

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA
EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y
JURISPRUDENCIAL DE LA
CLÁUSULA SUELO**

CONVOCATORIA EXTRAORDINARIA DE FEBRERO 2024/2025

Autor: Robles García, Álvaro

Tutor: Espigares Huete, Jose Carlos

ÍNDICE.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA.

A) Origen del concepto de consumidores y usuarios.

- 1. Evolución dentro del contexto nacional**
- 2. Evolución del contexto europeo y su transposición**

B) Condiciones generales de la contratación y Contratos de adhesión.

- 1. Control de inclusión transparencia y contenido.**

II. CONTEXTO DE APLICACIÓN.

A) Abusividad y Cláusulas abusivas

B) Préstamo Hipotecario

III. NORMATIVA RELATIVA AL CONCEPTO.

A) Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

B) Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

IV. FACTORES IDENTIFICATORIOS

V. ANÁLISIS EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

A) Evolución de la jurisprudencia nacional. Especial énfasis en el Tribunal Supremo

- 1. STS 9 de mayo de 2013**
- 2. Acuerdos extrajudiciales de renuncia**

B) Evolución del Derecho de la Unión Europea

- 1. Cuestiones prejudiciales**
- 2. STJUE 21 de diciembre de 2016**
- 3. STJUE 9 de julio de 2020**

VI. CONCLUSIONES FINALES

A) Eficacia y eficiencia real de la solución aplicada

I. CONCEPTO Y NATURALEZA

La cláusula limitativa del interés variable podríamos definirla como aquella condición general de la contratación incluida tradicionalmente por parte de la entidades bancarias en contratos de adhesión, específicamente en contratos de préstamo hipotecario referentes a la adquisición de una vivienda. Limitando en su beneficio los tipos de interés, a través del establecimiento de un límite mínimo (suelo) y de un límite máximo (techo) descompensados entre sí, confeccionando así un negocio seguro. De esta forma, causa un desequilibrio económico en perjuicio del adherente digno de la protección prevista para la figura de consumidores y usuarios, dicha protección se pretende otorgar a través de la fórmula de la abusividad y exigiendo una serie de requisitos para su apreciación.

Sin embargo, para comprender completamente su funcionamiento y conocer en profundidad el concepto de la cláusula limitativa del interés variable o cláusula suelo, es necesario definir los elementos que constituyen o conforman el contenido del mismo.

A) Origen del concepto de Consumidores y usuarios.

A pesar de que los primeros atisbos en materia de Consumidores y Usuarios podemos apreciarlos sensiblemente en el más primario antecesor de nuestro Derecho actual, el Derecho Romano. El origen real de la protección del mismo como figura específica es bastante más reciente, ubicándose en el sistema norteamericano. Como bien define el Abogado Experto en Protección de Consumidores y Usuarios Eugenio Ribón Seisdedos, eminencia en la materia objeto de este Trabajo Final de Grado y pionero en el reconocimiento de la misma ante los Juzgados y Tribunales: “prescindiendo de estos antecedentes más remotos, lo cierto es que la protección del consumidor como sujeto específico

de derechos merecedor de una singular protección, es mas bien próxima, sin que alcance el siglo de historia. Su origen se halla en la sociedad norteamericana.¹”

El nacimiento de las primeras asociaciones de Consumidores en el país estadounidense, concretamente en Nueva York, podrían ser considerados como el primer paso. Estas introducen por primera vez la posibilidad de estudiar y monitorizar los precios de los diferentes productos ofreciendo los resultados a los adquirentes de su servicio, permitiendo de esta forma una superior especialización en el mercado para el consumidor de forma previa a su actividad de consumo. Como ejemplos de las mismas podemos citar La Liga de Consumidores o la conocida como Consumer's Union of United States. Ambas entidades, tras ser extrapolado este sistema al continente europeo pueden ser consideradas como el origen de las actuales CONSEUR y Organización de Consumidores y Usuarios.

Cabe destacar que una gran parte de la doctrina entre ellos el anteriormente mencionado Eugenio Ribón Seisdedos, además del fenómeno de las primeras asociaciones de Consumidores comentan como factor inicial influyente en la aparición de este ámbito de protección, el conocido discurso proporcionado por el presidente estadounidense J.F. Kennedy, fechado en el 14 de marzo de 1962.

Como hemos referenciado anteriormente, la corriente consumerista estadounidense es extrapolada al continente europeo sin embargo, este suceso se produce de forma más tardía en este último y sin llegar todavía a día de hoy a lograr un funcionamiento completamente óptimo.

Aún así, la evolución del concepto de consumidor en ambas zonas territoriales es muy similar, de forma que en ninguna de las dos este se mantiene estático sino que en función de las diferentes definiciones planteadas, así como los errores o fallos descubiertos en la aplicación práctica de cada una de ellas, se ha procurado la perfilación y matización del mismo hasta culminar en el significado adoptado por la doctrina, jurisprudencia y normativa actual.

¹ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios, acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas, Sepín, Madrid, 2017, p. 13

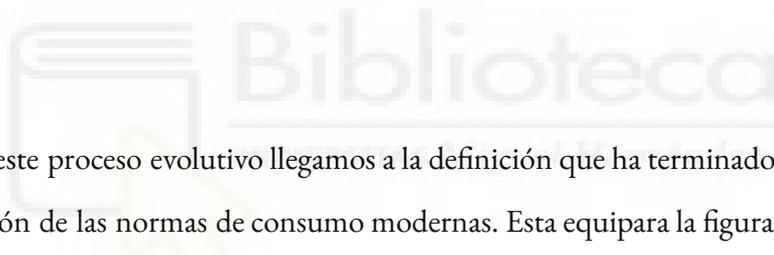
De esta forma en un primer momento debido a la limitada vagancia de la materia en el contexto social, se optó por un significado excesivamente tolerante centrado en la identificación del concepto de consumidor con la figura o papel de ciudadano. Esto significa englobar dentro del concepto de consumidor no solo aquel que directamente se configura como adquirente de bienes o servicios, como se venía planteando tradicionalmente sino también a aquel consumidor potencial, el cual podríamos definir como aquella persona que interactúa dentro de la sociedad, en la que mantiene ciertos intereses que pueden verse afectados directa o indirectamente en su actuación como consumidores.

Esta corriente fue impulsada por aquella parte de la doctrina que compartía el discurso del presidente Kennedy y principalmente por una de las iniciales resoluciones del Consejo de la ahora anticuada Comunidad económica europea, la cual establecía con carácter literal: “de ahora en adelante, ya no se considerará al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que como consumidor, puedan afectarle directa o indirectamente”

A pesar de que esta concepción se implantó y fue desarrollada en ciertos territorios dando lugar al surgimiento de importantes movimientos, como es el caso de la *Cittadinanza Attiva* in Italia, a causa de su indeterminación y su carácter excesivamente amplio terminó por ser inaceptable para el legislador ya que complicaba demasiado la determinación de los límites de la protección.

Posteriormente, en busca de una concepción más restrictiva que permitiera solventar los problemas planteados, se propuso la identificación del consumidor con el término cliente, haciendo referencia a aquellos que desempeñaran una relación contractual de adquisición de bienes y servicios en la que la otra parte estuviese compuesta por un empresario. Sin embargo, aunque esta definición al ser más estricta sí permitía una composición más clara de los límites de la pretendida protección, tampoco era suficiente para conseguir acortarlos completamente, ya que suponía una desvinculación de la propia naturaleza de la que parte la idea de consumidor.

¿A qué nos referimos realmente cuando hablamos de desviación frente a su naturaleza?. En este sentido si analizamos cuidadosamente la fórmula planteada en la definición del consumidor como cliente, podremos caer en la cuenta con facilidad de que está permite la inclusión de aquella actividad contractual que se produce entre empresarios, esto es debido a que, este concepto únicamente exige como requisito para obtener la condición de consumidor, que la contraparte sea conformada por uno de estos. Esto choca frontalmente con la esencia consumerista, cuyo origen parte de una situación de desigualdad o desequilibrio entre las partes que formalizan un contrato, provocando la existencia de la necesidad de aplicar una protección especial que recupere el equilibrio contractual asistiendo a la parte más débil. En definitiva la aplicación de este sistema supondría el otorgamiento de una protección innecesaria a contratos entre iguales, donde ninguna de las partes se sitúa en una posición de superioridad frente a la otra.



Por último, tras este proceso evolutivo llegamos a la definición que ha terminado formando la base para la composición de las normas de consumo modernas. Esta equipara la figura de consumidor al destinatario final del bien o servicios adquirido, definiendo el mismo como aquel que realiza la adquisición de bienes y servicios para su uso privado y personal sin el objetivo de introducirlos en el tráfico del mercado. Cabe tener en cuenta que el término destinatario final no solo incluye a la persona que adquiere directamente el bien o servicio, sino también a quien disfruta del mismo sin haber llevado a cabo ninguna transacción. Esta figura es conocida por la doctrina como consumidor material.

1.Evolución dentro del contexto nacional.

Una vez analizado el concepto de Consumidores y Usuarios acogido por los Estados modernos a la hora de desarrollar la normativa de defensa del mismo como figura necesitada de especial

protección, es el momento de centrarnos en las diferentes matizaciones que este ha sufrido a causa de su aplicación en el seno de nuestro contexto nacional.

La primera representación jurídica en España basada en los aspectos anteriormente explicados, llega de la mano de la Ley 26/1984, de 19 de julio, particularmente en su artículo 1.2 señalaba de manera literal: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden²”

Como podemos comprobar fácilmente, toda la definición gira en torno a la consideración del Consumidor y Usuario como destinatario final, cuyo origen ya conocemos y hemos desarrollado anteriormente. Sin embargo, aunque esta primera aplicación pretende claramente plasmar todos y cada uno de los elementos que fundamentan el objeto de su protección, fue duramente criticada por la doctrina debido al elevado carácter técnico de su redacción, el cual desembocaba inevitablemente en una intensa inseguridad jurídica.

Es decir, la doctrina prioriza en este punto y desde mi punto de vista de forma correcta, la posibilidad de comprensión clara y total del articulado por parte del sujeto protegido por la normativa a la perfilación perfecta, a través de tecnicismos que a pesar de ser correctos y fieles a su definición alejan a la norma del objetivo para el que fue creada. Pues desde mi perspectiva es imposible otorgar una protección al consumidor, a quien se le reconoce una necesidad de especial protección debido a la falta de conocimientos dentro del mercado en el que opera respecto a la otra parte con la que contrata, sin que esta persona tampoco sea capaz de llegar a comprender ni siquiera los límites que alcanza dicha protección. De esta manera no se estaría produciendo una reestructuración del equilibrio económico del contrato efectiva, ya que la falta de conocimientos continuaría perjudicando directamente a la parte considerada por la Ley como débil del mismo, desvirtuando totalmente el propósito inicial del legislador.

² Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Este problema se pretende solventar mediante la redacción de una nueva definición en aplicación de las mismas bases en el Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³ y otras normas complementarias, concretamente en su artículo número 3 estipula: “ (...), son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”

Destaca de esta nueva acepción que otorga una descripción con un carácter mucho más accesible que su predecesora, permitiendo una comprensión plena por parte del consumidor sin recaer en términos innecesarios, eliminando así la distancia creada anteriormente con el objetivo o propósito del legislador al dictar la norma.

A pesar de que se aproxima a una verdadera eficacia está todavía no aparece de forma total, esto es debido a la imposibilidad de desarrollo de cualquier actividad empresarial o profesional para la posible consideración como consumidor. Esta afirmación supone que a pesar de generarse situaciones en las que el sujeto afectado cumple con las condiciones necesarias para ser considerado como consumidor y acogerse por tanto a las normativa privilegiada correspondiente (posición de inferioridad contractual frente a la otra parte, destinatario final del producto, etc.) no se produce por el hecho de desempeñar una actividad empresarial o profesional, aunque el caso concreto donde se pretende la protección sea totalmente ajeno a la ejecución de la misma.

De nuevo existe un espacio donde quien cumple con las características definitorias de la figura protegida continúa siendo perjudicado a través de la pérdida del equilibrio económico contractual. Es por ello que la Ley 3/2014 de 27 de marzo pretende poner solución a este defecto y lo consigue con una modificación gramatical de la redacción existente en el art. 3 del TRLGDCU, pasandola misma a ser la siguiente: “[...], son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito

³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.⁴

En este caso, la inclusión del carácter propio de la actividad profesional o empresarial realizada, necesario para la exclusión de la condición de consumidor y usuario, modifica totalmente el paradigma deshaciéndose de la indefensión producida hacia aquellos empresarios que sin actuar como tales, al realizar una actividad completamente diferenciada y distinta de la empleada habitualmente para generar su principal sustento y cumpliendo con los requisitos establecidos, no podían acogerse a los privilegios facilitados por la norma a pesar de encontrarse en una situación de desequilibrio frente a la otra parte. De esta forma, la exclusión únicamente afectaría a aquellos supuestos en los que el objeto del contrato se encuentra relacionado con la actividad empresarial o profesional llevada a cabo por el contratante en el momento de la contratación.

Por último, es importante destacar como bien explica Eugenio Ribón Seisdedos: “La norma no distingue en su ámbito de aplicación entre el denominado consumidor activo o pasivo. Ante la falta de exclusión, cabe concluir su aplicación no solo a los Consumidores que adquieren bienes o servicios, sino también a aquellos otros, que sin desarrollar esta actividad de modo habitual en el marco de una profesión, son ellos quienes venden o ceden sus productos a un empresario (por ejemplo, venta de bienes propios a casas de subastas, de compraventa de oro o joyas, venta de vehículo usado a un empresario, cesión de un terreno para una vivienda futura...)”⁵. En este sentido volvemos a recaer en la explicación anterior, de forma que la protección engloba a todo aquel que en el desempeño de una actividad distinta de la habitual de su profesión sea afectado por un desequilibrio económico contractual causándole un perjuicio frente a la otra parte, independientemente del papel desempeñado en el desarrollo de la relación contractual.

En este momento, prácticamente hemos definido, la gran mayoría de elementos que configuran, el esquema básico del concepto de Consumidores y Usuarios. Sin embargo existe uno, que se ha

⁴ Ley 3/2014, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre,

⁵ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios... cit, pp. 20-21

mantenido y repetido a lo largo de todas las matizaciones, sufridas por el concepto, a causa de su aplicación en el ecosistema nacional. Nos estamos refiriendo, a la extensión de la protección otorgada por la normativa consumerista a la figura de la persona jurídica, que a pesar de parecer un aspecto simple ha sido el causante de grandes discusiones en el seno de la doctrina.

Continuando en el sentido de lo anteriormente visto, la actuación lógica sería la ampliación de la protección consumerista a aquellas personas jurídicas que cumplan con las características principales que fundamentan dicha protección. Es decir aquellas que actuando en un ámbito distinto del habitual, sin ánimo de lucro y sin interés de reintroducción al mercado alguno, sufren un desequilibrio económico contractual situándose en una posición de inferioridad respecto al empresario. De hecho, está es la perspectiva ya prevista con bastante antelación por la doctrina francesa e incluso adoptada por varios países catalogados como Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, por el momento el Tribunal Supremo español no es partidario de esta afirmación, defendiendo la imposibilidad de ampliación de la protección como podemos apreciar en sentencias de 16 y 31 de octubre del 2.000.

Aún así, el análisis del caso concreto, complica esta percepción, ya que, contradice frontalmente los principios que fundamentan la existencia de esta protección. Por lo que inevitablemente, se termina por ampliar la protección a ciertas personas jurídicas, siempre y cuando cumplan con las características requeridas, en el análisis del caso concreto. Sin embargo deberán ser los Juzgados y Tribunales quienes a través del ejercicio y aplicación de su jurisprudencia, impulsen la modificación de la noción de consumidor, que se deduce de la norma. Dando pie a la armonización de un criterio sólido, que permita la determinación exhaustiva de los supuestos en los que es posible una mayor flexibilidad de la protección pretendida.

2. Evolución en el contexto europeo y su transposición.

Ahora que conocemos las diferentes apreciaciones que ha producido nuestro contexto nacional en la aplicación del concepto de consumidores y usuarios, es una obligación realizar una contraposición con el contexto comunitario.

En primer lugar, debemos diferenciar la naturaleza del mismo en cada uno de los diferentes ámbitos. Mientras que en el estadio nacional obtenemos un concepto único para todos aquellos campos en los que se implica, en el terreno comunitario esto no ocurre así, de forma que el concepto no queda delimitado en su totalidad por el Derecho Primario de la Unión, dando lugar a una definición dinámica. Es decir, la concepción variará en función del instrumento y del ámbito jurídico sobre el que incide retroalimentándose a su vez de la legislación de cada estado miembro.

Además de la disparidad en sus naturaleza los límites de su protección tampoco coinciden, pues la normativa comunitaria restringe expresamente el privilegio de la concepción como consumidor a las personas físicas, en el (Art. 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 de cláusulas abusivas. Aún así, la controversia con el Derecho de la Unión no afectará a la vigencia de la legislación española, debido a la aplicación del principio de minimis ejercitado en virtud del artículo. 153.5 del Tratado⁶, el cual hace referencia a aquella acción pública o actuación de carácter económico que por su pequeña cuantía, no se considera relevante para ser corregida o sancionada. Por lo que siguiendo este criterio, la diferencia entre la normativa europea y su transposición se encuentra dentro de la libertad que otorga la Directiva.

B) Condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión.

Ahora que conocemos el origen de la figura de consumidor o usuario, necesitamos conocer en qué clase o tipo de contrato se cumplen aquellos factores necesarios para dar lugar al nacimiento de la

⁶ TFUE/2007

misma, es decir aquellos contratos cuya naturaleza propia afecte directamente al equilibrio económico entre las partes.

En este punto es donde aparecen los llamados contratos de adhesión, estos contratos se caracterizan principalmente por el hecho de que la parte contratante pierde toda capacidad de negociación, fijándose el clausulado con antelación por el empresario y limitándose su actividad contractual a la voluntad de contratar o no. Cómo define la propia jurisprudencia del TS: “[...], se mantiene la libertad de contratar (libertad de contratar o no en el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, pero no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión inherente a la realidad actual, pero si es indudable su control legal y judicial para que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho”⁷. Podemos apreciar fácilmente como el Tribunal evidencia con claridad el desequilibrio causado por este tipo de contratos.

Además, el propio Diccionario panhispánico del español jurídico, impulsado por la Real Academia Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de La Lengua española las define como: “Cláusula que ha sido estudiada y redactada con la intención de incorporarse a una serie de contratos, que una de las partes, denominada predisponente, impone a la otra, llamada adherente. La inclusión de las cláusulas se debe a la iniciativa unilateral del predisponente.”⁸

En el mismo sentido la Ley De Condiciones Generales de la Contratación, nos aporta una definición similar: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”⁹

⁷ STS 664/97

⁸ Diccionario panhispánico del español jurídico en:

<https://dpej.rae.es/lema/condici%C3%B3n-general-de-la-contrataci%C3%B3n>

⁹ Ley 7/1998 de 13 abril de Condiciones Generales para la Contratación, Art. 1

Como comenta Eugenio Ribón Seisdedos,¹⁰ a partir de estas definiciones es posible constituir los requisitos esenciales con los que debe cumplir una cláusula contractual para ser clasificada como condición general de la contratación. En este sentido, algunos autores como Margarita Fuente Noriega¹¹, en la línea de estas definiciones, construyen una serie de características que identifican a este tipo de condiciones. Podemos concentrarlas en las siguientes:

- a) Contractualidad. Se trata, de condiciones o cláusulas, insertadas en el contenido de un contrato.
- b) Predisposición. Deben ser redactadas con carácter previo a la formalización del contrato.
- c) Imposición. Son introducidas únicamente por una de las partes, sin dar lugar a ningún tipo de libertad de negociación.
- d) Generalidad. Es necesario que nos encontremos, ante cláusulas confeccionadas con la intención, de ser introducidas en una pluralidad de contratos.

1. Control de inclusión, transparencia y contenido.

Es evidente que este tipo de condiciones, deben ser sometidas a un proceso de control que evite los supuestos de desequilibrio entre las partes. La normativa aplicable al caso, la cual analizaremos en profundidad más adelante, se construye sobre tres pilares fundamentales, el control de inclusión, el control de transparencia y el control de contenido, procederemos a la explicación sistemática de cada uno de ellos.

Comenzaremos con el control de inclusión o incorporación, el cual hace referencia a la comunicación con carácter previo a la contratación y de forma expresa de la existencia de la cláusula. Además la misma deberá de ser redactada con concreción, claridad y sencillez, permitiendo la correspondiente accesibilidad a la parte contratante, a través de la ponderación de los principios de legalidad, buena fé y justo equilibrio.

¹⁰Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios... cit , p. 41

¹¹ Fuente Noriega, Margarita y León Arce, Alicia. Derechos de los consumidores y usuarios, Tirant lo Blanch, 2007 p. 191

Por otro lado, el control de transparencia consiste en la existencia de una comprensibilidad real de la cláusula introducida por parte del consumidor es decir, el mismo debe tener la capacidad de identificar su funcionamiento dentro del contrato. Cabe destacar, que cuando nos referimos a su funcionamiento este hace referencia al pleno entendimiento tanto de su carga económica como de su carga jurídica, debiendo ser matizadas a su vez las consecuencias de su aplicación.

Finalmente, el control de contenido es aquel que exige el cumplimiento de los dos controles anteriores para validar el desarrollo de un contrato en el que sean incluidas condiciones generales de la contratación. De esta forma, se prevén unas condiciones de validez mucho más exigentes que en el resto de contratos, fundamentándose en la idea de la especial protección requerida por la figura del consumidor explicada anteriormente.

II. CONTEXTO DE APLICACIÓN.

Hasta el momento conocemos, tanto el origen de la protección especial que refiere la figura de consumidor y la tipología genérica de contratos en la que suele aparecer con mayor habitualidad, así como, los principios fundamentales a través de los cuales se ejerce el control sobre los mismos.

Sin embargo, para comprender completamente su transposición al ámbito de la cláusula limitativa de interés, conocida popularmente como “cláusula suelo”, es una obligación profundizar en su contexto de aplicación. Esto lo lograremos mediante la explicación específica, por un lado del control en el que se traduce la aplicación de los principios de inclusión, transparencia y contenido desembocando en la abusividad o cláusulas abusivas, y por el otro del tipo característico de contratos en los que aparecen en nuestro caso el contrato de préstamo hipotecario.

A) Abusividad y Cláusulas abusivas.

Realmente los 3 controles desarrollados con anterioridad (inclusión, transparencia y contenido), no son más que la sistematización de los diferentes aspectos o requisitos que son valorados, o se tienen en cuenta, a la hora de determinar si una cláusula puede ser calificada como abusiva. Para conocer el concepto concreto de cláusula abusiva debemos acudir al art. 82 del TRLGDCU: “Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fé causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

A partir de esta definición podemos desglosar las principales características de la abusividad englobadas por los 3 controles:

- a) En primer lugar, es necesario que no exista capacidad de negociación por la parte contratante, superando así la autonomía de la voluntad como venía apreciando el control de contenido.
- b) Además, obligatoriamente una de las partes deberá de contar con la condición de consumidor, convirtiéndose así en un sujeto necesitado de especial protección. Este aspecto motiva la existencia en sí de los 3 controles fundamentales .
- c) Debe contradecir los principios de la buena fé al igual que observaba el control de incorporación, Jose Antonio Pinto Fontanillo , Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación define la buena fé como: “[...] el principio general del derecho que obliga al comportamiento objetivamente justo, honrado y leal en la demanda y ejercicio de los derechos subjetivos. En gran medida responde al objetivo central del propio derecho. Analizamos aquí brevemente su origen, su compleja estructura tridimensional, las figuras jurídicas que surgen del mismo en nuestro sistema legal, así como la controversia que ha suscitado a lo largo de la historia.”¹²

¹²Pinto Fontanillo Jose Antonio, el “*Principio de la buena fe en el Derecho*” en la obra colectiva, Sánchez de la Torre, Ángel (Editor), Fuertes-Planas Aleix, Cristina (Editor), *Horizontes de cambio en el Derecho. Principios del Derecho IV*, Dickinson, Madrid 2017 pp 67-82

Cabe destacar que además de aquellas cláusulas que puedan ser relacionadas con los factores anteriores, el propio TRLGDCU o Real Decreto Legislativo 1/2007¹³ presenta una lista con una serie de condiciones actualizada y armonizada con sus predecesores normativos (LCGC entre otras), que en el caso de ser identificadas conducirán de forma irremediable a la abusividad.

De esta forma, se limita totalmente la capacidad de interpretación en el seno del ámbito judicial, aspecto el cual no fue del todo bien visto por gran parte de la doctrina. En este sentido Ribón Seisdedos¹⁴ e: “[...] los artículos 85 y siguientes del TRLGDCU, comprenden de modo sistemático el antiguo listado en diferentes categorías de cláusulas que habrán de reputarse en todo caso abusivas siendo las siguientes s: i.Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. ii.Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor .iii.Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. iv.Cláusulas abusivas sobre garantías v.Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.vi.Cláusulas abusivas sobre competencia y derechos aplicable”

B) Préstamo Hipotecario

El contrato de préstamo con garantía hipotecaria en relación a la compraventa de un inmueble destinado a la vivienda es uno de los negocios jurídicos más extendidos en nuestra sociedad, convirtiéndose en los últimos tiempos en un elemento indispensable para la población a la hora de optar a la adquisición en calidad de propietario de una vivienda digna.

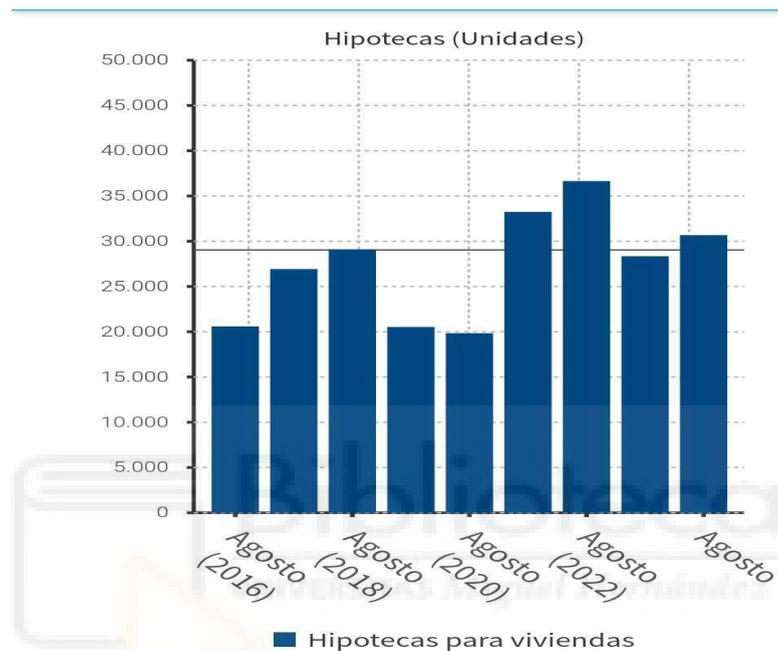
De hecho, según datos oficiales publicados recientemente por el Instituto Nacional de Estadística (INE) actualizados a fecha de 24 de octubre de 2024, el número de hipotecas asociadas a viviendas alcanzó el pasado agosto de este año la cifra de 30.676 contrataciones, suponiendo un aumento de 8, 23% a las del año anterior y acercándose a los valores históricos desde 2016 del año 2022. Es decir, a pesar de la reticencia generada especialmente desde 2016 a la actualidad, hacia las entidades bancarias, debido a comportamientos abusivos frente a sus clientes, la figura de la hipoteca

¹³ Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, art 85 y ss.

¹⁴ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios... cit., p. 49

continúa considerándose una pieza angular en el paradigma económico del ciudadano, convirtiéndose así en una obligación si se tiene la intención de desarrollar cualquier proyecto de futuro.

15



Siguiendo esta corriente, podríamos definir los contratos de préstamo hipotecario de vivienda ,como lo hace el propio Banco de España (BCE): “ es un tipo de producto financiero prestado por una entidad de crédito (normalmente un banco) que hace que la persona interesada pueda disponer de un dinero para, en este caso, poder hacer frente a la compra de una vivienda, a cambio del pago de unos intereses previamente pactados, disponiendo como garantía de la devolución del préstamo, el propio bien inmueble, de forma que la entidad mantenga la titularidad del mismo en caso de impago de la deuda convenida”¹⁶

Ahora bien , es importante destacar que existen diferentes tipos de préstamos hipotecarios de vivienda, diferenciados en función de las condiciones convenidas en los mismos. De esta forma la cláusula suelo no puede ser aplicada en todos ellos, sino únicamente en aquellos que establecen un

¹⁵ Instituto Nacional de Estadística en:

<https://www.epdata.es/datos/hipotecas-nacional-cantidad-importe-ejecuciones-hipotecarias/146/espana/106>

¹⁶ Banco de España en:

<https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/financiacion/hipotecas/>

tipo de interés variable, tomando como referencia, ciertos indicadores de carácter cambiante a lo largo del tiempo, para el cálculo de los intereses asumidos por el prestatario. Generalmente en estos casos el indicador utilizado es el EURIBOR el cual podemos definir como: “ [...] el Tipo Europeo de Oferta Interbancaria (Euro InterBank Offered Rate, en inglés) y, en términos generales, se refiere al precio al que las entidades bancarias europeas se prestan dinero entre sí. Del mismo modo en el que las personas y empresas acuden al banco para solicitar un préstamo, los propios bancos también se prestan fondos entre ellos cuando los necesitan y por los que pagan un interés correspondiente. A esto se le denomina el mercado interbancario [...]”¹⁷, aunque existen otros como el conocido IRPH.

La exclusión de los préstamos a interés fijo se debe a que la cláusula suelo se basa en la limitación de los tipos de interés, por tanto si la base de estos contratos reside en la premisa de que el tipo de interés se mantenga continuamente estable a lo largo del tiempo, no existe ningún tipo de margen dentro del cual la entidad bancaria pueda establecer limitación alguna. Por este motivo denominamos a la cláusula suelo como cláusula limitativa de interés variable.

Está nomenclatura también es consecuencia de la actuación de las entidades bancarias, las cuales utilizan dichos términos para vagamente ilustrar esta cláusula en la redacción de las escrituras públicas que recogen las condiciones del préstamo. Utilizando esta terminología llena de tecnicismos, se dificulta el entendimiento por parte del cliente camuflando así su funcionamiento real.

Tan evidente es la intención de causar o crear una confusión en el prestatario, que con el simple análisis de cualquier escritura pública de préstamo hipotecario podemos apreciarla, incluso en la ubicación que se le otorga a su descripción dentro del texto. Ubicándose esta tradicionalmente en la cláusula TERCERA BIS : CLÁUSULA LIMITATIVA DEL INTERÉS VARIABLE dedicándole únicamente un párrafo a la misma, el cual quedaba prácticamente inaccesible para el consumidor entre las largas fórmulas y abstractas teorizaciones que completaban el resto de la cláusula. Además

¹⁷ Banco Santander en:

<https://www.santander.com/es/stories/que-es-el-euribor-y-por-que-nos-deberia-interesar>

por norma general está condición sucedía a la cláusula TERCERA: INTERESES, estableciéndose de forma separada para aumentar si cabe la posibilidad de error por parte del consumidor.

III. NORMATIVA RELATIVA AL CONCEPTO

A partir de las ideas comentadas hasta el momento, el legislador desarrolla la normativa necesaria para otorgar una protección verdaderamente efectiva para el consumidor ante la figura de las cláusulas abusivas, entre las que se incluye por supuesto la cláusula limitativa del interés variable, de forma que queden perfectamente determinados y ponderados los límites de la misma. A continuación, desgranaremos cada uno de los posibles textos legales aplicables a nuestro ámbito de estudio, repasando las razones por las que la cláusula suelo es contraria a la protección pretendida por el contenido de los mismos.

A) Ley de Condiciones Generales de la Contratación

No es la primera vez que comentamos la relación de la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación, con la protección de consumidores y usuarios. En este apartado analizaremos en detalle tanto su origen como su funcionamiento práctico en nuestro sistema jurídico. Debemos comenzar por conocer cuales son las causas que dan lugar a la proliferación de la normativa acerca de condiciones generales de la contratación en nuestra legislación nacional.

La razón principal reside además de en la evolución progresiva del concepto de consumidores y usuarios, tema en el cual ya hemos profundizado en específico, en la aparición de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, norma comunitaria primeriza en la aparición de la protección especial pretendida hacia esta figura.

Previamente al análisis exhaustivo de su desarrollo, es necesario conocer inicialmente el significado existente tras el término Directiva, para de esta forma comprender completamente su evolución práctica, provocada por las diferentes transposiciones llevadas a cabo, por parte de los múltiples estados miembros de la Unión a lo largo del tiempo.

En este sentido podríamos definir a la Directiva, como uno de los métodos de intervención legislativa europea que permite a la Unión exigir la transposición obligatoria de la norma a los estados miembros, con la particularidad de que únicamente son especificados los objetivos a conseguir a través de la misma, otorgando total libertad de decisión a los estados en cuanto a los métodos o medios utilizados para alcanzar la finalidad perseguida por la normativa comunitaria.

Una vez comprendemos el funcionamiento de esta posibilidad de intervención comunitaria, es importante destacar para comenzar a introducirnos en detalle que, la Directiva 93/13/CEE no se encuentra dirigida directamente a las condiciones generales de la contratación o a los contratos de adhesión, sino que hace referencia a las cláusulas abusivas. Como bien establece Ribón Seisdedos apoyándose en las bases establecidas por O' Callahan: “La filosofía de esta Directiva, tal y como matiza O' Callahan es la protección del consumidor, no respecto a las condiciones generales de los contratos, sino concretamente respecto a las cláusulas abusivas.”¹⁸

Como hemos estudiado anteriormente, la abusividad y las condiciones generales de la contratación pueden estar relacionadas entre sí debido a la posición que adquiere el adherente de este tipo de cláusulas, lo que facilita el abuso de superioridad por la parte dominante del contrato. Sin embargo, este aspecto no tiene porque cumplirse siempre, pudiendo encontrar supuestos de contratos de adhesión en los que no participa la abusividad, debido a que son construidos a través del respeto hacia los límites establecidos por la legalidad.

¹⁸ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios..., cit., p. 40

La importancia de esta Directiva reside en el hecho de que su transposición en España, aunque tardía llegando a ser pospuesta durante 5 años, provocó el nacimiento en 1.998 del primer texto legal realmente efectivo en materia consumerista, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación o Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LGC).

A pesar de su prolongación en el tiempo además de su posible deficiencia en el ámbito técnico criticada por la doctrina, es innegable su gran labor como herramienta para combatir a la abusividad, ya que está si consigue proporcionar al consumidor una protección necesaria y con la que no contaba hasta el momento, permitiendo así la posibilidad de reestructurar el desequilibrio económico contractual causado por las facilidades existentes para una de las partes del contrato de obtener un beneficio desmesurado en perjuicio de la otra.

Además de tener en cuenta las actualizaciones llevadas a cabo con posterioridad en el tiempo en el ámbito de la cláusulas abusivas, a través de la emisión del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de La Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias o TRLGDCU, especialmente como aprecia Ribón Seisdedos: “[...] en el Título II, del Libro II (arts.80 y ss.)”¹⁹, al que ya hemos hecho referencia aunque de manera breve, al referirnos a la evolución del concepto de consumidor y que para nada afectan a su validez. Pasaremos al estudio sobre el fondo de las medidas pretendidas por la norma, para lograr la materialización del equilibrio económico contractual entre las partes.

En primer lugar, con el objetivo de facilitar la identificación de aquellos supuestos en los que es posible su apreciación debemos conocer su ámbito de aplicación, el cual queda definido y delimitado por la misma norma

En cuanto a su ámbito objetivo, queda recogido completamente en su artículo 1, precepto que ya hemos analizado en profundidad y que como sabemos participa también de los orígenes de las características de la abusividad.

¹⁹ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios... cit, p. 40

Por su parte su ámbito subjetivo queda establecido en el artículo 2.1 de la Ley: “La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente”. Como podemos apreciar la norma extiende su aplicación más allá de la figura del consumidor, englobando los contratos celebrados con todo tipo de contratantes siempre y cuando cumplan con ciertas condiciones, las cuales ya hemos repasado con anterioridad a la hora de analizar la evolución de la protección destinada hacia consumidores y usuarios.

Esta ampliación del ámbito subjetivo, no está prevista en la Directiva Europea que da origen a la misma. Sin embargo, esto es posible debido a la libertad que otorga a los estados miembros esta modalidad de intervención legislativa a través del principio de mínimos, donde las exigencias comunitarias se limitan al cumplimiento de ciertos objetivos.

Por último, el ámbito territorial es determinado en el art. 3 de la norma: “La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española”, como es evidente al tratarse de una norma de transposición en la legislación española, su aplicación queda limitada a los contratos celebrados acorde a su sistema jurídico.

Cabe destacar, que su ámbito de aplicación queda totalmente delimitado con la apreciación expresa de ciertas exclusiones, las cuales podríamos resumir en los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios, excluidos por razones de la materia que desarrollan, además de aquellas condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los convenios internacionales en los que España forme parte.

Conociendo previamente aquellos supuestos en los que la norma objeto de estudio en este apartado tiene cabida, además del funcionamiento de la figura del consumidor, podemos avanzar hacia el

análisis de su aportación principal dentro del contexto de la cláusula suelo con los conocimientos necesarios para su correcta comprensión.

Siguiendo esta línea, la LCGC se caracteriza principalmente por la incorporación normativa del control de inclusión, estudiado anteriormente en relación con las características de la abusividad, permitiendo así el acceso del adherente o consumidor a un nivel superior de información y por tanto entendimiento, sobre las condiciones generales de la contratación incluidas en el contenido del contrato del que pasa a ser parte.

Con este objetivo la norma en su artículo 5 diferencia entre 3 diferentes posibilidades, los contratos celebrados por escrito, los contratos que por el contrario no son perfeccionados por escrito y los contratos formalizados a través de una vía telefónica o electrónica.

En primer lugar, el texto normativo matiza de manera general para todos los supuestos, la necesidad de respetar en todo caso los principios establecidos por el control de inclusión en el desarrollo de cualquier tipo de condición general de la contratación, los cuáles podemos resumir en: “[...] transparencia, claridad, concreción y sencillez.”²⁰

En concreto para los contratos formalizados por escrito se establecen varios requisitos de obligado cumplimiento, para llevar a cabo la incorporación de una condición general de la contratación, los cuales estudiaremos a continuación. Para comenzar, será necesaria la entrega de un ejemplar de las diferentes condiciones generales al adherente con antelación a su inclusión, favoreciendo así la comprensión por parte de este, podrá llevarse a cabo tanto mediante la entrega del contrato en caso de que las mismas se encuentren insertas en el mismo, como a través de un documento adjunto o anexo al cuerpo contractual. Además, será totalmente necesario que el contrato contemple de forma expresa, la aparición de condiciones generales de la contratación a lo largo de su contenido.

²⁰ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios..., cit. p. 41

Por último pero no por ello menos importante, se requerirá obligatoriamente la aceptación expresa de las condiciones generales por la parte firmante del contrato, la cual se obtendrá precisamente a través de la firma.

Por su parte en relación a los contratos no perfeccionados por escrito, el artículo 5.3 de la ley establece la diferencia presente con los contratos formalizados por escrito: “Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.”²¹. De esta forma, se amplía la protección recibida por parte del consumidor, al tener acceso a un nivel mayor de información en el desarrollo de multitud de actividades rutinarias a lo largo del día a día de un ciudadano medio, donde habitualmente no es necesaria la formalización por escrito.

En última instancia, los requisitos referentes a los contratos celebrados a través de vía telefónica o electrónica, fueron inicialmente establecidos, por el artículo 5.4 de la norma: “En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional”²² Sin embargo según enuncia el abogado experto, Eugenio Ribón Seisdedos: “Este precepto fue derogado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, encontrando su regulación actual en el TRLGDU.”²³

Sumada a esta diferenciación entre contratos y sus respectivos requisitos, la LCGC también aporta una serie de instrucciones a nivel interpretativo, dedicadas a aquellos supuestos en los que existen una o varias contradicciones entre las condiciones generales y las condiciones particulares del contrato. Logrando de esta forma facilitar el funcionamiento de la misma y proporcionar una mayor protección al adherente, al priorizar expresamente el contenido de las condiciones particulares.

²¹ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

²² Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

²³ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios...cit., p. 43

Esto es así, debido a que éstos mantienen un vínculo directo con la voluntad del contratante, excepto en aquellos casos en los que el adherente obtenga un beneficio de la prevalencia de la cláusula general en conflicto .

Además de las ya mencionadas, la LGC realiza una lista de aportaciones muy variada en el seno del desarrollo y evolución de la protección otorgada al adherente, en el ámbito de la cláusula limitativa del interés variable. En este sentido y para finalizar con este apartado, debemos mencionar la creación por orden de la propia directiva 93/CEE, de un registro público capaz de permitir la inscripción de las diferentes cláusulas generales de la contratación, así como de jurisprudencia en relación a la misma, con el objetivo de favorecer la protección del consumidor con antelación a la formalización de un futuro contrato, mediante la facilitación de la interposición de acciones contra las cláusulas registradas. Además aquellos profesionales que participen en el registro serán compensados con ciertos beneficios en materia de legitimación, así como de publicidad registral, con el propósito de incentivar su actividad registral. Cabe mencionar que todo lo anteriormente expuesto, únicamente se dará en caso de que la dirección del registro pertenezca a un Registrador de la Propiedad y Mercantil.

B) Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios

El surgimiento del Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, se debe a la necesidad jurídica de unificar la normativa dirigida hacia la defensa del consumidor en un único texto legal, ya que la misma se encontraba localizada de forma dispersa en diferentes cuerpos normativos. Por ejemplo, la LCGC no incluía ciertas disposiciones atinentes a las cláusulas abusivas, lo que dificultaba la posibilidad de acceso a la protección pretendida por el fin de la norma.

Dicha unificación se logra, según expertos en la materia, a través de la Disposición Final Quinta de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de Mejora de Protección de los Consumidores y Usuarios, habilitando al gobierno para que en el plazo de 12 meses llevare a cabo la tarea encomendada.

Es importante resaltar, que este nuevo Texto Refundido no supone la creación de ningún tipo de derecho nuevo sino que simplemente se encarga de armonizar, organizar y facilitar, tanto el acceso como la comprensión de la protección otorgada hacia consumidores y usuarios, con base y en aplicación de los mismos principios anteriormente establecidos. Es decir, el TRLGDCU no añade ninguna novedad a la normativa consumerista, sin embargo es imprescindible para facilitar la correcta aplicación así como efectividad de la misma.

IV. FACTORES IDENTIFICATORIOS

Comprendiendo la normativa sobre la cual se sostienen los principios a partir de los cuáles se origina la protección hacia consumidores y usuarios, fácilmente podemos identificar aquellos factores que dan lugar a la transgresión de las mismas y por tanto a la aparición de la abusividad en la cláusula limitativa del interés variable o cláusula suelo.

Para comenzar, trataremos el problema de la disparidad existente entre los límites máximo (techo) y mínimo (suelo) establecidos por la entidad bancaria, hacia el tipo de interés de un préstamo hipotecario afectado por la cláusula suelo, desencadenando en un beneficio seguro para el Banco en perjuicio del consumidor, produciéndose así la alteración del equilibrio contractual.

Las razones que evidencian el irremediable éxito de las entidades financieras en el transcurso de la operación son claras, para facilitar su entendimiento debemos tener presente en todo momento, la gran diferencia existente entre el techo y el suelo establecidos en la escritura pública de préstamo hipotecario. Por lo que a modo de ejemplo y con carácter didáctico, desarrollaremos lo siguiente a

partir del supuesto de una cláusula suelo que establezca el límite máximo de interés del préstamo en un 12% y el límite mínimo en un 2%, siempre a nivel anual y nominal. Es importante resaltar que aunque la diferenciación pueda parecer muy amplia, estos datos no son elegidos al azar sino que se trata de datos reales extraídos de la Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº1 de León de 11 de marzo de 2011: “[...] 12% en el que la demandada viene fijando el límite superior en los contratos de préstamo hipotecario que redacta.”²⁴

En primer lugar, si analizamos el techo impuesto por la entidad bancaria (12% en nuestro caso), podemos apreciar con facilidad que nunca podrá aplicarse en perjuicio de la financiera. En la práctica nos encontraríamos ante una situación inviable, ya que a pesar de existir la posibilidad de acogerse a ese 12%, en caso de que el euríbor alcanzase valores superiores, difícilmente ningún consumidor medio sería capaz de afrontar tal subida de interés. Lo que significa que si la entidad financiera hubiese previsto desde un principio esta situación como posible o probable, a través del análisis del riesgo asumido en la operación, jamás hubiese concedido el préstamo ante la probabilidad de generar una deuda catalogada de incobrable. Además podemos comprobar que el euríbor “[...] en su época de mayor tensión llegó a alcanzar un récord de 5,393%”²⁵ valores todavía muy alejados del límite impuesto.

En segundo lugar, si estudiamos en detalle el límite mínimo del interés (2% en nuestro caso), nos daremos cuenta de que también resulta inaplicable en beneficio del usuario. Esto es debido a que el euríbor a lo largo del tiempo ha sufrido numerosos descensos hasta descender a valores negativos, como ocurrió en 2.021 alcanzando la cuantía de -0,505%. Esta tendencia era fácilmente previsible para las entidades bancarias las cuales se caracterizan por ser expertas en el sector, pero imprevisible para el consumidor sin experiencia ni formación en este ámbito.

²⁴ Sentencia 6/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León (Rec. nº 65/2010)

²⁵ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios...cit., p. 139

En resumen, el desequilibrio producido por los límites impuestos por la cláusula limitativa de interés variable, es prueba de su carácter abusivo y por tanto debe conducir a la nulidad de la misma. En principio, restableciendo la situación existente a la aplicación de la misma, aunque sobre los efectos de la nulidad sobre la cláusula suelo profundizaremos más adelante.

El siguiente factor transgresor que analizaremos en profundidad, ya ha sido mencionado anteriormente al detallar los diferentes criterios de control a los que debe ajustarse la existencia de abusividad en las condiciones generales de la contratación y no es otro que la transparencia.

A lo largo del tiempo, la percepción de este concepto ha experimentado un proceso de evolución hacia su efectiva aplicación práctica, el cual evidencia el incumplimiento sistemático de la misma por parte de las entidades bancarias, amenazando así la protección pretendida para la figura de consumidores y usuarios.

En un primer momento, tanto nuestra doctrina como jurisprudencia identificaba la transparencia en el desarrollo de los contratos de adhesión con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1994 (actualmente derogada). La cual reducía la transparencia a la entrega al solicitante de un folleto informativo y de una oferta vinculante que incluyera las condiciones financieras (con inclusión del interés variable y sus límites), a la posibilidad de revisión de la escritura pública en el plazo de los tres días anteriores a su otorgamiento y finalmente a la formalización en escritura pública contando con la labor informativa del notario.

Esta percepción inicial plantea diversos problemas en la aplicación práctica de la transparencia, los cuáles complican su labor a favor del consumidor. Primeramente, se trata de una presunción un tanto utópica, ya que la experiencia nos dice que a nivel práctico las entidades financieras ni siquiera cumplían de forma fehaciente con todas las condiciones impuestas por la OM. Tanto es así, que ni siquiera expertos en la materia con dilatados años en el desempeño de su profesión y con la visión de una amplia casuística, han sido testigos de su correcta aplicación.

Así Eugenio Ribón Seisdedos aprecia lo siguiente: “A ningún jurista con los pies en el suelo se le escapa que esa presuposición resulta quimérica cuando se desciende a la realidad”²⁶. En la mayoría de casos no se iniciaba el procedimiento mediante un folleto informativo, en variedad de ocasiones no se otorgaba al cliente oferta vinculante alguna, lo que hacía a su vez incompatible el análisis previo de las condiciones por parte del solicitante y además la labor informativa del notario se limitaba a una lectura genérica de la escritura pública sin enfatizar en el funcionamiento de aspectos importantes, como puede ser el interés variable del préstamo.

Cabe destacar que incluso en aquellos supuestos en los que la Banca se mantenía fiel a la OM el consumidor se veía perjudicado. Esto ocurría debido a una excesiva identificación del concepto de transparencia con el concepto de información en un ámbito donde ambas partes no sustentan un mismo nivel informativo, lo que sumado al camuflaje de la cláusula limitativa de interés variable situándose entre el entramado de fórmulas que conforman el apartado de intereses de la escritura pública de préstamo hipotecario y a su referenciación como cláusula 3ª BIS, en un claro intento de disminuir su impacto en la voluntad del consumidor, ataca directamente al equilibrio contractual en perjuicio de la figura más débil.

Por estos motivos, la consideración de la transparencia avanza hacia la necesidad de un entendimiento real del funcionamiento de aquello a lo que se adhiere el cliente, no limitándose a esa transparencia documental percibida anteriormente : “Para MINIERVINI el término <<transparencia>> es un modo riassuntivo (resumido) para expresar el concepto de información completa y adecuada y debe entenderse como plena cognoscibilidad de las condiciones contractuales y su trascendencia jurídica y económica”²⁷. De esta forma, cualquier actuación contraria a esta percepción de transparencia debe conducir irremediabilmente a la nulidad de la cláusula.

²⁶ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios... cit., p. 142

²⁷ Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios...cit., p. 142

V. ANÁLISIS EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

Una vez comprendido tanto el origen como el funcionamiento así como los factores claves para su identificación, podemos dar paso al análisis del proceso evolutivo a niveles tanto jurisprudenciales como doctrinales que ha experimentado la cláusula suelo, desde su reconocimiento por los tribunales nacionales y europeos.

A) Evolución de la jurisprudencia nacional. Especial énfasis en el Tribunal Supremo

Comenzaremos por el estudio de la perspectiva nacional, donde centraremos nuestra atención principalmente en la jurisprudencia y doctrina fijada por el Tribunal Supremo.

1. STS 9 de mayo de 2013

La resolución desde la que partiremos, sin perjuicio de los avances respecto al control de inclusión desarrollados en la STS de 18 de junio de 2012, es la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013, la cual por primera vez reconoce la ilegalidad de la cláusula limitativa de interés variable: “Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por

1. La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
2. La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
3. La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
4. Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
5. La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
6. Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”

Sin embargo, la justificación de la nulidad de la cláusula tan solo hace referencia a la falta o insuficiencia en la transparencia o claridad de la cláusula, sin dar la importancia que se merece a la diferencia numérica existente entre los límites mínimo y máximo establecidos al interés del préstamo hipotecario. Esta argumentación continuaba dejando libre una vía de escape a las entidades bancarias para la validación de la cláusula suelo, mediante la simulación de una aparente transparencia a través de la oferta vinculante o la formalización mediante firma de escritura pública ante notario, cuando realmente el consumidor nunca lograba una comprensión real del contrato adherido.

Además, a pesar de en un principio conceder la nulidad de la cláusula, lo que debería traducirse en el restablecimiento de la situación anterior a los efectos de la misma, “ nullum est nullum effectum productit(lo que es nulo no produce ningún efecto)”²⁸ la Sentencia cancela el carácter retroactivo de la nulidad desvirtuando de esta forma la esencia de la misma: “No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.”²⁹

Para ello utiliza como base normativa el art. 9.3 de la Constitución Española, es decir el principio de seguridad jurídica, apelando así al impacto grave que supondría para el orden socioeconómico del territorio. De esta manera, se prescinde de la valoración hacia el impacto generado en el consumidor tratándose este del verdadero perjudicado, en beneficio de unas entidades bancarias que protagonizan una actuación contraria a la ley.

A razón de su incompatibilidad e incongruencia con las bases que fundamentan la existencia de la nulidad, el criterio propuesto por el Tribunal Supremo fue ampliamente discutido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, resultando en múltiples resoluciones donde el órgano juzgador defendía una posición a favor hacia la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo y por tanto, una posición opuesta a la proporcionada por nuestro Alto Tribunal. Ejemplos de estas

²⁸ Anchón Bruñen, María José, Las reclamaciones por cláusula suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca, Dykinson, S.L., Madrid, 2017, p.59

²⁹ STS 241/2013

discrepancias son: “Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, nº10 de Barcelona de 7 de junio de 2013 [...]”³⁰

Sin embargo, a pesar de las multitud de opiniones discordantes por parte de diferentes profesionales de la judicatura, el Tribunal Supremo reafirma su criterio en su sentencia 139/2015 de 25 de marzo, manifestando la irretroactividad de la nulidad de la cláusula limitativa de interés variable, aunque con ciertas matizaciones: “Se fija como doctrina: Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”³¹.

Es decir, se admite la retroactividad de la nulidad de la cláusula estableciendo una limitación temporal a la misma (9 de mayo de 2013). Este argumento continúa distanciándose del verdadero significado de la nulidad, impidiendo el desarrollo de sus efectos con total plenitud una vez más en perjuicio del consumidor.

2. Acuerdos privados de renuncia

Además de las limitaciones impuestas al ejercicio de la nulidad, la STS 241/2013 fomentó el crecimiento exponencial de una estrategia ya utilizada por las entidades bancarias con anterioridad a dicha resolución, siendo conscientes de la posibilidad de una reclamación posterior a lo largo del tiempo. Esta tendencia consistía en la proposición al consumidor y afectado por la cláusula suelo, por vía de un acuerdo extrajudicial, que habitualmente era formalizado ante notario en escritura pública, de reducir a un porcentaje inferior el límite mínimo de interés impuesto por la cláusula suelo, con la condición de que el adherente renunciase a la interposición de futuras reclamaciones fundamentadas en la aplicación de la cláusula limitativa de interés variable.

³⁰ Anchón Bruñen, María José, Las reclamaciones por cláusula suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca, Dykinson, S.L., Madrid, 2017, p.61

³¹ STS 139/2015

Sin embargo estos pactos o acuerdos también podrían llegar a ser considerados como abusivos, de hecho su legalidad ha sido un tema ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido la clave de la cuestión reside en la consideración del acuerdo como una novación, que únicamente ocasiona una modificación de las condiciones del contrato o por el contrario, como una transacción realizada con el objetivo de evitar un pleito y otorgar al cliente una serie de beneficios como contraprestación.

La postura tradicional tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, consideraba dichos acuerdos como una simple novación de condiciones, lo que se traduciría en la posterior abusividad del acuerdo y por tanto en su nulidad por los siguientes motivos.

En primer lugar, aunque estos acuerdos se encuentren protegidos por la autonomía de la voluntad de las partes, el propio art. 1.255 del CC señala la imposibilidad de que los acuerdos o contratos celebrados sean contrarios a las leyes: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”³², mientras que el art. 10 del TRLGU establece la imposibilidad de renuncia a los derechos reconocidos por la misma, los cuáles indudablemente son de aplicación en este ámbito: “La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”.³³

En segundo lugar, como concluye múltiple jurisprudencia como por ejemplo las Sentencias de la AP de Zaragoza Sección 5ª de 14 de marzo de 2016, 11 de octubre de 2016, 9 de noviembre de 2016, 10 de noviembre de 2016 y 17 de noviembre de 2016, se entiende imposible la validación de una cláusula declarada como nula a través de su modificación en beneficio del adherente, a pesar de que la misma establezca la necesidad de renuncia al futuro ejercicio de la acción de nulidad. El criterio de la Audiencia se fundamenta principalmente sobre la vigencia del principio quod nullum

³² Art. 1255, CC

³³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

est nullum producir effectum, bajo la cual ninguna cláusula declarada como nula puede producir efecto alguno.

La AP de Zaragoza considera que la novación continua compuesta por la misma cláusula, siendo esta sometida a una modificación donde simplemente se rebaja el tipo de interés mínimo impuesto, por lo que si la cláusula original es declarada nula bajo ningún concepto la modificación que deriva de la misma puede ejercer efectos, aunque suponga un trato más favorable para el afectado. Este criterio también es defendido por la AP de Ciudad Real, Sección 1ª, en su sentencia de 5 de marzo de 2014, así como por la AP de Burgos Sección 3ª de 12 de septiembre de 2013, las cuales exponen que la validación de una cláusula nula en origen no puede ejercer sus efectos, ya que esto únicamente es posible en el supuesto de la anulabilidad.

Incluso el propio TS llegó a posicionarse a favor de este criterio en su Sentencia 558/2017 de 16 de octubre, que resolvía el recurso extraordinario de infracción procesal y casación interpuesto ante la sentencia de la AP de Navarra, en el recurso de apelación número 251/2014. En este supuesto el TS reconoció la nulidad de un acuerdo llevado a cabo con la entidad bancaria en noviembre de 2009 (mismo año de formalización del préstamo) a instancia de la parte demandante, donde se acordaba la rebaja del límite mínimo de su cláusula suelo de un 3% a un 2'5% con el objetivo de igualar el suelo al de otros contratos de su misma promoción, al reconocer judicialmente la cláusula suelo de la que provenía como nula.

Dicha nulidad había sido reclamada judicialmente y de forma posterior a lo acordado en fecha 4 de junio de 2013, derivando dicha demanda en el recurso ante el TS ante la disconformidad de la parte demandante con las resoluciones emitidas tanto en primera como en segunda instancia. En este sentido el TS establece: “la nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada. [...] La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada”.³⁴

³⁴ STS 558/2017

Sin embargo, ni siquiera un año más tarde, el TS modifica su criterio en su sentencia número 205/2018 de 11 de abril, incorporando aquí la consideración de los acuerdos privados de renuncia entre el consumidor y la entidad bancaria como transacciones. En este procedimiento el TS resuelve el recurso de casación e infracción procesal núm.751/2017, interpuesto a instancia de la entidad bancaria con origen en la resolución en apelación de 13 de diciembre de 2016 de la AP de Zaragoza, validando dos acuerdos privados concertados en 2014 que referenciaban dos escrituras públicas de préstamo hipotecario formalizadas en 2007, donde se ofertaba al cliente afectado por dos cláusulas suelo con un límite mínimo impuesto en el 4,25% en la primera escritura y de 4,95 % en la segunda, reducir los mismos al 2,25% con la condición de reconocer expresamente su conformidad con ambos clausulados, renunciando por tanto a futuras reclamaciones.

Ante la aparente contradicción generada con la STS 558/2017, el Tribunal Supremo justificó la modificación de su criterio precisamente con el argumento de la concepción de estos acuerdos privados como transacciones y no como novaciones, criterio contrario al utilizado en la resolución de 16 de octubre de 2017. Desde la perspectiva del tribunal, en este supuesto se aprecia la voluntad de la entidad bancaria de conceder beneficios recíprocos entre las partes con el objetivo de evitar un futuro pleito al consumidor propia de los contratos de transacción, voluntad que para el TS no existía en el procedimiento anterior. En este sentido la resolución establece lo siguiente: “ en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción. [...] lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula [...] siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley”

Aún así, el Tribunal Supremo en esta resolución a su vez somete la validez de estos acuerdos de transacciones al cumplimiento de los requisitos de transparencia, lo que supone que el consumidor debe poder recibir la información necesaria para ser capaz de comprender, no sólo la existencia del acuerdo sino el funcionamiento jurídico y económico del mismo. Y de esta forma lo deja claro la STS 205/2018: “que los clientes consumidores estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y

jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del intereses al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario”³⁵

Esta resolución generó discusiones en la doctrina jurídica, además de por la contratación sufrida frente al criterio utilizado por el TS en otras ocasiones, por los motivos en los que la misma fundamenta el cumplimiento de los requisitos de transparencia.

En primer lugar, presupone la capacidad de entendimiento del consumidor afectado por las cláusulas suelo respecto a la misma, debido a que el acuerdo se realiza en una fecha posterior a la emisión de la STS 9 de mayo de 2013. Cuando realmente a día de hoy en la práctica, no todas las personas son conocedoras de la existencia de la cláusula suelo y mucho menos de las consecuencias jurídicas o económicas que pueden sufrir a causa de su aplicación, ya que ni se encuentran actualizados en lo que a jurisprudencia judicial se refiere o simplemente no cuentan con el nivel de formación financiera o económica necesaria para su comprensión efectiva.

En segundo lugar, el hecho que valora el TS con mayor influencia para considerar como válida la transparencia en este supuesto, es la presencia en el acuerdo de transacción de un párrafo escrito de puño y letra por el consumidor, donde reconoce literalmente comprender el funcionamiento de la cláusula limitativa de interés variable: *“Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual”*. Cabe destacar que a pesar de que el TS no identifica totalmente el texto manuscrito con su entendimiento efectivo, si que afirma su contribución a la transparencia requerida por el acuerdo destacando su contenido: *“[...] es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia ya resaltar su contenido [...]”*.³⁶

Resulta contradictorio el análisis realizado de esta transcripción cuando en la mayoría de ocasiones el consumidor únicamente escribía la frase que literalmente le dictaba el trabajador de la entidad bancaria. En la práctica, aunque el consumidor fuera el encargado de su redacción, nada asegura o demuestra la comprensión total de lo redactado, ya que su formación económica mantiene el

³⁵ STS 205/2018

³⁶ STS 205/2018

mismo nivel que en el momento de suscripción del préstamo donde en cambio sí se aprecia la ausencia de transparencia en la cláusula suelo original.

En resumen, a pesar de someter a los criterios de transparencia la validez de los acuerdos, la postura del TS continúa generando dudas a la doctrina jurídica. De hecho la propia STS 205/2018 contiene un voto particular llevado a cabo por el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, el cual defiende la consideración del acuerdo como novación y no como transacción, derivando en su nulidad al tratarse de disposiciones contrarias al orden público debido a la abusividad de la cláusula de la que provienen. Además Orduña Moreno añade la falta de competencia del TS a la hora de determinar la tipología de un contrato. “[...]Los documentos suscritos responden a la naturaleza de una novación modificativa de los contratos iniciales de préstamo hipotecario, por la que el predisponente pretende la convalidación de las cláusulas suelo. Dicha convalidación, conforme a las normativa comunitaria y a la legislación sectorial aplicable, resulta improcedente dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación, tal y como contempla el art. 1208 del Código Civil y la jurisprudencia de esta sala (SSTS 654/2015, de 19 de noviembre y 558/2017, de 16 de octubre [...])”³⁷

Alegando la falta de fijación de doctrina por parte del TS en su sentencia de 11 de abril de 2018, al tratarse de un supuesto aislado, la Sección Segunda de la AP provincial de Badajoz resolvió un procedimiento similar en su sentencia de 26 de abril de 2018 denegando la apelación al Banco por tratarse de una novación, no apreciando la voluntad de evitar el pleito por parte de la entidad bancaria, contradiciendo así el criterio utilizado por el Tribunal Supremo. “[...]Finalmente, es que el supuesto concreto de autos que ahora se examina, entendemos que no cabe hablar de transacción[...]”³⁸. Además la AP de Badajoz tampoco entiende superado el control de transparencia, al no encontrarse especificada en el contrato la cuantía a la que renunciaba el consumidor al mostrar su conformidad frente a la cláusula suelo: “[...] Y, en fin es que en el supuesto contrato de transacción no aparece desglosado ni identificado el coste económico total que le supuso al actor, la aplicación de la cláusula suelo; por tanto no se determina aquello sobre lo que transige el actor; no se dice que renuncia expresa (a que cantidad concreta) está renunciando el actor[...]”³⁹

³⁷ STS 205/2018, Voto particular, Orduña Moreno, Francisco Javier

³⁸ SAP de Badajoz 302/2018 (Rec. 868/2017)

³⁹ SAP de Badajoz 302/2018 (Rec. 868/2017)

B) Doctrina del Derecho de la Unión Europea. Especial énfasis en el TJUE

Ante la utilización de un criterio jurídicamente discutido por parte del Tribunal Supremo no demoraron en exceso su llegada las reclamaciones de otros organismos judiciales de carácter nacional, manifestadas en forma de cuestiones prejudiciales dirigidas hacia el Tribunal de Justicia Europeo enfocadas tanto en la irretroactividad de la nulidad como en los acuerdos privados de renuncia.

1. Cuestiones prejudiciales

En el ámbito de la irretroactividad, el primero en utilizar esta vía fue el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada en el asunto registrado como C-154/2015. En esta cuestión prejudicial se consultan principalmente 3 aspectos al TJUE.

En primer lugar, la compatibilidad de la limitación a los efectos de la nulidad con la Directiva 93/13/CEE, en concreto con su artículo 6.1, el cual ilustra el principio de no vinculación: “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”⁴⁰, lo que en principio debería interpretarse como la no afectación en ninguno de los sentidos de una cláusula calificada como abusiva hacia el consumidor o el resto del contrato.

⁴⁰ Directiva 93/13/CEE

En segundo lugar, se pregunta al TJUE si las razones de seguridad jurídica tales como la protección de daños graves hacia el orden socioeconómico nacional, alegadas por el Tribunal Supremo en la argumentación de su doctrina con el objetivo de justificar la misma, son definidas o detalladas de alguna manera por el Derecho de la Unión de forma que todos los estados miembros puedan partir desde un concepto unitario y en caso de ser así, se solicita al Tribunal que especifique los requisitos necesarios para su identificación.

Por último, plantea la revisión por el TJUE tanto de la actuación de las entidades bancarias caracterizada por una voluntaria falta de transparencia, así como la falta de consideración hacia el perjuicio provocado hacia el consumidor por la limitación de la nulidad, respecto al baremo de la buena fé.

Como hemos mencionado anteriormente, el Juzgado de lo Mercantil de Granada fue primerizo en el empleo de este método de consulta dentro de este ámbito. Sin embargo, existen multitud de organismos que siguieron el mismo camino, entre ellos destacaremos a la Audiencia Provincial de Alicante, ya que las cuestiones prejudiciales planteadas por la misma (asuntos C-307/15 y C-308/15) además de su importancia, son resueltas por el TJUE de forma acumulada a las interpuestas por el tribunal granadino.

El factor principal que añade la audiencia alicantina, consiste en el sometimiento de la limitación de la nulidad, no solo al principio de buena fé, sino también al principio de tutela judicial efectiva, considerado este como un Derecho Fundamental y calificado como tal en el art.47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es decir, la AP de Alicante abre la puerta a la confrontación directa de la doctrina del Tribunal Supremo con los derechos fundamentales, considerando que el tramo de intereses abusivos generados por las cláusulas suelo con fecha anterior al 9 de mayo de 2013, que queda apartado de los efectos de la nulidad, podría también estar siendo excluido a su vez de la tutela judicial efectiva prevista por el Derecho de la Unión, al quedar desprovisto de valoración por parte de los tribunales.

Hasta ahora, hemos analizado aquellas cuestiones prejudiciales dirigidas al TJUE que planteaban cuestiones acerca de la limitación sufrida por los efectos de la nulidad a raíz de la doctrina del TS.

Sin embargo, como hemos mencionado al comienzo del epígrafe también existen cuestiones prejudiciales centradas en el ámbito de los acuerdos privados de renuncia o acuerdos de transacciones.

Este es el caso del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, el cual ante la recepción de un supuesto de reclamación de nulidad de la cláusula suelo en el que existía una novación de la escritura que reducía el límite mínimo del interés de un 3,25% a un 2,35% y que a su vez suponía la conformidad del consumidor con la totalidad del clausulado del préstamo, duda tanto de la compatibilidad del acuerdo de novación con el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas defendido por el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, así como de la transparencia del mismo argumentando que la novación y rebaja de interés fueron propuestas por la entidad bancaria a raíz de la STS 241/2013 de 9 de mayo.

Por estas razones el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción decide suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJUE, identificada como asunto C-452/18 y fundamentada en las siguientes cuestiones:

“ [...] 1) Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 [de la Directiva 93/13]) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación. [...]

2) Si los documentos que modifican o transaccionen cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la [Directiva 93/13], afectándoles las mismas causas de nulidad que [afectan a] los originales novados o transigidos. [...]

3) Si la renuncia de acciones judiciales contenidas en el contrato de novación debe ser también nula, en la medida en que los contratos que firmaban los clientes no informaban a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importación económica que tenían derecho a percibir como devolución de los intereses pagados por la imposición inicial de las cláusulas suelo [...]

4) [...] si al imponer el documento denominado como de novación sobre las “cláusulas suelo”, la entidad financiera deberá haber cumplido los controles de transparencia reseñados en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la [Directiva 93/13] e informar al consumidor sobre la importación de las cantidades en las que había sido perjudicado

por la aplicación de las “cláusulas suelo” así como el interés a aplicar en caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, estos documentos también adolecen de causa de nulidad

.5) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3, apartado 1, en relación con el anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con [la letra q)] de ese anexo [...], dado que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados (al amparo de la sentencia [de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15[...]]⁴¹

Además, la AP de Zaragoza también planteó cuestiones prejudiciales en este sentido en un supuesto de casuística similar en el asunto identificado como C-13/19, dirigiendo al TJUE cuestiones del mismo perfil.

2. STJUE 21 de diciembre de 2016

Las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP alicantina y el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada que recientemente hemos analizado, fueron resueltas por el Tribunal de Justicia Europeo de forma conjunta en su sentencia de 21 de diciembre de 2016. Desvirtuando totalmente la posición del TS adoptada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, declarando la misma contraria al Derecho de la Unión y decretando así la imposibilidad de una limitación temporal dirigida hacia los efectos de la nulidad. A continuación, examinaremos la argumentación proporcionada por el TJUE, con el objetivo de justificar su resolución.

El TJUE fundamenta su postura, en tres pilares principales. El primero de ellos, manteniendo una relación directa con una de las consultas planteadas por el Juzgado Mercantil granadino, no es otro que, el ejercicio del principio de no vinculación ilustrado por el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

⁴¹Cuestión prejudicial, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Teruel (C- 452/18)

El tribunal europeo interpreta que este precepto es de aplicación en este ámbito, lo que supone la imposibilidad de que una cláusula declarada como abusiva produzca o provoque un mínimo perjuicio al consumidor, poseyendo este el derecho al restablecimiento de la situación original y previa a la ejecución de la cláusula abusiva. “[...]el principio de no vinculación supone que las cláusulas consideradas abusivas no pueden producir ningún efecto vinculante sobre el consumidor afectado”⁴² Lo que indudablemente comprende, los efectos producidos, por la modificación del funcionamiento de la nulidad.

El siguiente argumento expuesto, consiste en la incapacidad de los juzgados y tribunales, para alterar el contenido de las cláusulas abusivas, ocasionando así una lesión para el adherente, lo que se proyecta una vez más, como mencionamos en el motivo anterior, sobre la necesidad, de la reconversión de la situación, al momento previo a la aplicación de la cláusula abusiva. Esta percepción, proviene de la doctrina fijada por el tribunal en resoluciones anteriores, como por ejemplo, en las sentencias fechadas del 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013.

Finalmente, el TJUE motiva su resolución, apoyándose también en la necesidad de excluir a los estados miembros, de la potestad de imponer límites normativos, justificados en una interpretación propia, acerca del Derecho de la Unión. Estableciendo de esta manera la exclusividad del TJUE en el ejercicio de dichas competencias.

3. STJUE de 9 de julio de 2020

En esta sentencia son resueltas las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel en el asunto C- 452/18.

⁴² Anchón Bruñen, María José, Las reclamaciones por cláusula suelo...cit., p.69

En principio, el TJUE establece la compatibilidad del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE con la existencia de acuerdos privados de renuncia, bajo la premisa de que se cumplan con los requisitos de transparencia de cuya validación se encargará el Juez con competencia en el litigio: “[...] no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional”⁴³

En segundo lugar, reconoce a su vez la posibilidad de que este tipo de acuerdos sean declarados como abusivos: “[...] el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva”⁴⁴

El TJUE hace especial énfasis en la necesidad de un verdadero entendimiento por parte del consumidor que no se limite a un nivel meramente informativo o publicitario, sino que abarque la completa comprensión del funcionamiento así como de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula suelo: “[...] artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula suelo, “deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula suelo[...]”⁴⁵

Además el TJUE establece la necesidad de determinar la existencia de una negociación individual, es decir que el consumidor haya tenido la posibilidad de influir en el contenido del acuerdo. El tribunal aprecia que la renovación del contrato: “[...] se enmarque dentro de la política general de renegociación [...], podría constituir un indicio de que la consumidora no ha influido en el contenido de la nueva

⁴³ STJUE 9/07/2020 (C-452/18)

⁴⁴ STJUE 9/07/2020 (C-452/18)

⁴⁵ STJUE 9/07/2020 (C-452/18)

cláusula[...]"⁴⁶. El TJUE añade, que la presencia en el contrato de un párrafo manuscrito por parte del cliente donde proporcione su conformidad con el préstamo, no es suficiente para demostrar la existencia de una negociación individual, ni mucho menos el cumplimiento de los requisitos de transparencia.

Por último, el Tribunal de Justicia Europeo habilita la compatibilidad de la cláusula de renuncia a posibles reclamaciones futuras incluida en la novación de la cláusula, con el derecho a la tutela judicial efectiva: “La cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor con la finalidad de proteger su derecho a la tutela judicial efectiva.”⁴⁷

En definitiva, el TJUE reconoce la validez de los acuerdos de transacciones supeditando la misma al cumplimiento de los requisitos de transparencia, cuya competencia de revisión otorga al Juez Nacional al igual que el TS. Sin embargo, el criterio para considerar como satisfechos los mismos es mucho más exigente que el argumentado por la STS 205/2018, siendo necesario probar el entendimiento real del funcionamiento de la cláusula y de sus consecuencias, para lo que el TJUE a pesar de proporcionar la competencia al Juez, otorga una gran importancia para su apreciación a la presencia en el contrato de la evolución que ha sufrido el índice a partir del cual se calcula la cláusula suelo: “[...]el Tribunal de Justicia ha declarado que, en materia de préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, la aportación de datos relativos a la evolución histórica del índice sobre cuya base se calcula dicho tipo es un factor especialmente relevante (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 56)[...]”⁴⁸.

Aún así, también en esta resolución el tribunal niega la necesidad de especificar la cuantía total a la que renuncia el consumidor en el acuerdo de transacción, para el cumplimiento del criterio de transparencia. El TJUE presupone que con los datos acerca de la variación del indicador base del cual cualquier ciudadano medio podría acceder fácilmente al cálculo, siempre y cuando

⁴⁶ STJUE 9/07/2020 (C-452/18)

⁴⁷ STJUE 9/07/2020 (C-452/18)

⁴⁸ STJUE 9/07/2020 (C-452/18)

previamente haya sido debidamente informado: “[...]En cuanto a los importes a los que el consumidor podría renunciar al aceptar una nueva cláusula “suelo” y que corresponden a la diferencia entre los importes pagados por el consumidor bajo la cláusula “suelo” original y los que habría debido pagar en ausencia de una cláusula “suelo”, debe señalarse que, en principio, dichos importes pueden ser fácilmente determinados por un consumidor medio razonablemente bien informado y perspicaz, siempre que tenga acceso a toda la información necesaria del vendedor o proveedor, en este caso la entidad bancaria, que tiene la experiencia y los conocimientos necesarios a ese respecto[...]”⁴⁹

Por su parte, las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Zaragoza (asunto C-13/19) son resueltas en la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2021, en el mismo sentido, criterio y argumentación que las expuestas en la sentencia de 9 de junio de 2020

VI. CONCLUSIONES FINALES

A) Eficacia y eficiencia real de la solución aplicada

Una vez conocemos las diferentes fluctuaciones que ha sufrido el criterio de los tribunales en el ámbito de la cláusula limitativa de interés variable, es importante analizar el impacto de las mismas en la práctica y sobre todo hasta que punto han sido útiles para subsanar los daños generados por el desequilibrio contractual ocasionado a los consumidores .

Si bien es cierto que a raíz del desarrollo y fijación de doctrina por parte de los Juzgados y Tribunales, especialmente del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia Europeo, el cual deriva en la abusividad y por tanto en la nulidad de la cláusula suelo, la misma se ha convertido en una práctica inutilizada por las entidades bancarias en la oferta y formalización de sus préstamos hipotecarios desde 2018, garantizando así la protección de futuros adherentes.

En cambio, en cuanto al resarcimiento de los daños provocados por la aplicación de las cláusulas suelo ya formalizadas, las discusiones doctrinales originadas primero por la declaración de

⁴⁹ STJUE 9/07/2020 (C-452/18)

abusividad de la cláusula y posteriormente por el alcance de su nulidad y los efectos producidos por un posible acuerdo transaccional, sumado a los múltiples cambios de criterio jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo y a su postura menos consumerista respecto al criterio del Tribunal de Justicia Europeo, que termina desembocando en la necesidad de correcciones jurisprudenciales en base al Derecho de la Unión. Han producido una falta de seguridad jurídica y una demora temporal, en beneficio de las entidades bancarias y en perjuicio de los consumidores

Tanto es así que si analizamos el índice de beneficios obtenidos por las entidades bancarias principales en España durante el periodo de tiempo transcurrido a lo largo de la evolución del criterio de los tribunales acerca de la cláusula limitativa de interés variable, este en ningún momento ha visto ferrenada su expansión, este es el ejemplo del Banco Santander :

“[...]Santander gana 6.204 millones de euros en 2016 (+4%). Banco Santander obtuvo en 2016 un beneficio atribuido de 6.204 millones de euros, un 4% más que el año anterior, gracias al fuerte crecimiento de los ingresos por comisiones y a la mejora en la calidad del crédito, factores que se vieron contrarrestados por la debilidad de algunas divisas con respecto al euro y por la subida de impuestos en Polonia y Reino Unido. El beneficio ordinario antes de impuestos subió un 12% si excluimos los resultados no recurrentes y el efecto de los tipos de cambio.[...]”

[...]Santander gana 5.742 millones de euros en los nueve primeros meses del año, un 13% más. Banco Santander obtuvo un beneficio atribuido en los nueve primeros meses del año de 5.742 millones de euros, un 13% más que en el mismo periodo del año anterior (un 28% más en euros constantes)[...]

[...]El beneficio atribuido de Santander aumenta un 18% en 2018, hasta 7.810 millones de euros El beneficio atribuido de Banco Santander aumentó un 18% en 2018, hasta 7.810 millones de euros (+32% en euros constantes)[...]

[...]4T2019 | Santander gana 6.515 millones de euros en 2019 tras aumentar su beneficio un 35% en el cuarto trimestre, hasta 2.783 millones[...]

[...]3T2019 | Santander registra su mejor marca trimestral desde hace casi una década. Santander gana 3.732 millones de euros[...]

⁵⁰

⁵⁰ Banco Santander en: <https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/especiales/resultados-santander>

Sin embargo, multitud de consumidores debido a la inseguridad jurídica provocada por los cambios de criterio jurisprudencial, sumado a las prácticas persuasivas de los bancos a través de la denegación de reclamaciones extrajudiciales recibidas por sus servicios de atención al cliente, llegando estos incluso a negar su presentación en la oficina de la entidad bancaria y la proposición de acuerdos de transacción con el objetivo de obtener la conformidad del consumidor a través de la reducción de su interés aprovechando las escasas exigencias de transparencia por parte del TS, han visto limitadas sus posibilidades de éxito, derivando en la mayoría de los casos en la no interposición de demanda judicial.

Además, incluso en aquellos casos en los que el consumidor decide interponer demanda, las múltiples herramientas procesales otorgadas por nuestro sistema judicial permiten a la entidad bancaria retrasar la resolución del pleito en perjuicio económico del consumidor, aumentando el gasto invertido en el desarrollo del procedimiento. Aumentando así las posibilidades de que la parte demandante no sea capaz de sostener el proceso y proporcionándole a su vez a las entidades bancarias un período de tiempo superior para la gestión de la deuda, lo que les permite reducir al mínimo el impacto negativo cuando llega el momento de cumplir con sus obligaciones.

En definitiva, a pesar de lograr el reconocimiento de la abusividad de la cláusula y su eliminación de los contratos de adhesión, la normativa atinente a la protección del consumidor, no ha sido suficiente para solventar el desequilibrio contractual generado por la actuación de las entidades bancarias. Además, la evolución del criterio jurisprudencial en todo momento ha priorizado aminorar el impacto sufrido por las entidades bancarias sin valorar el sufrido por los consumidores por la demora de los procedimientos, definiendo en cierta manera los intereses de quienes llevan a cabo una conducta contraria a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Anchón Bruñen, María José, Las reclamaciones por cláusula suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca, Dykinson, S.L., Madrid, 2017.
- Fuente Noriega, Margarita y León Arce, Alicia. Derechos de los consumidores y usuarios, Tirant lo Blanch, 2007.
- Pinto Fontanillo Jose Antonio, el “Principio de la buena fe en el Derecho” en la obra colectiva, Sánchez de la Torre, Ángel (Editor), Fuertes-Planas Aleix, Cristina (Editor), Horizontes de cambio en el Derecho. Principios del Derecho IV, Dickinson, Madrid 2017.
- Ribón Seisdedos, Eugenio, Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios, acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas, Sepín, Madrid, 2017.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa, 13 de diciembre de 2007.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 7/1998 de 13 abril de Condiciones Generales para la Contratación.
- Ley 3/2014, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

ANEXO I: JURISPRUDENCIA

- STJUE 21 de diciembre de 2016 (C-154/2015, C-307/15 y C-308/15).
- STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18).
- STJUE de 3 de marzo de 2021 (C-13/19).
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Cuestión prejudicial, Juzgado de lo Mercantil, nº1 de Granada (C-154/2015).
- Cuestión prejudicial, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Teruel (C-452/18).
- Cuestión prejudicial, AP de Alicante (C-307/15 y C-308/15).
- Cuestión prejudicial, AP de Zaragoza (C-13/19).
- STS 664/97, de 5 de julio.
- STS 241/2013, de 9 de mayo.
- STS 139/2015, de 25 de marzo .
- STS 558/2017, de 16 de octubre.
- STS 205/2018, de 11 de abril.

- SAP de Badajoz 302/208 (Rec. 868/2017).
- Sentencia 6/2011, de 11 de marzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León (Rec. nº 65/2010).



ANEXO II: PÁGINAS WEB

- Banco de España en:
<https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/financiacion/hipotecas/>
- Banco Santander, S.A. en:
<https://www.santander.com/es/stories/que-es-el-euribor-y-por-que-nos-deberia-interesar>
<https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/especiales/resultados-santander>
- Diccionario panhispánico del español jurídico en:
<https://dpej.rae.es/lema/condici%C3%B3n-general-de-la-contrataci%C3%B3n>
- Instituto Nacional de Estadística en:
<https://www.epdata.es/datos/hipotecas-nacional-cantidad-importe-ejecuciones-hipotecarias/146/espana/106>

