

*Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas cláusulas suelo.**

The Abusive Clauses in Mortgage Contracts in Spain: Special Reference to the so-called Floor Clauses

Alejandro Platero Alcón**

María José González González***

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1439>

- * Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Programa Nacional de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España.
- ** Investigador y docente (FPU) del área de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura (ESPAÑA). Miembro del grupo de investigación de Estudios en España, Portugal y América Latina, grupo oficial de investigación de la Universidad de Extremadura.
Correo electrónico: platero@unex.es
- *** Licenciada en Derecho en la Universidad de Extremadura. Abogada.
Correo electrónico: mariajosegg@outlook.com

Lex





Raúl Cárdenas. *Seres místicos II*. 180 x 150 cm.

RESUMEN

En la presente obra se pondrá de manifiesto la realidad jurídica existente en España, en relación al carácter abusivo de determinadas cláusulas en los contratos hipotecarios. Dichas cláusulas perjudican al consumidor hipotecario, siendo el ejemplo más paradigmático el de las denominadas cláusulas suelo que, limitan el tipo de interés mínimo variable. La Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo consagró el carácter abusivo de las cláusulas suelo, pero como después se expondrá, generó una enorme polémica en relación a los efectos de dicha declaración, discrepancias resueltas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

Palabras clave: *cláusula abusiva, cláusula suelo, préstamo hipotecario, retroactividad.*

ABSTRACT

This work will reveal the legal situation in Spain, in relation to the abusive nature of certain clauses in mortgage contracts. These clauses are detrimental to the mortgage consumer, the clearest example of which is the so-called floor clauses, that is, those that limit the variable interest rate. Judgment of the Supreme Court 241/2013 of 9 October established the abusive character of the ground clauses, but as will be explained later, generated a great controversy regarding the effects of this declaration, discrepancies, settled by the Judgment of the Court of Justice European Union of 21 December 2016.

Key words: *abusive clause, floor clause, mortgage loan, retroactivity.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo versa en la realización de un análisis de las cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos de préstamo hipotecario en el ordenamiento jurídico español. Es menester, realizar en la presente introducción, un acercamiento al momento del nacimiento de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios y las controversias derivadas de los mismos.

Abordando la cuestión, hay que situarse en Estados Unidos en el año 2000, momento en el que surgió el llamado *boom* de las hipotecas. Con ello, se creó un organismo que impulsó el mercado de securitización, desarrollando un título garantizado por préstamos hipotecarios para viviendas debido a la enorme demanda de bienes inmuebles. Lo anterior provocó que los bancos arriesgasen y concediesen préstamos hipotecarios e hipotecas a personas sin trabajo, patrimonio (*hipotecas subprime*), produciéndose de esta forma la caída del mercado inmobiliario, y por consiguiente, los intereses de carácter variable pactados por los clientes con las entidades financieras crecieron de forma desorbitada, provocando en ocasiones la imposibilidad de pagar las mensualidades pactadas. Países como Francia, Inglaterra o España se sumaron a este sistema, encontrándose actualmente difundido en todo el mundo, por lo que la crisis financiera se tradujo en una crisis económica de difícil recuperación¹ debido a la importancia que tienen los bancos en la economía.

Y es en el contexto de la crisis económica que azota a España desde hace más de un lustro, donde las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecarios, siendo la más paradigmática la denominada cláusula suelo, se han convertido en el objeto de la polémica ante la bajada experimentada en los últimos años por el Euribor, principal índice de referencia utilizado por la banca española, que ha provocado que todos aquellos que habían firmado un préstamo con cláusula suelo, no se hayan podido beneficiar de esta bajada generalizada de los tipos de referencia.² Es esta cláusula suelo, la que ha desplegado el abanico de cláusulas abusivas de los

¹ Esther Peláez Rodríguez, “Crisis financiera y crisis económica”, *Cuadernos de Formación*, n.º 12 (2011).

² Cristina Marqués Mosquera, “Las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 1 (2014).

contratos de préstamo hipotecario, abriendo así el camino a declarar abusivas muchas otras y provocando un enfrentamiento abierto entre las entidades bancarias y los contratantes de este tipo de servicio financiero.

Para aproximarnos al tema, y con objeto de un mejor entendimiento de la situación actual de la economía mundial, comenzaremos la presente obra con una pequeña referencia a los conceptos de hipoteca y préstamo hipotecario, así como a la regulación legal de ambos y a los peligros que ha desencadenado la utilización generalizada de estos contratos por las entidades bancarias.

Tras esta aclaración, se hará alusión al régimen general de las cláusulas abusivas en España, exponiendo la regulación existente en los textos legales fundamentales. Seguidamente, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, el cual declaró el carácter abusivo de la denominadas clausulas suelo, obligando a las entidades bancarias a devolver las cantidades pagadas de más por los clientes desde el 9 de mayo de 2013, siendo esta la fecha en la que se pronunció el Tribunal Supremo por primera vez. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea cambió el criterio anterior, obligando a las entidades bancarias a devolver a los clientes las cantidades abonadas de más desde el momento de constitución de sus créditos hipotecarios.

En último lugar se harán mención a otras cláusulas declaradas abusivas por los tribunales, como son las de vencimiento anticipado o la asunción exclusiva de los gastos hipotecarios por parte de los clientes.

II. LA HIPOTECA Y EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

2.1. Concepto de hipoteca

La hipoteca no es un concepto actual, pues fue utilizado en civilizaciones como la Antigua Grecia, donde encontramos la palabra *hipoteca*, o la Antigua Roma, en la que ya va adquiriendo notas de su actual significado. Si bien es cierto que dicho término se usó para referirse a la prenda sin transmisión de posesión y que es en el derecho hispánico a lo largo de la Edad Media, cuando se le da más importancia a esta figura, pues es en los *Furs de Valencia (1403)* donde se establece el término preciso de hipoteca, diferenciándose de la prenda, en cuanto que la transmisión de la posesión al acreedor del bien en la hipoteca no se lleva a cabo.³

Sin extendernos mucho más en los orígenes de esta figura, pues la concepción actual de hipoteca se asocia a las reformas legislativas del siglo XIX, y recurrir a antecedentes históricos resulta de escaso interés, ya que la concepción ofrecida en la Ley Hipotecaria Española de

³ Antonio Jordá Fernández, "Itinera Hypothecae: notas sobre los orígenes de la hipoteca y su evolución hasta la codificación", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 22 (2010).

1861 y la del Código civil (en acrónimo CC) tienen escasa familiaridad con la hasta entonces conocida hipoteca⁴, hay que tener en cuenta la revolución francesa y el Code Civil francés, cuya redacción no entraremos a analizar por no extendernos en demasía, pero es a raíz de esta época donde encontramos los cimientos del actual concepto de hipoteca, naciendo así las principales características de la misma. Tanto el Código Civil español, en su artículo 1.876 como el artículo 104 de la Ley Hipotecaria (en acrónimo LH) ofrecen el mismo concepto sobre la hipoteca,⁵ estableciendo sus características principales y dejando otras muchas en el tintero y que deben de extraerse de otros preceptos de gran relevancia. Con miras a simplificar el desarrollo de la exposición y puesto que este no es el objeto de la misma, atenderemos al concepto ofrecido por una parte de la doctrina, que la define como el “derecho inscrito en el Registro de la Propiedad que otorga la sujeción inmediata de ciertos bienes inmuebles ajenos que, continuando en posesión de su dueño, quedan afectos en garantía al cumplimiento de una obligación principal y eventualmente a su venta o adjudicación en subasta pública”.⁶ También es definida por otra parte de la doctrina como “un derecho real de garantía, de los de realización de valor, constituido por bienes inmuebles y caracterizado porque no hay desplazamiento de la posesión sino sujeción registral”.⁷

2.2. Regulación legal de la hipoteca

En cuanto a la regulación legal de la hipoteca, encontramos en España, la Ley Hipotecaria aprobada el día 8 de febrero de 1946, que aunque de indudable calidad técnica, ha sido objeto de numerosas reformas, pero ninguna ha tenido tanta trascendencia como la introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.⁸ La importancia de esta reforma viene a consecuencia de la crisis financiera y económica nacida en los años precedentes y de la que actualmente no nos hemos recuperado, lo que ha conllevado a que personas que contrataron préstamos hipotecarios para la adquisición de su vivienda habitual, encuentren dificultades para atender a sus pagos, dando lugar a que no en pocas ocasiones se inicie la ejecución judicial o venta extrajudicial de esa vivienda habitual por parte del acreedor hipotecario (entidades financieras), y que muchas familias se queden sin hogar.⁹

⁴ Carlos Lasarte Álvarez, *Compendio de derechos reales: derechos reales e hipotecarios*, cuarta edición (Madrid: Marcial Pons, 2015), 199-200.

⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *BOE* núm. 206, de 25/07/1889, art 1876; y Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, *BOE* núm. 58, de 27/02/1946, art 104: “la hipoteca sujeta directa e indirectamente a los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”.

⁶ Lasarte Álvarez, *Compendio de derechos reales...*, 200.

⁷ Manuel Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos reales. Derecho hipotecario* (Madrid: Universidad de Madrid, 1982), 412.

⁸ Ángel Acedo Penco, *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, segunda edición (Madrid: Dykinson, 2013), 238.

⁹ Preámbulo. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *BOE* núm. 116, de 15 de mayo de 2013, págs. 36373 a 36398 (26 págs.).

2.3. Préstamo hipotecario

Por el desarrollo de esta exposición, será preciso hacer una breve referencia al significado del término “préstamo hipotecario” que suele usarse como sinónimo del término “hipoteca”, pero que no significa lo mismo.

De acuerdo con la definición aportada anteriormente, la hipoteca es un derecho real de garantía que sujeta ciertos bienes inmuebles al cumplimiento de una obligación. Por su parte, el préstamo es un producto bancario que permite al cliente recibir una cantidad de dinero determinada de una entidad de crédito, para otros fines que no sean la compra de un inmueble, a cambio del compromiso de devolver dicha cantidad, a la que normalmente se le sumarán los intereses pactados. Conforme a la descripción que hace el Banco de España, el apellido “hipotecario” le viene porque en este tipo de préstamos, la entidad de crédito cuenta con una garantía especial para el cobro de la cantidad prestada, esto es, el inmueble que normalmente será propiedad del cliente.

Por lo que, a modo de síntesis, y en este contexto, se puede decir que la hipoteca es la garantía y el préstamo hipotecario es la obligación garantizada. Debido a la temática de la exposición, en la mayoría de las ocasiones nos referiremos al préstamo hipotecario como producto de una entidad financiera.

III. PELIGROS QUE PLANTEAN ACTUALMENTE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Por lo que respecta a este estudio, y con miras al desarrollo de la exposición, resulta de gran relevancia hacer una breve referencia a los problemas que han surgido a raíz de la contratación masiva de préstamos hipotecarios, pues como ya se dijo con anterioridad, de alguna forma han originado grandes controversias para la economía mundial.

Por un lado y debido a las malas prácticas bancarias, los tipos de interés contratados no han sido más que una bomba de relojería para el futuro de la economía, que actualmente está sufriendo las consecuencias de las *hipotecas subprime*, que son aquellas contratadas con personas que no tienen ni solvencia ni trabajo, denominándose hipotecas de riesgo. Además de ello, estas hipotecas cuentan con un tipo de interés variable sometido a baremos de entidades u organismos independientes, como el Banco Central Europeo (BCE), el cambio de divisas, o el más común y al que nos referiremos en múltiples ocasiones a lo largo del presente artículo, Euríbor.¹⁰ Este último, desde hace unos años viene registrando un porcentaje muy bajo e incluso llegando a tasas negativas, problema que actualmente preocupa a las entidades finan-

¹⁰ Es el índice de referencia del tipo de interés aplicable a las operaciones entre los bancos de Europa que se calcula diariamente.

cieras y provoca un desconcierto en los clientes.¹¹ Por otro lado, a los expertos en economía les preocupa más el futuro, y con ello, el posible aumento del Euríbor, pues en estos últimos años, y como consecuencia de la caída del mismo, se han contratado hipotecas con un tipo de interés variable al Euríbor sumándole además un porcentaje de más del 2 %, llegando en ocasiones cuando la entidad asume un gran riesgo, a que el diferencial¹² sea de un 4 %, por lo que si el Euríbor llega a subir como en los años 2007 o 2008, cuya cifra superaba el 5 %, será casi imposible que esos clientes puedan pagar las mensualidades, teniendo en cuenta la larga duración de los contratos de préstamo hipotecario, cuyos años ascienden en muchas ocasiones a cifras tan elevadas, como los 30 años.

La contratación de estos intereses, que, como veremos, modifican las condiciones generales de la contratación y que son normalmente introducidos en cláusulas contractuales de forma unilateral por los bancos, ha planteado una importante cuestión sobre la ilicitud de dichas cláusulas y los posibles efectos de la nulidad de las mismas, que debe ser resuelta por los diferentes tribunales, llegando dicha cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De entre estas cláusulas destaca la conocida cláusula suelo, que limita la bajada del tipo de interés en las hipotecas de interés variable y la cual desarrollaremos con especial atención en los apartados siguientes junto a otra tanda de cláusulas hipotecarias explosivas.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El esquema clásico de contratación en el que se han basado los principios contractuales consagrados en el artículo 1255 del Código Civil y que se basan en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, respetando los límites establecidos en ese mismo artículo, ha venido modificándose debido al nacimiento de nuevas prácticas de contratación, las que han sido acogidas masivamente por las entidades financieras. Estas nuevas prácticas consisten en contratos en masa o de adhesión,¹³ los cuales rompen con esa igualdad de condiciones de las partes exigida en nuestro ordenamiento, y que supone la no negociación de cláusulas de un contrato o de las condiciones generales del mismo por cada particular. Este nuevo sistema se ha incorporado al ordenamiento europeo con la Directiva 93/13/CEE,¹⁴ que ha sido transpuesta por el legislador español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.¹⁵ Así, en su artículo 1.1 determina que las condiciones generales

¹¹ Pau. A Monserrat, *La banca culpable: testimonio de un expleado sobre las malas prácticas comerciales y cómo protegerse de ellas* (Madrid: Esfera, 2013), 170-180.

¹² Es la parte fija que se le suma al índice de referencia aplicado.

¹³ Contratos en los que el clausulado es redactado por una de las partes, sin intervención de la otra y limitando la libertad contractual.

¹⁴ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *DOUE* núm. 95, de 21 de abril de 1993, págs. 29 a 34 (6 págs.).

¹⁵ El legislador optó por la regulación conjunta de las condiciones generales del contrato y de las cláusulas abusivas, deci-

de un contrato podrán ser predispuestas por una de las partes contratantes con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, admitiendo de esta forma que una de las partes podrá redactar previamente cláusulas contractuales que podrán referirse a condiciones generales de la contratación o a otros elementos del contrato siempre que respeten los límites establecidos legalmente.

Las cláusulas contractuales se utilizan habitualmente para definir aspectos concretos de un contrato, pero que con asiduidad suelen favorecer a una de las partes, que en la mayoría de las ocasiones es quién redacta el contrato y es en esta práctica donde nacen las cláusulas abusivas.

En cuanto a la forma de contratación de las entidades financieras con respecto a sus productos financieros, se ha basado, principalmente en el perfeccionamiento de esos contratos en masa o de adhesión debido a la imposibilidad y los costes que conllevaría una negociación individualizada con cada cliente,¹⁶ y cuya redacción es llevada a cabo previamente por la entidad financiera y en la mayoría de las ocasiones sin posibilidad de ser negociadas con el consumidor de forma individual.

4.1. Concepto de cláusula abusiva y regulación legal

Pese a que las cláusulas contractuales son lícitas, las cláusulas no negociadas han supuesto un problema de desequilibrio entre las partes contratantes, perjudicando en la mayoría de las ocasiones al consumidor, que es quien de alguna forma se adhiere a ese contrato ya redactado previamente. Con respecto a esto, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE) ha dispuesto que cuando estas cláusulas no negociadas sean contrarias a la buena fe, y generen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores, serán consideradas abusivas, que a modo de síntesis algunos de los preceptos que aquí interesan establecen que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando se haya redactado previamente y el consumidor no haya podido incidir en su contenido, así como que no se considerará abusiva aquella cláusula que se refiera a las condiciones generales del contrato siempre que se haya redactado de forma clara y comprensible, y además que los Estados miembros garantizarán la no vinculación de los consumidores con cláusulas consideradas abusivas.¹⁷

sión que tomó al considerar que es común encontrar cláusulas abusivas en la redacción de las condiciones generales del contrato. Sin embargo, en el preámbulo de dicha Ley, el legislador español diferencia las condiciones generales de las cláusulas abusivas, determinando que una cláusula es condición general de la contratación cuando es predispuesta por una de las partes sin tener que ser abusiva, y que una cláusula abusiva es aquella que provoca un detrimento importante en el consumidor en contra de las exigencias de la buena fe y podrá ser o no una condición general de la contratación.

¹⁶ Celia Martínez Escribano, “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 133 (2014).

¹⁷ Artículos 3.2, 4.2 y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

El concepto de cláusula abusiva no es ni actual ni homogéneo, pues el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores, hacía mención a las cláusulas abusivas, entendiéndolas, según su apartado 3, como “las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”.¹⁸ Sin embargo, parece acertada la opinión de una parte de la doctrina que estableció que esta previsión era poco contundente y mezclaba nociones muy diferentes, por lo que apenas sirvió de nada esta primera noción legal de cláusula abusiva.

De esta insuficiencia legislativa, nació la reforma de 2007¹⁹ que pretendía, entre otras cosas, establecer una clara noción legal de cláusula abusiva y determinar las posibles consecuencias de su práctica, así como crear una lista de cláusulas abusivas que completase la ya creada por el Anexo de la Directiva 93/13/CEE.

Por tanto, es en el Título II del Libro II de la TRLGDCU donde queda recogido actualmente el régimen jurídico de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento, apoyándose en lo ya desarrollado por la Directiva 93/13/CE, en cuanto que prescinde de la necesidad de que se traten de condiciones generales, y centrándose en aquellas cláusulas no negociadas individualmente y que además en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato,²⁰ además de otras exigencias que se establecen en esta Ley y que la jurisprudencia ha asentado desde entonces.

Debido a la grave crisis económica global provocada en su mayor parte por la concesión de hipotecas de riesgo (hipotecas *subprime*), agravada en España por la burbuja inmobiliaria,²¹ así como a la situación de desahucios de personas cuyas viviendas se encontraban hipotecadas, ha surgido la necesidad de crear un sistema jurídico protector de deudores hipotecarios. El legislador europeo ha querido hacer frente a estas prácticas a través de varias directivas en las que se han incorporado mecanismos contra estas malas prácticas bancarias, que el legislativo español ha introducido en nuestro ordenamiento a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración

¹⁸ De este modo, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores, *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 1984, páginas 21686 a 21691 (6 págs.), fue pionera en esta materia y en muchas otras relacionadas con la defensa de los consumidores, y la misma devino de una causa específica como fue la crisis provocada por el aceite de colza.

¹⁹ 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, *BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, págs. 49181 a 49215 (35 págs.).

²⁰ Artículo 82 de la TRLGDCU.

²¹ Subida anormal y prolongada del precio de los bienes inmuebles alejándose de su valor real, causada por la situación social y económica de España en ese período de tiempo.

de deuda y alquiler social,²² que ha venido a reformar la Ley Hipotecaria aprobada el día 8 de febrero de 1946.

4.2. Principios afectos a cláusulas abusivas

De acuerdo con la definición aportada por la TRLGDCU, en consonancia con la Directiva 93/13/CEE se han considerado cláusulas abusivas aquellas que no hayan sido negociadas individualmente y que en contra de las exigencias de la buena fe causen un perjuicio en el consumidor o usuario. Por tanto, y teniendo en cuenta el ya citado principio de autonomía de la voluntad que impera en nuestro sistema de contratos,²³ el legislador ha establecido unos límites a esta libertad de negociación, pues en desacuerdo con una parte de la doctrina que defiende que “los afanes protectores pueden llegar hasta la peligrosa limitación de la autonomía de la voluntad, ya que el contrato con un contenido necesario impuesto por el legislador con carácter previo está restringido a excepcionales casos justificados por la preservación del interés general y no del interés individualizado del consumidor”,²⁴ es imprescindible limitar esa autonomía de la voluntad y subordinarla al interés general, pues el sistema económico en su mayor parte se sostiene gracias a los negocios jurídicos de carácter oneroso, y de existir libertad plena para la forma de contratación, esa parte débil de todo negocio jurídico saldría perjudicada en la mayoría de las ocasiones.

A fuer de ser excesivamente simplificador, y teniendo en cuenta que es una cuestión muy estudiada, se hará una breve referencia a los requisitos que debe reunir una cláusula para considerarse abusiva según la normativa antes citada. En su caso, vamos a centrarnos en los dos principios más importantes y los cuales tienen que ser valorados por un tribunal, pues aunque para que una cláusula sea considerada abusiva es necesario que haya sido negociada individualmente con un usuario o consumidor, es un tema controvertido o de difícil comprobación.

4.2.1. Principio de buena fe

La buena fe es un concepto indeterminado y de difícil determinación, que aunque nuestro Código Civil eleva a principio general del derecho en su artículo 7, nada se dice de cómo hay que interpretarlo. Por tanto, es una de tantas cuestiones que tienen que resolver los tribunales de justicia.

Con miras a la simplificación de la exposición, vamos a hacer nuestra la idea aportada por una parte de la doctrina que defiende que la buena fe es una conducta que revela la posición

²² Acedo Penco, *Derechos Reales...*, 238.

²³ Artículo 1255 del CC: 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.

²⁴ Enrique Quiñonero Cervantes, “Las cláusulas abusivas”, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* 3 (2000): 1488.

moral de la persona con respecto a una situación jurídica.²⁵ Por tanto, es el juez el que debe hacer una valoración moral del contrato o de la cláusula en cuestión para hallar la mala fe, pues “es imposible determinar *a priori* un eventual elenco de deberes concretos que formen parte del comportamiento acorde a la buena fe, puesto que iría además en detrimento de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética y que cuadra perfectamente, como se ha dicho, con su carácter de principio general del derecho: contemplar cada acto de ejercicio de los derechos o del cumplimiento de las obligaciones en su singularidad, según la concreta expectativa que se haya generado en el sujeto pasivo, y en relación directa con la especialidad de la relación jurídica existente entre él y el sujeto activo”.²⁶

En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el caso *Aziz*²⁷ ha interpretado la buena fe como la razonabilidad de la cláusula en una negociación individual.

4.2.2. *Desequilibrio contractual*

Todo contrato oneroso consiste en que el sacrificio de una parte tenga como contraprestación un beneficio en relación de equivalencia, por lo que para hablar de desequilibrio contractual tendrá que romperse dicha equivalencia al imponer una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla en estado de discutir. Esa situación de desequilibrio puede producirse por la falta de condiciones para apreciar el contenido real del contrato, así como por la desigualdad de conocimientos técnicos de los particulares sobre aquello que contratan.

Con el objetivo de que cese la práctica de cláusulas abusivas que perjudiquen a los consumidores y usuarios, el legislador comunitario ha establecido además del concepto general de cláusula abusiva, una lista (lista gris)²⁸ de cláusulas que resultan nulas de pleno derecho en el Anexo de la Directiva 13/93/CEE, siendo incluida por el legislador español en los artículos 85 a 90 (lista negra)²⁹ en el Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que además de las 17 cláusulas que considera abusivas el legislador europeo ha elevado el número de cláusulas a 38, haciendo uso de la facultad que el art. 8 de

²⁵ Luis Díez- Picazo, *La doctrina de los actos propios* (Barcelona: Bosch, 1963), 136-137.

²⁶ Javier Avilés García, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 648 (1998).

²⁷ STJUE 14 de marzo de 2013, asunto nº 415/11, caso *Aziz* “Sentencia del TJUE que determina que la legislación española sobre ejecución hipotecaria vulnera la normativa europea al no garantizar la suficiente protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de las hipotecas.”

²⁸ En el caso de la lista incluida en el Anexo de la Directiva, la doctrina la ha calificado como “lista gris” por entenderse que son cláusulas que pueden ser declaradas como abusivas, siendo, por tanto, una lista indicativa esta distinción entre “listas grises” y “listas negras”.

²⁹ Por su parte, la legislación española ha establecido que se declararán abusivas *iuris et de iure* ciertas cláusulas que se recogen en el TRLGDCU, por lo que la doctrina ha calificado a esta lista como “lista negra”.

la citada Directiva ofrece a los Estados miembros para adoptar disposiciones más estrictas en cuanto a las cláusulas abusivas y siempre que sean compatibles con el tratado, con la finalidad de conseguir una mayor protección para el consumidor o usuario.

V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Tras esta sucinta referencia al régimen jurídico de las cláusulas abusivas en general, cuestión que puede parecer clave para el entendimiento de esta exposición, el estudio va a basarse, como ya se ha anunciado en reiteradas ocasiones, en el análisis de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario e hipotecas, en especial de las cláusulas suelo. Materia que, actualmente, tiene en vilo a la población española, pues recientemente se ha publicado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea una sentencia que rompe con la postura mantenida por el Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad de dichas cláusulas.

5.1. Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario

Debido a la importancia de las denominadas cláusulas suelo se va a analizar en un primer momento y de forma extensiva las mismas, pues debido al interés de la STS 241/2013, de 9 de mayo,³⁰ a la que haremos referencia en numerosas ocasiones a lo largo de la exposición, que va más allá de la problemática estricta de las cláusulas suelo, ya que en ella se contienen ciertos pronunciamientos sobre un tema controvertido, como es el relativo al control sobre el objeto principal del contrato cuando se trata de condiciones generales de la contratación, parece lógico abordar de forma extensiva esta cuestión y en base a ella analizar otras cláusulas que han nacido recientemente y que los distintos tribunales también califican como abusivas y por tanto nulas.

5.1.1. Concepto de cláusulas suelo

Para explicar la función de la cláusula suelo, es necesario hacer una breve mención al funcionamiento de los préstamos hipotecarios y en todo caso, a su influencia en la cuantía mensual abonada por los clientes bancarios. De suerte tal que, y como expone la STS 241/2013, los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables y es en estos últimos dónde el tipo de interés va modificándose a lo largo del tiempo, calculándose en base a dos sumandos, por un lado el índice de referencia (el más frecuente es el EURIBOR a

³⁰ “La STS 241/2013 de 9 de mayo aborda la problemática de la licitud de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario, culminando un iter procesal que se inició con la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (sentencia 246/2010) y continuó con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre, posteriormente recurrida en casación”. Martínez Escribano, *El control de transparencia...*,14.

un año) y por otro el diferencial.³¹ Por lo que la fórmula para calcular el interés a pagar sería: interés de referencia + diferencial.

En ocasiones, con el fin de minimizar los riesgos de fluctuación del tipo de referencia aplicable, este se acota dentro de determinados márgenes, lo que se conoce como el *techo* o el *suelo* del tipo de interés, que es una cláusula que opera limitando a la baja o al alza. Es decir, si se establece una cláusula suelo, dicha cláusula lo que significa es que por mucho que baje el tipo de referencia pactado, siempre se va a pagar el tipo de interés mínimo fijado como *suelo*. Y a la inversa, de fijarse un *techo*, por mucho que subiera el tipo de referencia, nunca se pagaría un tipo efectivo superior al pactado como máximo.³²

5.1.2. Licitud de las cláusulas suelo y regulación sectorial

A la hora de analizar las cláusulas suelo, dos son los conjuntos normativos a tener presentes: por un lado, la especial normativa bancaria sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y por otro, la normativa general reguladora de las condiciones generales abusivas, junto con el resto de normativa de los consumidores aplicable a esta materia.³³ En relación a esta última, nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

Debido a la realidad social por la que atraviesa España, en relación a los deudores hipotecarios, se han promulgado recientemente normas que refuerzan la protección a los consumidores, especialmente en los contratos relativos a la contratación de productos bancarios.

En relación con la normativa bancaria, se destaca la reciente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito³⁴, que habilita al Ministerio de Economía y Competitividad para disponer sobre cuestiones relativas a la información precontractual (art. 5.1.a) y la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito (art. 5.1.b). En este sentido, topamos con la OM de 12 de diciembre de 1989, la OM de 5 de mayo de 1994, la Ley de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, y más recientemente se ha hecho alusión a ellas en la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo. Pero en la actualidad, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incrementa estos deberes de información relativos a las cláusulas suelo.³⁵

³¹ STS 241/2013, de 9 de mayo, fundamentos de derecho (primero).

³² Marqués Mosquera, Cristina, *Las cláusulas suelo...*,253.

³³ Cristóbal Espín Gutiérrez, "La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable", en *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, dirigido por María de la Sierra Flores (Madrid: Dykinson, 2016).

³⁴ El art. 5 hace referencia a la protección de la clientela.

³⁵ En este sentido, encontramos disposiciones actuales como el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, *BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2015, págs. 19058 a 19101 (44 págs.) o el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *BOE* núm. 60, de 10/03/2012.

La base de la licitud de las cláusulas suelo se encuentra en el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, así como la regulación sectorial recientemente comentada, sin que la mención a ellas en estas normas las excluya del control establecido a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación,³⁶ a pesar de lo dispuesto en el artículo 4.2 de esta ley, al disponer que no será de aplicación a la materia regulada específicamente por una disposición legal o administrativa.³⁷

En numerosas ocasiones se ha cuestionado la legalidad de las cláusulas suelo en los tribunales. La solución propuesta por los jueces y tribunales ha sido muy dispar, pues a veces se han declarado nulas por abusivas cuando la misma no tenía como contrapartida una cláusula techo,³⁸ que en todo caso amparase al cliente sobre una posible subida del tipo de interés de referencia, o en su caso, cuando ambos límites eran desproporcionados entre sí.³⁹ En otras ocasiones, se han considerado válidas alegando que al tratarse de intereses al alza y a la baja, no puede predecirse ese desequilibrio contractual, y atendiendo a mecanismos contractuales, el objetivo de las entidades es reducir en todo lo posible el riesgo de pérdidas.⁴⁰

Sin embargo, con la citada STS 241/2013, el TS ha aclarado la cuestión, determinando que las cláusulas suelo son lícitas y que son otros factores del perfeccionamiento del contrato los que pueden hacerla abusiva.

5.1.3. Posición de las cláusulas suelo en el contrato

En relación con la naturaleza jurídica de estas cláusulas, se ha planteado si forman parte del objeto esencial de contrato, así como si pueden calificarse como condiciones generales de la contratación.

La STS 241/2013 despeja las dudas planteadas, aclarando que las cláusulas suelo incluidas en las condiciones generales de la contratación forman parte del objeto esencial del contrato, pues cumplen una función definitoria y descriptiva del mismo, que en los préstamos hipotecarios es el precio que debe pagar el prestatario.

Por otro lado, el que forme parte del objeto esencial del contrato no excluye que estas cláusulas formen parte de las condiciones generales del contrato. La cuestión no es baladí, pues tal

³⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, *BOE* núm. 89, de 14/04/1998.

³⁷ La referida OM es tan solo una norma administrativa de disciplina bancaria cuya vulneración comporta una sanción administrativa, y no impone su aplicación obligatoria como así exigiría el art 4.2 LCGC para excluirlas del control establecido en esta Ley.

³⁸ Tipo máximo de interés.

³⁹ En este sentido, las SJM Sevilla de 20 de septiembre de 2010, SJM Málaga de 20 de noviembre de 2011, SAP de Cáceres de 24 de abril de 2012, entre otras.

⁴⁰ En este sentido, las SAP de Sevilla de 7 de octubre y 10 de diciembre de 2011, SJM de Jaén de 7 de febrero de 2012, entre otras.

calificación implica la posible aplicación a las mismas de la LCGC, cuyo artículo 8.2 declara la nulidad de las condiciones generales abusivas, entendiendo por tales, en los contratos con consumidores, las definidas en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de la Defensa de Consumidores y Usuarios. Como ya se dijo con anterioridad, el que dichas cláusulas se encuentren reguladas en normas sectoriales no implica la exclusión de los posibles preceptos aplicables de la LCGC.

5.1.4. Control y transparencia de las cláusulas suelo

Como regla general y de acuerdo con el artículo decimonoveno de la Directiva 93/13/CEE y con LCGC no serán susceptibles de control las cláusulas que describan el objeto principal del contrato, pues iría en contra del derecho de libre mercado que establece la Constitución española.

Sin embargo, el TS se ha pronunciado a favor de un doble control de transparencia de las cláusulas suelo impuestas en las condiciones generales de contratación y que consiste por un lado, en el control de incorporación, ello de acuerdo con lo que establece la LCGC,⁴¹ y por otro en el control de transparencia reforzado o específico de los contratos con consumidores, al amparo del TRLGDCU.⁴²

Son varias las sentencias que delimitan el concepto de transparencia.⁴³ En este sentido, se puede determinar que la transparencia es el hecho que determina la licitud de la cláusula suelo en cuanto que el consumidor aprecie o no que dicha cláusula forma parte del objeto principal del contrato, que la conozca o la pueda conocer con sencillez y que, del mismo modo, conozca la carga económica que puede suponer en sus mensualidades. Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, para que una cláusula suelo sea lícita, es necesario que el consumidor, con la información previa ofrecida por la entidad, tenga conocimiento de que esta cláusula, además de formar parte del funcionamiento del contrato, es un elemento definitorio importante del precio y de la carga que puede suponer en el precio final.

De acuerdo con la mencionada STS de 9 de mayo de 2013,⁴⁴ las cláusulas suelo cumplen el requisito de transparencia formal exigido en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13,

⁴¹ La redacción de las cláusulas generales tiene que ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, estableciéndose que de lo contrario no quedarán incluidas en el contrato (art 5 y 7 LCGC).

⁴² Además del control de incorporación el TRLGDCU establece la necesidad de que el consumidor sea conocedor de la carga económica y jurídica de la cláusula.

⁴³ Entre otras, la Sentencia nº 406/2012 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 18 de junio de 2012, Sentencia nº 464/2014 de TS, Sala 1ª de lo Civil, 8 de septiembre de 2014, Sentencia nº 139/2015 de TS, Sala 1ª de lo Civil, 25 de marzo de 2015, Sentencia nº C-92/11 de Tribunal de Justicia, 21 de marzo de 2013, Sentencia nº C-143/13 de Tribunal de Justicia, 26 de febrero de 2015.

⁴⁴ Un extenso comentario sobre la citada sentencia puede encontrarse en la obra de F. Pertíñez Vilche, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2013).

en cuanto que resultan inteligibles para los consumidores, pues cumplen con el requisito de redacción clara y comprensible. Sin embargo, basándose en los principios formulados por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb,⁴⁵ el TS considera que la exigencia de transparencia del mencionado artículo de la Directiva 93/13 debe entenderse también en el aspecto material.

De este modo, el Tribunal Supremo determina que en el asunto que dio lugar a la STS de 9 de mayo, no se cumple con la exigencia de transparencia material, pues las entidades bancarias no habían facilitado la información necesaria a los consumidores en la celebración del contrato para conocer de la existencia de las llamadas cláusulas suelo.

Por tanto, el TS apreció falta de transparencia debido a una serie de circunstancias:⁴⁶ a) no existía información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) la inserción en el contrato de las cláusulas suelo se hacía de forma conjunta con las cláusulas techo, aparentando que existía una cierta contraprestación entre ellas; c) se daba una ausencia de simulaciones de diversos escenarios relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) la ausencia de información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras posibles modalidades de préstamos de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertaban las mismas; e) la ubicación de la cláusula suelo era, entre una abrumadora cantidad de datos, de forma tal que quedaba enmascarada y se diluía la atención del consumidor. “Así mismo se constató que lo elevado del «suelo» hacía previsiblemente que la oscilación a la baja de los tipos de interés no repercutiría de forma sensible en el tipo de interés aplicable al préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, en realidad era un préstamo a interés fijo, exclusivamente variable al alza”.⁴⁷ Con todo esto, se concluyó que las cláusulas suelo superaban el control de transparencia a efectos de inclusión como condición general en los contratos, pero no superaban el de claridad exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores, en cuanto a la transparencia material exigida por el Tribunal de Justicia.

⁴⁵ En esta sentencia se cuestiona la cláusula contractual en la que una empresa se reserva el derecho a modificar el coste del suministro de gas y si la misma cumple las exigencias de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13/CEE en cuanto a la buena fe, equilibrio y transparencia. Para determinar si el contrato expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste, a fin de que el consumidor pueda prever las eventuales modificaciones, se cuestiona la falta de información sobre tal extremo antes de la celebración del contrato. Determinándose falta de transparencia material, debido a que esta falta de información inicial no es ni compensada con información *a posteriori* del cambio del coste, ni con el derecho a rescindir el contrato en caso de no querer tal modificación.

⁴⁶ Según un Auto de aclaración de la STS, esta relación de circunstancias no supone una lista cerrada.

⁴⁷ Espín Gutiérrez, Cristóbal, *La nulidad...*, 463.

5.1.5. *Carácter abusivo de la cláusula suelo y nulidad parcial del contrato*

De acuerdo con lo anteriormente expuesto sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, poco hay que decir al respecto, pues al tratarse de contratos realizados con consumidores, la LCGC se remite al TRLGDCU, cuyo articulado sobre cláusulas abusivas ya fue analizado y se determinó que para declarar abusiva una cláusula tenía que haber sido redactada individualmente y en contra de las exigencias de la buena fe, causando un desequilibrio entre las partes y que, además, ese desequilibrio perjudique al consumidor.

Al no existir una normativa sobre qué acciones pueden entenderse contrarias a las exigencias de la buena fe, o cuales perjudican al consumidor provocando un desequilibrio de partes, son los tribunales los que de forma individual estudiarán cada caso, y en este sentido, el TS en la citada sentencia, entendió abusivas las cláusulas suelo porque las mismas beneficiaban exclusivamente a la entidad y provocaban un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pues no se informó correctamente al consumidor de lo que suponía ese límite mínimo de interés, y por tanto pudiéndose dar un vicio en el consentimiento al creer que la carga económica era otra que la realmente contratada.

La declaración de cláusula abusiva comporta la nulidad de la misma de acuerdo con lo establecido en el TRLGDCU. Dicha nulidad no supone la subsistencia del contrato, pues la jurisprudencia ha reconocido la nulidad parcial de los contratos,⁴⁸ en los casos en los que declarando la nulidad limitada de las condiciones ilícitas el contrato pueda subsistir.

VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

A consecuencia de los litigios planteados ante tribunales españoles sobre la legalidad de las cláusulas suelo, han surgido controvertidas cuestiones cuyas soluciones propuestas por jueces y magistrados han sido muy dispares. Cabe destacar, que una de las cuestiones de mayor relevancia, sin duda, ha sido los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, llegando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha dado respuesta además de a esta cuestión, a aquellas que le han sido planteadas por diferentes tribunales.

Tras la citada STS de 9 de mayo de 2013, en la que el Tribunal Supremo declaró nulas las cláusulas suelo por falta de transparencia material, y cuyos efectos retroactivos fueron limitados⁴⁹ a la fecha de publicación de la sentencia con fundamento en el principio de seguridad

⁴⁸ STSS 488/2010 de 16 de julio; 241/2011, de 20 de abril, entre otras, afirman la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, por lo que se intenta mantener la eficacia del negocio en su integridad, y de no ser posible eliminar las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido, si cabe.

⁴⁹ Una crítica a esta limitación temporal de los efectos retroactivos puede verse en la obra de C. Hernández Guarch, "La sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas", *Revista CESCO de derecho de consumo*, n.º6 (2013).

jurídica y la alteración del denominado orden público⁵⁰ económico, basándose en la STS de 13 de marzo de 2012⁵¹ en la que también se limitaban los efectos de nulidad de las cláusulas objeto del litigio, volvieron a surgir cuestiones sobre la compatibilidad de lo determinado por el Alto Tribunal y lo dispuesto en el art 6.1 de la Directiva 93/13 en cuanto que los Estados miembros establecerán la “no vinculación” al consumidor de las cláusulas declaradas abusivas. Esta cuestión volvió a llegar al Tribunal Supremo, dictando sentencia el 25 de marzo de 2015⁵² y confirmando la limitación temporal de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en cuestión, haciendo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada por la STS de 9 de mayo de 2013.

Tras los hechos anteriormente expuestos, se siguen presentando demandas con objeto de que se declaren nulas las cláusulas suelo y se les devuelva a los particulares, las cantidades indebidamente pagadas, basándose tanto en la Directiva 93/13 como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Algunos de los juzgados remitentes de estas demandas, en desacuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y pendientes de una posible vulneración de la Directiva 93/13, deciden suspender el procedimiento, y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales, dando lugar, por parte de este Tribunal, a la acumulación de los asuntos C-307/15, C-308/15 y C-154/15.

Ante estas cuestiones prejudiciales planteadas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve dictando sentencia el 21 de diciembre de 2016.⁵³

⁵⁰ E. Llamas Pombo, “La nulidad de las clausulas suelo”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 1 (2013). Este se pregunta sobre si la no devolución de todas las cantidades satisfechas en demasía por parte de los clientes bancarios no supondría también una alteración del orden público económico. Concretamente, establece la siguiente pregunta: “¿O es que el pago por un ciudadano, durante años, de un tipo de interés que la propia resolución declara abusivo (puesto que la cláusula que lo establece lo es), no ha afectado, y de qué manera, al orden público económico?”, pág. 18. En otros ordenamientos distintos al español, se utiliza el concepto de orden público como herramienta de protección al consumidor, como muestra el interesante análisis de la normativa argentina de protección a los consumidores realizado en la obra de C. Eduardo Tambussi, “El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino”, *Lex* 14, n.º18 (2016): 65-85.

⁵¹ La STS 118/2012, de 13 de marzo, analiza un caso de nulidad de condiciones abusivas en las que se impone junto con la contratación de suministros de canales y servicios digitales ofertados, el uso oneroso de un instrumento accesorio no solicitado (el descodificador). El Alto Tribunal determina la nulidad de las cláusulas, sin que proceda la devolución por la parte actora de las cantidades reclamadas, debido a que estas constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos de los que disfrutaron los abonados.

⁵² La STS 139/2015, de 25 de marzo de 2015, asienta la jurisprudencia sobre las cláusulas suelo de la STS de 9 de mayo de 2013, pero estableciendo una limitación a los efectos de nulidad de las cláusulas suelo declaradas abusivas, determinando la retroactividad de las mismas a la fecha de esta STS, por lo que las entidades bancarias tendrían que pagar las cantidades indebidamente cobradas a partir del 9 de mayo de 2013. Un comentario más extenso sobre la citada sentencia puede verse en la obra de A. Carrasco Perera, “Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 14 (2015).

⁵³ La Sentencia nº C-154/15 y C-307/15 de Tribunal de Justicia, 21 de diciembre de 2016, estudia, entre otras, la decisión del TS en sus STSS de 9 de mayo de 2013, y 25 de marzo de 2015, en cuanto a la limitación de los efectos de nulidad de las cláusulas suelo, determinando que tal decisión vulnera la normativa europea sobre los efectos de nulidad de las cláusulas abusivas.

Al hilo de la explicación, cabe mencionar que la solución ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁴ es conforme con la decisión del Tribunal Supremo en cuanto a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia material, y, por el contrario, rechaza su decisión sobre la limitación de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo.

La cuestión principal de este pronunciamiento es si la limitación de los efectos de nulidad de una cláusula abusiva se contrapone a lo dispuesto por el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13. Para el análisis de la cuestión, dicho Tribunal entiende que con carácter preliminar es necesario examinar la alegación que hace el Gobierno español y algunas entidades bancarias españolas cuando determinan que la cuestión de los efectos de nulidad de las cláusulas controvertidas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva, pues el pronunciamiento del Tribunal Supremo ofrece mayor protección que la que garantiza el derecho europeo, al extender la transparencia formal exigida por el artículo 4, apartado 2 del mismo texto legal, a la transparencia material a la que hace referencia el Tribunal Supremo. En este sentido, el Tribunal de Justicia declara que “reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”; por ello, entiende el Tribunal que el carácter abusivo de una cláusula relativa a la definición del objeto principal del contrato, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

Así pues, para determinar si la limitación de los efectos de nulidad de las cláusulas suelo contradice lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, cuando dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado por este y un profesional, el Tribunal de Justicia se basa en que, de acuerdo con la normativa europea, un tribunal nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, en el ámbito de aplicación de la citada Directiva, y subsanar así el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, sin que pueda modificar el contenido de las cláusulas, pues se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que se supone que tiene que las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores.⁵⁵

⁵⁴ Obsérvese la obra de S. Callejo Carrión, “A propósito de la cláusula suelo y la historia de un desencuentro: Tribunal de Justicia de la Unión Europea vs. Tribunal Supremo”, *Revista Lex Mercatoria*, 4 (2017).

⁵⁵ Sentencia nº C-154/15 y C-307/15 de Tribunal de Justicia, 21 de diciembre de 2016 (punto 58).

Por ello, concluye el Tribunal aclarando que

resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.⁵⁶

A modo de síntesis, cabe destacar que la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la retroactividad⁵⁷ de los efectos de nulidad de las cláusulas suelo rechaza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto que limitaba los efectos de nulidad al momento de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013; por todo ello, las entidades bancarias tendrán que devolver las cantidades indebidamente pagadas a los consumidores desde el inicio del contrato.

VII. OTRAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Desde hace más de un lustro, el TS viene detectando diferentes cláusulas abusivas insertas en préstamos hipotecarios y otros contratos bancarios, pues la lucha de despachos de abogados contra las entidades bancarias ha supuesto diferentes opiniones de los distintos tribunales, que el TS se ha encargado de asentar.

De ello se ha encargado entre otras, la reciente STS 705/2015, de 23 de diciembre,⁵⁸ que ha declarado abusivas entre ellas, las cláusulas suelo de los contratos enjuiciados, así como aborda entre otros temas la cuantía de los intereses de demora en préstamos hipotecarios, cuestión que aún está pendiente de resolver o las cláusulas de vencimiento anticipado.

Por no extendernos en demasía, nos limitaremos a exponer brevemente algunas de estas cláusulas.

⁵⁶ Sentencia nº C-154/15 y C-307/15 de Tribunal de Justicia, 21 de diciembre de 2016 (punto 61).

⁵⁷ Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, destaca la obra de A. Cañizares Laso, "Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016", *Revista de Derecho Civil*, 4 (octubre - diciembre de 2016): 103-123.

⁵⁸ La STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, ha declarado abusivas diferentes cláusulas incluidas en contratos de préstamos hipotecario, como las cláusulas de vencimiento anticipado de intereses moratorios, cláusula suelo, atribución de gastos de la operación al consumidor y contratación telefónica recogida en la constitución de la garantía hipotecaria. Se estudia, por tanto, el equilibrio y transparencia en la contratación de cada una de ellas, determinándose la no vinculación al consumidor de aquellas prácticas abusivas que causen un perjuicio en el consumidor.

7.1. Cláusula de vencimiento anticipado

La misma consiste en el vencimiento anticipado previsto para el supuesto de incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, por concurrir justa causa.

Por su parte, la citada STS 705/2015, de 23 de diciembre, no niega la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado pues puede ampararse en disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, el art. 1.129 CC que prevé la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado. Sin embargo, el Tribunal determina la abusividad de la cláusula que en estos términos afirmando que

pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (...)Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.⁵⁹

7.2. Cláusula de gastos del préstamo hipotecario

Este tipo de cláusulas consiste en la imposición al consumidor de todos los costes derivados del contrato, como la intervención del notario y registrador o el pago de tributos que corresponden al banco. El Tribunal Supremo reafirma la decisión de la sentencia recurrida en la STS 705/2015, de 23 de diciembre, entendiendo que se ha basado correctamente en la normativa sobre cláusulas abusivas y que la misma supone una vulneración de la normativa en cuanto que se ha establecido que los gastos de registro y notario deberán ser pagados por el solicitante del servicio y/ o por el interesados principal de la documentación e inscripción, que sin duda es el prestamista, pues es quien obtiene así el título ejecutivo, constituyendo la garantía real. Pues aunque la normativa reglamentaria ha permitido una distribución equitativa, la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 determina que “no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)”.⁶⁰

⁵⁹ STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, fundamentos de derecho (quinto).

⁶⁰ STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, fundamentos de derecho (quinto).

7.3. Cláusula de las condiciones específicas del servicio de telefonía

La STS 705/2015, de 23 de diciembre, se basa en los artículos 6 a 9 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, pues omite la remisión por escrito en soporte duradero de estas condiciones generales y no hace mención a su remisión o recepción, que parece que se da por supuesta, al referirse solamente a las condiciones particulares. Así pues, la STS 705/2015, de 23 de diciembre, determina que ello vulneraría los artículos 88.2 y 89.1 del TRLGDCU en relación con el artículo 17 de la Ley 22/2007, “al imponer al consumidor una manifestación de conformidad tácita con la recepción de unas condiciones generales y particulares que podría no haber recibido previamente y entrañar una inversión de la carga de la prueba sobre unos extremos cuya acreditación debería corresponder al banco”.⁶¹

CONCLUSIONES

Es menester realizar una serie de conclusiones que sintetizen el contenido principal expuesto en el presente artículo. Como hemos expuesto, desde el año 2013 donde el Tribunal Supremo Español declaró el carácter abusivo de las denominadas cláusulas suelo, se generó un debate sobre la legalidad de gran cantidad de cláusulas de los contratos hipotecarios, algunas como las del vencimiento anticipado o la del pago exclusivo de la totalidad de los mismos por parte del consumidor hipotecario, declaradas abusivas en el año 2015.

El consumidor hipotecario se encuentra en una clara situación de desigualdad frente a las entidades bancarias, ya que estas no negocian individualmente frente a los mismos, sino que imponen una serie de contratos previamente establecidos, denominados legalmente como contratos de adhesión. El ejemplo más paradigmático de lo anterior acaece con la limitación de la variabilidad de los tipos de interés que imponían las entidades a los clientes, a través de las denominadas cláusulas suelo.

El Tribunal Supremo Español no dudó en declarar en dos ocasiones el carácter abusivo de las citadas cláusulas, pero sí vaciló, en los efectos de dicha declaración, ya que no consideró conveniente obligar a las entidades bancarias a devolver el total abonado por los clientes desde el momento de constitución de los préstamos hipotecarios, sino que limitó los efectos de dicha restitución hasta la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

La anterior consideración generó una grave controversia entre los académicos, como por los prácticos del derecho, ya que como se ha expuesto, el Código Civil español obliga a que una vez declarada una cláusula abusiva en un contrato, se elimine cualquier efecto de la misma en la relación jurídica subyacente. Las citadas controversias han sido resueltas por el

⁶¹ STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, fundamentos de derecho (quinto).

Tribunal de Justicia de la Unión, estableciendo en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 la restitución plena de las cantidades pagadas en demasía por los clientes hipotecarios desde la fecha de constitución de los préstamos hipotecarios.

La pregunta que debemos formularnos los autores del presente artículo en este momento es la siguiente, ¿La economía española se verá tan afectada por dicha obligación de restitución? Parece lógico pensar, como expusimos en el presente trabajo, que la alteración del orden público económico alegado por los detractores de la restitución económica íntegra se hubiera visto afectado de igual o mayor forma, si no se hubiera dado la posibilidad de recuperar a los afectados por las cláusulas suelo abusivas las cantidades económicas pagadas de manera irregular.

REFERENCIAS

- Acedo Penco, Ángel. *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. Segunda edición. Madrid: Dykinson, 2013.
- Avilés García, Javier. “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 648 (1998): 1533-1585.
- Callejo Carrión, S. “A propósito de la cláusula suelo y la historia de un desencuentro: Tribunal de Justicia de la Unión Europea vs. Tribunal Supremo”. *Revista Lex Mercatoria*, 4 (2017): 21-24.
- Cañizares Laso, A. “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”. *Revista de Derecho Civil*, 4 (octubre - diciembre de 2016): 103-123.
- Carrasco Perera, A. “Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 14 (2015): 259-265.
- Díez- Picazo, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch, 1963.
- Espín Gutiérrez, Cristóbal. “La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable. En *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, dirigido por María de la Sierra Flores. Madrid: Dykinson, 2016.
- Hernández Guarch, C. “La sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”. *Revista CESCO de derecho de consumo*, n.º6 (2013): 134-169.
- Jordá Fernández, Antonio. “Itinera Hypothecae: notas sobre los orígenes de la hipoteca y su evolución hasta la codificación”. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 22 (2010): 193-210.

- Lasarte Álvarez, Carlos. *Compendio de derechos reales: derechos reales e hipotecarios*. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Llamas Pombo, E. “La nulidad de las cláusulas suelo”. *Ars Iuris Salmanticensis*, 1 (2013): 11-17.
- Marqués Mosquera, Cristina. “Las cláusulas suelo”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 1 (2014): 251-254.
- Martínez Escribano, Celia. “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 133 (2014): 295-344.
- Monserrat, Pau. A. *La banca culpable: testimonio de un expleado sobre las malas prácticas comerciales y cómo protegerse de ellas*. Madrid: Esfera, 2013.
- Peláez Rodríguez, Esther. “Crisis financiera y crisis económica”. *Cuadernos de Formación*, n.º 12 (2011).
- Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid: Universidad de Madrid, 1982.
- Pertíñez Vilche, F. “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2013): 1-28.
- Quiñonero Cervantes, Enrique. “Las cláusulas abusivas”. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* 3 (2000): 1485-1492.
- Eduardo Tambussi, C. “El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino”. *Lex* 14, n.º 18 (2016): 65-85.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (sentencia 246/2010).
- Sentencia nº 406/2012 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 18 de junio de 2012.
- Sentencia nº C-92/11 de Tribunal de Justicia, 21 de marzo de 2013.
- Sentencia nº 464/2014 de TS, Sala 1ª de lo Civil, 8 de septiembre de 2014.
- Sentencia nº C-143/13 de Tribunal de Justicia, 26 de febrero de 2015.

- Sentencia nº 139/2015 de TS, Sala 1ª de lo Civil, 25 de marzo de 2015.
- Sentencia nº C-154/15 y C-307/15 de Tribunal de Justicia, 21 de diciembre de 2016.
- STJUE 14 de marzo de 2013, asunto nº 415/11, caso Aziz.
- STS 118/2012, de 13 de marzo.
- STS 139/2015, de 25 de marzo de 2015.
- STS 241/2013 de 9 de mayo.
- STSS 488/2010 de 16 de julio.
- STSS 241/2011, de 20 de abril.
- STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015.

Recibido: 29/04/2017
Aprobado: 08/11/2017