensible la resolución a la que llega la STJUE de 21 de diciembre de 2016, pese a que no conecte los efectos del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE con el art. 1303 CC. Del análisis de la terminología empleada en el art. 6.1 de la Directiva se deduce que existe una protección primaria que impide que una cláusula que es declarada abusiva pueda generar efectos, más aun teniendo en cuenta que incumple el art 7.1, pues no se puede aceptar como un medio adecuado la limitación de la retroactividad con base en el orden publico económico, cuando éste queda representado sobre los consumidores

que son además los que parten de una situación de desequilibrio, como así lo recoge la Directiva.

Quinta.- Considero que el RDL 1/2017, que regula el procedimiento extrajudicial para la reclamación de las cantidades indebidamente satisfechas, fue un intento por acercar posturas entre las entidades bancarias y los afectados, pues recoge un procedimiento voluntario que parece tener poco calado. Mientras que la práctica ha dado sobrada cuenta de que puede llegar a ser una forma eficaz de resolver la situación, parece que la mayoría de entidades bancarias se niega a aceptar la STJUE y prefiere alargar el procedimiento, posiblemente aprovechando el perjuicio que puede generar para los afectados el tener que acudir a un procedimiento judicial. De donde extraigo que pese a las buenas intenciones del Gobierno en aras de agilizar los trámites y reducir los perjuicios, los intentos hasta el momento han resultado infructuosos, en gran medida por la por la actitud de los bancos.

Sexta.- No alcanzo a entender la postura del legislador en relación con la elaboración del RDL 1/2017, en donde no aprovecha la ocasión para imponer unas reglas firmes y sanciones contundentes a las entidades que se muestren reacias a su aplicación, pues no cabe duda de la repercusión negativa que genera tal actitud para la Administración de Justicia, tanto en su economía como en su funcionamiento. A partir del pasado mes de junio se está procediendo con la especialización en materia de cláusulas suelo de algunos Juzgados de Primera instancia, con la finalidad de tapan el fiasco que ha supuesto el procedimiento extrajudicial recogido en el mencionado RD que, pese a ser voluntario para el consumidor, se ha encontrado de frente con las trabas de las entidades bancarias que se han mostrado reacias a hacer frente a la devolución de las cuotas por la aplicación de las cláusulas suelo a través de dicho procedimiento.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003, como la
- STS 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y en la
- STS 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007
- STS 118/2012, de 13 marzo
- STS 118/2012, de 13 de marzo
- STS 241/2013, 9 de mayo de 2013
- STS 464/2014
- STS de 24 de marzo de 2015, nº 138/2015
- STS 139/2015

Sentencias de la Audiencia Provincial

- SAP Cáceres de 24 abril de 2012
- SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011, nº de recurso 1604/2011
- SAP Sevilla de 10 de diciembre de 2011,

Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil

- SJM Sevilla de 30 septiembre de 2010, RJ 2010/1550
- SJM León 11 de marzo de 2011.
- SJM Alicante de 23 de junio de 2011.
- SJM Madrid de 8 de septiembre de 2011.
- SJM Barcelona de 12 de septiembre de 2011.
- SJM Málaga de 20 de noviembre de 2011.
- SJM Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012.
- SJM Jaén de 7 de febrero de 2012.
- Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, en su sentencia de 23 de mayo de 2013.
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en Sentencia de 19 de junio de 2013

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 3 de junio de 2010, C-484/08
- STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 21 de marzo de 2013
- STJUE de 21 de diciembre de 2016

Sentencias del Tribunal Constitucional

- SSTC 179/1994 de 16 junio,
- SSTC 281/1995 de 23 octubre,
- SSTC 185/1995, de 14 diciembre,
- SSTC 22/1996 de 12 febrero, y
- SSTC 38/2011 de 28 marzo
- SSTC 96/2012

Juzgados de 1º Instancia

- Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, en su sentencia de 13 de mayo de 2013, AC 2013/2198
- Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona en Auto de 31 de mayo de 2013

ANEXOS

Anexo I. Tabla con las 10 comunidades más afectadas por la cláusula suelo. Elaborada por idealistanews.

RÁNKING 10 COMUNIDADES CON MÁS AFECTADOS POR CLÁUSULAS SUELO	
Andalucía	630.000
Cataluña	565.000
Madrid, Comunidad de	486.000
Comunitat Valenciana	373.000
Galicia	205.000
Castilla y León	184.000
País Vasco	165.000
Canarias	158.000
Castilla - La Mancha	153.000
Murcia	110.000

Anexo II. Tabla que expone las cantidades que pueden llegar a devolver las entidades bancarias, por la aplicación de la abusiva cláusula suelo. Elaborada por el idealistanews.

idealista

¿Cuánto puedo reclamar a mi banco tras la sentencia del TJUE sobre cláusula suelo?

				Sí retroactividad total
Entidad Actual	Entidad	Retirada C.S por Sentencia Tribunal Supremo España	Retirada C.S voluntaria	Devolución completa
	 	Mayo 2013		4.000€ a 7.000€
			Julio 2015	10.000€ a 13.000€
	 	Mayo 2013		4.000€ a 7.000€
		Mayo 2013		4.000€ a 7.000€
		Mayo 2013		4.000€ a 7.000€
	 		Octubre 2015	10.000€ a 13.000€
			Octubre 2015	10.000€ a 13.000€
	   		Septiembre 2015	10.000€ a 13.000€
			Septiembre 2015	10.000€ a 13.000€
			Septiembre 2015	10.000€ a 13.000€
			Septiembre 2015	10.000€ a 13.000€
			Julio 2013	4.000€ a 7.000€
	 			13.000€ a 16.000€
				13.000€ a 16.000€
	 	Mayo 2016		13.000€ a 16.000€
				13.000€ a 16.000€
	  			13.000€ a 16.000€
				13.000€ a 16.000€
				13.000€ a 16.000€
	 			13.000€ a 16.000€
				13.000€ a 16.000€
				13.000€ a 16.000€
Liberbank				13.000€ a 16.000€
				13.000€ a 16.000€

Fuente: 

Anexo III. Evolución del Euribor

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
En.	2,83	4,06	4,49	2,62	1,23	1,55	1,93	0,57	0,56	0,29	0,042	-0,095
Feb.	2,91	4,09	4,34	2,13	1,22	1,71	1,67	0,59	0,54	0,25	-0,008	-0,106
Mar.	3,10	4,10	4,59	1,90	1,21	1,92	1,49	0,54	0,57	0,21	-0,012	-0,110
Abr.	3,22	4,25	4,82	1,77	1,22	2,08	1,36	0,52	0,60	0,18	-0,010	-0,119
May.	3,30	4,35	4,99	1,64	1,24	2,14	1,26	0,48	0,59	0,16	-0,013	-0,127
Jun.	3,40	4,50	5,36	1,61	1,28	2,14	1,21	0,50	0,51	0,16	-0,028	-0,149
Jul.	3,53	4,56	5,39	1,41	1,37	2,18	1,06	0,52	0,48	0,16	-0,056	-0,154
Ag.	3,61	4,66	5,32	1,33	1,42	2,09	0,87	0,54	0,46	0,16	-0,048	-0,156
Sep.	3,71	4,72	5,38	1,26	1,42	2,06	0,74	0,54	0,36	0,15	-0,057	
Oct.	3,79	4,64	5,24	1,24	1,49	2,11	0,65	0,54	0,33	0,12	-0,069	
Nov.	3,86	4,60	4,35	1,23	1,54	2,04	0,58	0,50	0,33	0,08	-0,074	
Dic.	3,92	4,79	3,45	1,24	1,52	2,00	0,54	0,54	0,32	0,05	-0,080	

Autor: Pablo Navarro

Anexo IV. Ejemplos de la STS 241/2013, sobre la redacción de las cláusulas suelo aplicadas sobre cláusulas suelo y techo, que han sido declaradas abusivas.

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

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

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

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

3. Límites a la variación del tipo de interés.

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al **2,50%**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés" Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **15'00%** nominal anual.

4. TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE:

1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada período, que en ningún caso podrá exceder del **DIEZ (10%)** ni ser inferior al **DOS COMA SETENTA Y CINCO (2'75%)**, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período.

Otros ejemplos:

5. «TERCERA BIS» denominada «TIPO DE INTERÉS VARIABLE»:

«1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada período, que en ningún caso podrá exceder del **TRES POR CIENTO (3,00%)** ni ser inferior al **DIEZ POR CIENTO (10%)**, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período.

6. No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al **cuatro por ciento (4,00%)**, ni superior al **quince por ciento (15,00%)**. f) Se pacta expresamente que para determinar el tipo de interés, incluso a efectos judiciales, bastará aportar copia de la cotización que figure reflejada en el BOE, o publicación oficial que la sustituya.

7. TERCERA BIS del contrato de préstamo hipotecario aportado como documento número 1 con la demanda, en lo relativo a la limitación del tipo de interés aplicable, en el sentido que, "en ningún caso podrá exceder del 10% ni ser inferior al 3%"

BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, F., “Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Revista de Derecho vLex*, nº 152, 2017.
- ADICAE, “Informe económico-jurídico sobre la repercusión a las economías familiares de la denominada “cláusula suelo” y la necesidad de su regulación expresa como cláusula abusiva”, 2010. Documento disponible en: http://adicae.net/archivos/publicaciones/Informe_ADICAE_Clausulas_Suelo_Congreso_Senado.pdf (fecha de la última consulta: 16/08/2017).
- AGÜERO ORTIZ, A., “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O la Rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº1, 2017.
- “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, 2017.
- “El control de las cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6/2013.
- CONDE FUENTES, J., “El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 1, 1/2017.
- CORDERO LOBATO, E., “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, sala de lo civil, de nueve de mayo de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6/2013.
- DE TORRE PEREA, J.M., “Nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, *Revista Jurídica Valenciana*, nº 2, 2004.
- GARCÍA MONTORO, L., “Contra la sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013.
- GARCÍA VICENTE, J.R., *Tratado de contratos II: contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6/2013.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios del Derecho Civil III: Contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate”, *Diario La Ley*, nº 8279, 2014.
- MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia: tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid 2015.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Editorial Reus, Madrid, 2012.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. *Revista para el análisis del derecho InDret.*, 3/2013.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013”, *Diario La Ley*, nº8154.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo”, *Revista para el análisis del derecho InDret.*, 1/2017.
- PLAZA PENADES, J., “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, nº 8547, 2015.
- RUIZ DE LARA, M., *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*, Fe d’erratas, Madrid 2014.