



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN

CURSO ACADÉMICO 2015-2016

**LA ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON
CONSUMIDORES.**

ABUSIVENESS IN MORTGAGE CONTRACTS WITH CONSUMERS

AUTOR:

RUBÉN RUIZ PÉREZ

DIRECTOR:

JORGE LUIS TOMILLO URBINA

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria

1- EL PROBLEMA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA ANTE EL CRÉDITO HIPOTECARIO	1
2- LA CONTRATACIÓN BAJO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	6
RÉGIMEN DE LAS CONDICIONES GENERALES. CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE CONTENIDO.....	7
CRITERIOS GENERALES Y PARTICULARES PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA.....	9
CRITERIOS GENERALES	9
CRITERIOS PARTICULARES EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	11
3- CLÁUSULAS SUELO	20
NOCIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO.....	20
LA CLÁUSULA SUELO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO	21
LICITUD Y CONSIDERACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. PLANTEAMIENTOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	22
EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO COMO CONDICIONES GENERALES REFERIDAS AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO. CONTROL SOBRE EL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES	23
EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA	25
INCLUSIÓN E INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA AL CONTRATO. RÉGIMEN LEGAL	25
INSUFICIENCIA DEL CONTROL DE INCLUSIÓN Y NECESIDAD DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES.....	27
CONTROL DE TRANSPARENCIA	27
CONTROL DE CONTENIDO: EL DESEQUILIBRIO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRARIO A LA BUENA FE.....	29
EFECTOS DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO	30
LA POSICIÓN DE LA STS 9 DE MAYO DE 2013 RESPECTO A LA RETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. UNA DE CAL Y OTRA DE ARENA	30
ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN LA STS 9 DE MAYO DE 2013 PARA DEFENDER LA IRRETROACTIVIDAD. VISTA CRÍTICA DE LOS MISMOS.....	31
POSICIÓN CONTRARIA DE LOS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES CON POSTERIORIDAD A LA STS 9 DE MAYO DE 2013	33
VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO ORDUÑA EN LA STS 25 DE MARZO DE 2015.....	34
POSICIÓN DE LA COMISIÓN E INMINENTE PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA	36
4- REACCIÓN DE LAS ENTIDADES BANCARIAS ANTE LA INMINENTE SENTENCIA. LA CLÁUSULA CERO Y LA RDGRN DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015	39

5- EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN ACCIONES COLECTIVAS A ACCIONES INDIVIDUALES POSTERIORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013.....	41
6- TRATAMIENTO DE LAS SUSPENSIONES AUTOMÁTICAS POR PREJUDICIALIDAD CIVIL EN LA STJUE DE 14 DE ABRIL DE 2016	42
7- CONCLUSIONES	44
8- BIBLIOGRAFÍA.....	49
OBRAS CONSULTADAS	49
PÁGINAS WEB CONSULTADAS	50
9- ANEXO JURISPRUDENCIAL	51
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	51
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	51
TRIBUNAL SUPREMO.....	51
AUDIENCIAS PROVINCIALES	52
JUZGADOS DE LO MERCANTIL Y DE PRIMERA INSTANCIA	52

1- EL PROBLEMA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA ANTE EL CRÉDITO HIPOTECARIO

Tras unos años de bonanza económica, se inició en España una intensa recesión que continuó durante 2009, seguida de un leve repunte de la actividad a lo largo de 2010 y principios del 2011. Esta recesión afectó gravemente a un gran sustrato de la población española, la cual se encontraba endeudada por adquirir una vivienda.¹

Durante unos años, la economía española se basó en el suculento negocio de la especulación inmobiliaria. Agraciados por el constante aumento del precio de las viviendas, promotoras, constructoras e inmobiliarias crearon un negocio que dejó pingües beneficios en la que se podría llamar “nueva época dorada” española. Se construyeron todas las viviendas y edificios posibles, las entidades de crédito facilitaron el crédito a los compradores de inmuebles y, en cierta manera, se creó la ficción de que este modelo económico era sostenible a largo plazo.

Pero no todo lo que reluce es oro. Y es que, como nos recuerda la Encuesta Financiera de las Familias de 2011, con la llegada de la recesión se produjo el mantenimiento de unas condiciones crediticias estrictas, el retroceso del empleo y la ralentización de factores demográficos como el crecimiento de la población y la formación de nuevos hogares. Como resultado, hubo una “moderación en el ritmo de crecimiento del parque de viviendas durante el período 2008-2011, que en estos años se incrementó en 680.000 unidades, muy por debajo de los 2,55 millones de casas que se sumaron en los cinco ejercicios precedentes”.

Estadística de la construcción

Estructura de la Industria de la Construcción. Serie 2005-2011

Número de empleos, volumen de negocio y sueldos y salarios por CCAA, periodo e indicador.

Unidades: número de empleos. Resto en miles de euros

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Volumen de negocio						
Total						
255.999.317,24	294.594.026,49	304.644.472,70	340.995.673,43	284.383.678,00	201.118.818,49	156.247.943,40

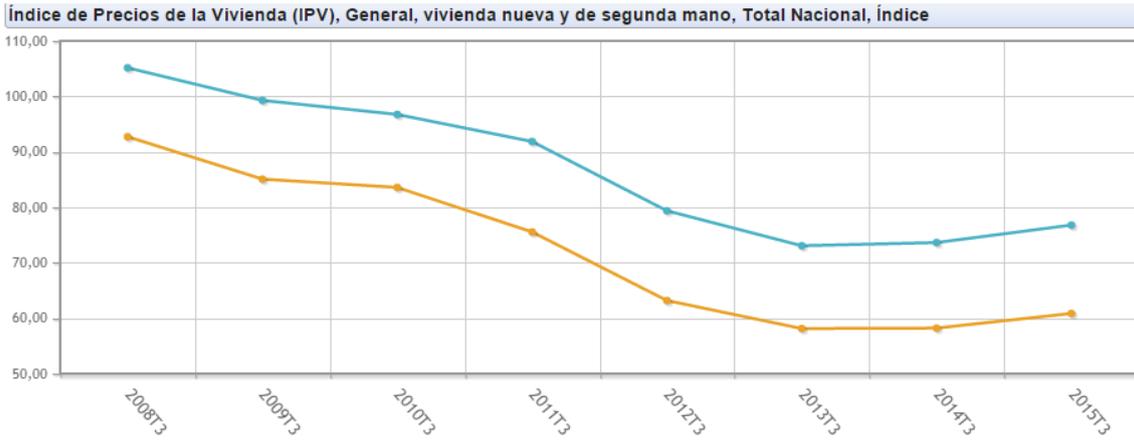
Fuente: Ministerio de Fomento.

2

¹ Según la Encuesta Financiera de las Familias de 2011, disponible en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Ene/Fich/be1401-art2.pdf> Consultado el 5 de marzo de 2016.

“El 26,6 % de los hogares tiene deuda pendiente por la compra de su vivienda principal (el 32 % de los hogares propietarios de esta) (...) Las familias que tienen mayor probabilidad de tener este tipo de deudas son aquellas cuyo cabeza de familia es menor de 35 años (57,1 %); por situación laboral, los empleados por cuenta ajena (43,8 %); y, por número de miembros trabajando, los de dos miembros en esta situación (45,7 %). La cantidad de deuda pendiente por la compra de la vivienda principal es, en mediana, de 70.000 euros para el conjunto de los hogares que tienen este tipo de deuda”. Además, como nos señala el mismo documento, la mayor parte de préstamos se encuentran garantizados con hipotecas.

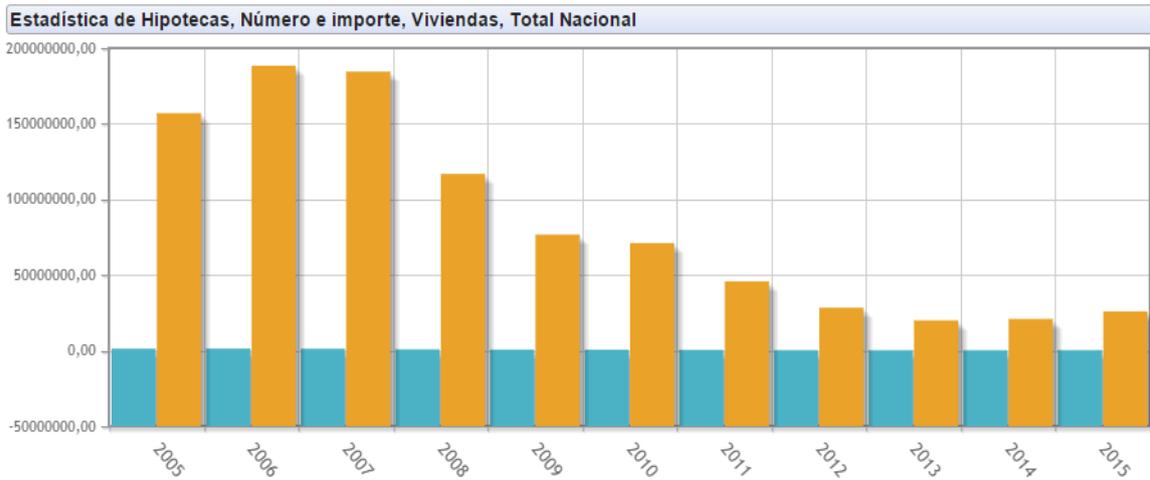
² Estadística extraída de http://www.ine.es/inebmenu/mnu_construc.htm Consultado el 5 de marzo de 2016.



3

Por otra parte, las entidades de crédito vieron en este contexto de crecimiento económico una gran oportunidad para colocar sus productos, tanto crediticios como financieros, a personas de diferentes niveles socioeconómicos⁴.

El acceso al crédito de personas que apenas tenían activos les exigió gravar con una garantía real su único activo de gran valor, la vivienda habitual comprada con el crédito.



5

Como se observa en la estadística, el principal motor económico de España sufrió desde 2008 un retroceso que repercutió de manera directa en el número de empleos. Durante los años anteriores, muchos estudiantes dejaron los estudios para trabajar en el sector de la construcción. Al quedarse sin empleo, la falta de estudios y la configuración de la economía española imposibilitaron la reubicación de estas personas en el mercado laboral.

³ Índice extraído de http://www.ine.es/inebmenu/mnu_construc.htm Consultado el 5 de marzo de 2016.

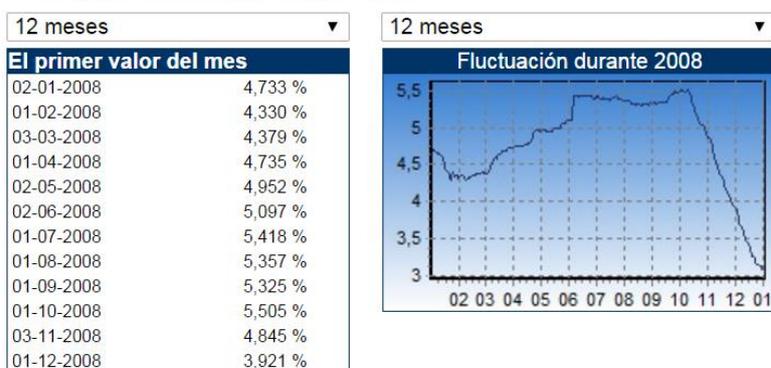
La línea azul se refiere a las viviendas nuevas y la amarilla a las de segunda mano. Se muestra el índice del tercer trimestre de los años 2008 a 2015, a nivel nacional.

⁴ En este sentido se pronuncia la Encuesta Financiera de las Familias de 2011 (págs. 82yss)

⁵ Estadística extraída de http://www.ine.es/inebmenu/mnu_construc.htm Consultado el 5 de marzo de 2016.

Pero no sólo se produjo un aumento en el número de hipotecas y sus cuantías, sino que los intereses –variables- de las hipotecas también llegaron a porcentajes bastantes altos. Y es que, tomando como tipo básico de referencia el EURIBOR⁶ (Euro Interbank Offered Rate), vemos como su porcentaje fue aumentando durante los años previos a la recesión, encontrándose su punto más álgido en el mes de octubre de 2008.

Tablas y gráficos del Euribor para 2008:



7

A partir de esta fecha, los porcentajes fueron disminuyendo, lo que provocó que disminuyeran los intereses a pagar por los prestatarios. Sin embargo, los bancos, prevaliéndose de su situación, hicieron firmar a los prestatarios cláusulas por las que en todo caso se verían obligados a pagar un interés mínimo, con independencia del tipo de interés que se dedujese del EURIBOR. Estas son las llamadas cláusulas suelo.

La precaria situación de los hipotecados tras quedarse sin empleo, agravada en muchos casos por la no reducción de los intereses a partir de cierto punto, provocó un aumento considerable del número de impagos de las cuotas hipotecarias y, finalmente, un incremento de las ejecuciones hipotecarias. De esta forma, según el Instituto Nacional de Estadística (INE)⁸, durante los años 2014 y 2015 se iniciaron e inscribieron en los registros de la propiedad 70.422 y 59.808 ejecuciones hipotecarias sobre viviendas. Por su parte, el “Boletín 35 - Conciliación de datos sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios”⁹ arrojó en

Las barras azules se refieren al número de hipotecas sobre viviendas. Así, el valor más bajo se encuentra en el año 2013, en el cual se constituyeron 199.703. Por el contrario, el año en que más se constituyeron fue en 2006, con 1.342.171 hipotecas. Desde este año, el número fue decreciendo hasta el año 2013. Durante el 2014 y el 2015 ha habido un repunte, con la constitución de 204.302 y 244.827 hipotecas respectivamente. Como se puede observar, el número de gravados por las hipotecas ha sido y es muy grande.

Las barras amarillas se refieren al valor total de las hipotecas, encontrándose el valor más alto en el año 2006, con una suma de 188.339.112 Miles Euros. A partir de este año, el valor total de las hipotecas fue decreciendo, siendo el valor más bajo el del año 2013, de 19.972.573 Miles Euros. En el año 2014 y 2015 ha vuelto a haber un progresivo aumento del valor, siendo de 20.890.540 y 25.934.738 Miles Euros respectivamente.

⁶ No es el único tipo de referencia. Sin embargo, ejemplifico con éste porque es el más conocido.

⁷ Datos extraídos de <http://es.euribor-rates.eu/euribor-2008.asp> Consultado el 5 de marzo de 2016.

⁸ Datos extraídos de <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10739> Consultado el 5 de marzo de 2016.

⁹ Se puede acceder al mismo a través de:

http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Datos_de_la_Justicia/Conciliacion_de_datos_sobre_ejecuciones_hipotecarias_y_desahucios_N_35_junio_2013

Consultado el 5 de marzo de 2016.

2012 un número de 65.778 ejecuciones de hipotecas sobre viviendas constituidas por personas físicas, (de ellas un 74,8% para viviendas habituales) que representan un 71,8% del total de ejecuciones hipotecarias iniciadas. En general, tras la crisis económica se han mantenido estas dramáticas cifras.

Frente a esta situación, la cual suele acabar con el lanzamiento¹⁰, el Estado español no debe olvidarse de que España se constituye en un Estado social¹¹ y democrático de derecho, como propugna el art 1 de la Constitución Española de 1978.

Frente a las decimonónicas constituciones de corte liberal, que configuraron un aparato público propio del Estado mínimo, que debía circunscribirse al desarrollo de una función de garantía del orden socioeconómico de la Sociedad liberal-burguesa, a partir de la Ley de Bonn se incluyó la calificación de social en las constituciones, lo que revela el mandato de actuar dirigido a los órganos del Estado, para que su actividad se oriente hacia la desaparición del antagonismo y la desigualdad socioeconómica, inspirado todo ello en la dignidad humana reconocida en el art. 10.1CE.¹²

Por el contrario, otros autores, como el Profesor Tierno Galván consideran que la calificación social está vacía de significado, pues el hecho de que un Estado sea democrático ya lo contrapone al Estado liberal. Mas autores como Fraga Iribarne entienden que la calificación social procura aumentar la dosis de justicia social, de justicia natural, incorporando en las constituciones unos derechos sociales.¹³

En este sentido, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada se contiene en el art.47 CE, obligando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Contenido en el Capítulo Tercero del Título I del texto constitucional, se trata de un principio rector de la política social y económica que informa la legislación y sólo se podrá alegar ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Pero, como nos recuerda la STC 45/89, no cabe excluir que la relación de estos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador.¹⁴

¹⁰ Como ejemplo, *“según la estimación obtenida a partir de los datos de la Estadística Judicial del CGPJ tenemos 43.858 lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias, por lo que los derivados de hipotecas concedidas a las familias sobre viviendas significarían un 89,3% del total”*. Dato extraído del Boletín 35 de la anterior referencia.

¹¹ La cláusula del Estado social, según Pérez Royo, no puede alterar el principio de constitución económica de la sociedad. Visto en PÉREZ ROYO, Javier, <<Curso de Derecho Constitucional>>, Duodécima edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 150.

¹² VILLACORTA MANCEBO, Luis-Quintín; VILLACORTA CAÑO-VEGA, Antonio, <<Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos fundamentales>>, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 35yss.

¹³ Ambos autores se citan en el libro de SANCHEZ GOYANES, E. <<Constitución Española Comentada>>, Ed. Paraninfo S.A, Madrid, 1994, pág. 50.

¹⁴ PÉREZ ROYO, Javier, <<Curso de Derecho Constitucional>>, Duodécima edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 484.

La falta de políticas efectivas por parte del Gobierno de España obligó al Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía a aprobar el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda¹⁵. El objetivo principal de esta norma es dar una utilidad efectiva a las viviendas deshabitadas, procedentes de lanzamientos por las entidades de crédito, a través de una expropiación del derecho de uso (temporal). En este sentido, tampoco hay que olvidar que el apartado segundo del art. 33 CE delimita el contenido del derecho de propiedad en atención a su función social, y el apartado tercero incluye el interés social como causa de privación de la propiedad.

Sin embargo, se planteó por parte del Gobierno de España un recurso de inconstitucionalidad, el cual se estimó parcialmente en la STC de 14 de mayo de 2015. Como bien sintetiza un artículo del Centro de Estudios de Consumo¹⁶: *“El Tribunal Constitucional declara determinadas disposiciones de la norma inconstitucionales por regular aspectos relativos al derecho de propiedad que están reservados a la ley, pero señala que ello no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda. Se desestima la alegación del Gobierno que cuestionaba que concurriese una situación de extraordinaria y urgente necesidad en base a la cual el gobierno andaluz pudiese legislar. El TC considera que la emergencia social y económica del momento justifica suficientemente la promulgación de ciertas medidas mediante el decreto ley”*.

A nivel estatal, para proteger a los deudores hipotecarios, se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Sin embargo, cabe cuestionarse si las medidas incorporadas han sido y son suficientes para paliar un drama tan grave como es el de los desahucios¹⁷ y, en cierta manera, la marginalidad de una gran parte de la sociedad¹⁸.

Y es que conviene distinguir el sobreendeudamiento activo del pasivo y la importancia del principio de corresponsabilidad¹⁹. En consecuencia, no sólo los deudores hipotecarios,

¹⁵ Según el INE, Andalucía ha sido la Comunidad Autónoma que más ha sufrido el drama de las ejecuciones hipotecarias y lanzamientos de viviendas.

¹⁶ LYCZKOWSKA, Karolina, <<El decreto andaluz de expropiación de los bancos de las viviendas vacías es inconstitucional>>, Centro de Estudios de Consumo, fecha de publicación 27 de mayo de 2015. Enlace del mismo: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/173.pdf>

¹⁷ Hay intereses que se entienden “superiores”, siendo uno de estos el interés del menor. En este sentido, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid (JUR\2013\126340) ha declarado la suspensión de un desahucio hasta la finalización del año escolar.

¹⁸ En este sentido, muchos colectivos han defendido la dación en pago como forma de evitar un estrangulamiento financiero de los consumidores. Como respuesta a esta demanda, el Gobierno de España aprobó 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.

¹⁹ TOMILLO URBINA, Jorge Luis (Director), <<La protección jurídica de los consumidores en el espacio iberoamericano>>, Ed. Comares, Granada, 2014, págs. 9yss.

gente honesta en muchos casos²⁰, deben sufrir las consecuencias de un sistema ambicioso y abusivo que les ofreció la posibilidad de poder tener aquello que es en realidad un derecho basado en la dignidad de la persona. En este sentido, y en relación con la retroactividad de las cláusulas suelo, el voto particular de Orduña Moreno en la STS 25 de marzo de 2015 defiende que el riesgo económico de las entidades de crédito ha desaparecido tras el rescate a la banca en 2012²¹, luego es el momento de que se haga verdadera justicia con la retroactividad ilimitada.

2- LA CONTRATACIÓN BAJO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El tráfico económico en los albores del capitalismo se basó en el principio de la libre autonomía de la voluntad para establecer el clausulado que las partes contratantes desearan. Este principio quedó recogido en los Códigos liberales del Siglo XIX. Sin embargo, con el paso de los siglos y los progresivos avances técnicos, económicos y sociales, el método de la negociación individual entre contratantes ha quedado obsoleto, debido a la gran celeridad que se exige en el tráfico económico y, principalmente, por el fenómeno de la contratación en masa. Ésta ha traído como consecuencia la necesidad de articular mecanismos que garantizaran la celeridad del tráfico y el establecimiento de cláusulas contractuales que permitan la celebración de contratos.

El resultado ha sido el surgimiento de la contratación bajo condiciones generales de la contratación, cuyo régimen legal se encuentra en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Esta regulación legal se desarrolla con su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre.

La LCGC prevé en el artículo 1 apartado 1 el ámbito objetivo de la norma, definiendo las condiciones generales como *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*.

El contenido de este artículo es muy importante por 2 cosas:

- Nos resuelve el problema de la naturaleza jurídica de las condiciones generales. Y es que dentro de la doctrina se discutían principalmente dos concepciones: la concepción normativa, que estimaba que las condiciones generales constituyen una verdadera fuente de Derecho objetivo, y la concepción contractual, que

²⁰ Este colectivo es el que ha sufrido el sobreendeudamiento pasivo, provocado por circunstancias sobrevenidas de naturaleza imprevisible o inevitable y que dista bastante del sobreendeudamiento activo, caracterizado por la asunción excesiva de pasivo de forma voluntaria por parte del sujeto.

²¹ Más información al respecto en <http://www.rtve.es/noticias/20130609/cronologia-del-rescate-bancario/674060.shtml>

entendía las condiciones generales como generadoras de obligaciones entre las partes pero en ningún caso como fuentes del Derecho objetivo.

Si bien ya la doctrina y la jurisprudencia apoyaban la concepción normativista, la Ley nos confirma la misma al considerar las condiciones generales como cláusulas contractuales predispuestas por uno de los contratantes²².

- Nos enuncia los 3 elementos definitorios de las condiciones generales: predisposición, imposición y uniformidad. Además, según nos confirma el apartado 2 del mismo artículo, la existencia de ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas hayan sido pactadas individualmente no excluyen la aplicación de la LCGC.

Respecto al ámbito subjetivo, el artículo 2 señala que *“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”*. En consecuencia, se podrá aplicar esta Ley a los contratos con condiciones generales celebrados entre un profesional²³ y otro profesional o, incluso, entre el primero y un consumidor.

En consecuencia, y a lo que nosotros nos interesa, esta Ley se aplica también a los contratos con condiciones generales celebrados entre un profesional y un consumidor.

RÉGIMEN DE LAS CONDICIONES GENERALES. CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE CONTENIDO

Centrándonos en el objeto principal de este trabajo²⁴, hay que señalar que la LCGC contiene un régimen de control de inclusión y un control sobre el contenido de las cláusulas –configuradas como condiciones generales- en los artículos 7 y ss.

Respecto a la inclusión, hay que partir del artículo 5, que establece los requisitos de incorporación. Así, nos señala el artículo 7 que no se entenderán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adquirente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o, cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos del artículo 5²⁵.

Otro supuesto de no incorporación se dará, ex artículo 7, cuando *“sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido*

²² SÁNCHEZ CALERO, Fernando, <<Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen II>>, 36ª edición (9ª en Aranzadi), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 200.

²³ Que según el apartado 2 del artículo 2 LCGC: *“se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada”*.

²⁴ Para un análisis más profundo de otros aspectos de las condiciones generales de la contratación me remito a la normativa aplicable y a las obras jurídicas que desarrollan la materia.

²⁵ Nos dice su apartado 3 que *“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”*. Sensus contrario se entiende que cuando deba formalizarse por escrito sí será necesaria la firma.

expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica²⁶ que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Si no se supera este régimen de inclusión, entonces la cláusula que funciona como condición general no se entenderá incluida. Sin embargo, aun superando este primer filtro, la Ley prevé un posterior control sobre el contenido, en el artículo 8 LCGC. Este artículo nos dice:

“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

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

Lo que parece extraerse del primer apartado es que no todos los supuestos de contravención a la ley (imperativa o prohibitiva) conllevan la nulidad de pleno derecho, pues se excluye el supuesto en caso de condiciones generales beneficiosas para el adherente y en el caso de que se vulneren normas prohibitivas que tengan una sanción de otra clase (como por ejemplo una mera sanción administrativa)²⁷.

El segundo apartado lo que hace es remitirse al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre²⁸, aunque literalmente se refiera a la pretérita Ley de 1984, ya refundida en el texto de 2007.

Esta remisión es importante, pues desarrolla un régimen especial –para consumidores²⁹- sobre condiciones generales y cláusulas abusivas en los artículos 80yss LGDCU³⁰.

²⁶ El contenido de este artículo es muy importante, pues, en definitiva, ha supuesto una merma de los derechos de los consumidores y usuarios. La remisión a la normativa –sectorial- específica supone una reducción de las garantías generales previstas en la LCGC y en el TRLGDCU.

²⁷ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, Fernando, <<Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen II>>, 36ª edición (9ª en Aranzadi), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 202.

²⁸ En adelante: TRLGDCU.

²⁹ A pesar del concepto restrictivo que hay actualmente de consumidor y usuario (basado en el propósito ajeno –de los bienes y servicios- a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, ex art. 3 TRLGDCU) actualmente esto es objeto de revisión doctrinal y legislativa, siendo buen ejemplo el futuro Reglamento sobre Derecho europeo de la compraventa, que aplica su ámbito de aplicación al contratante PYME, de suerte que se incluye los contratos B2PYME a B2C. En este sentido, ALCALÁ DIAZ, María Ángeles (Directora), <<Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario>>, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2014, pág. 192.

³⁰ Su lectura es imprescindible para un básico conocimiento en esta materia.

CRITERIOS GENERALES Y PARTICULARES PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA

A la hora de determinar la abusividad de una cláusula, hay que basarse en unos criterios, los cuales fijan en qué casos se entiende que hay abusividad y cuándo no. Las normas y la jurisprudencia esbozan tanto criterios generales como criterios particulares para cada tipo de cláusula. En consecuencia, procede realizar un desarrollo de los distintos criterios, empezando por los generales para, a continuación, y analizando las distintas cláusulas que suelen incluirse en los contratos de préstamo hipotecario con entidades de crédito, desarrollar los criterios particulares.

CRITERIOS GENERALES

Estos criterios son relevantes respecto a todas las potenciales cláusulas abusivas. Podemos encontrarnos con criterios generales tanto en fuentes jurisprudenciales y normativas internas, como supranacionales.

A) Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (2007) y Ley General de Condiciones Generales de la Contratación (1997).

La legislación española distingue entre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (régimen previsto en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios –TRLGDCU-) y las condiciones generales de la contratación (cuyo régimen general se encuentra en la Ley General de Condiciones de la Contratación –LCGC-). Este desdoblamiento tiene como causa la voluntad del legislador para no aplicar la normativa de consumo a los empresarios, profesionales y sociedades que actúan en el marco de su propia actividad, política legislativa que algunos sectores de la doctrina entienden carente del debido fundamento cuando se trata de pequeños profesionales o sociedades que, al contratar con las grandes empresas, se ven en la misma situación que los consumidores³¹.

La LCGC prevé en su artículo 5.5 los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, mientras que su artículo 7 se refiere a la oportunidad real de conocimiento completo, legibilidad, ambigüedad, oscuridad y comprensibilidad.

Actúan todas estas características como criterios para la incorporación o no de la cláusula al contrato de adhesión, sea el adherente consumidor o no. Pero el artículo 80.1, apartados a) y b) de la TRLGDCU contiene unos requisitos adicionales proyectados al ámbito de consumo:

- Concreción
- Claridad y sencillez en la redacción
- Con posibilidad de comprensión directa
- Accesibilidad y legibilidad

³¹ En este sentido, FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 102.

- Con posibilidad de conocimiento previo.

Además, en la TRLGDCU se prevé una regulación específica en materia de cláusulas abusivas (artículos 82ys), definiéndolas en el apartado 1 del artículo 82 como: *“aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*. En su apartado 4 se prevé una enumeración más detallada de cláusulas abusivas de las que, según IGNASI FERNÁNDEZ, son susceptibles de generalización:

- La cláusula que determine la vinculación del contrato a voluntad del empresario.
- La cláusula que implique una limitación de derechos del consumidor.
- La cláusula que suponga falta de reciprocidad.

B) Directiva 93/13/CEE

El desarrollo de los criterios generales viene determinado en los artículos 3 a 5, siendo:

- La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato.
- Todas las circunstancias que concurren en su celebración.
- Todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.
- Las exigencias de la buena fe.
- Su claridad y comprensibilidad.
- Su conjunción con el principio de interpretación más favorable para el consumidor en caso de duda.
- El parámetro del desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Por lo demás, el artículo 3.3 se remite a un anexo que incluye una lista indicativa y no exhaustiva, tratándose básicamente de criterios más bien particulares, si bien de algunos pueden extraerse parámetros susceptibles de generalización³²:

- Las cláusulas no pueden limitar los derechos legales de los consumidores en caso de incumplimiento por el profesional.
- No pueden imponer una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento.
- Tampoco pueden fijar las condiciones en que pueda el profesional rescindir discrecionalmente del contrato o modificarlo unilateralmente.
- No puede haber cláusulas que obliguen al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido las suyas.

³² FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 102.

C) CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA³³

Según la STJUE de 14 de marzo de 2013, puesto que la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, *“habrá que hacer abstracción de la cláusula y, suponiendo su inexistencia, determinar cuál sería el régimen legal supletorio aplicable, para, una vez fijado éste, compararlo con el régimen derivado de la cláusula y poder, de este modo, constatar si, en efecto, ésta genera un desequilibrio en perjuicio del consumidor y contrario a las exigencias de la buena fe”*.

Respecto a si se han respetado las exigencias de la buena fe, la misma sentencia señala que el juez nacional debe comprobar *“si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”*. De igual manera, se atenderá a los medios de los que dispone el consumidor *“con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”*.

CRITERIOS PARTICULARES EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Estos criterios son distintos para cada tipo de cláusula, debido principalmente a su distinta configuración y características.

A) INTERESES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS INTERESES MORATORIOS

El contrato de préstamo es un contrato gratuito in natura, es decir, la ley no presume la existencia de intereses que puedan remunerar al prestamista, sino que estos tendrán que fijarse de manera expresa y, en el ámbito mercantil, además, por escrito (art. 314Ccm y 1755CC).

En los contratos de préstamo se pueden definir los intereses como *“el precio o contraprestación a favor del prestamista por el aplazamiento del prestatario en la realización por éste de la prestación que constituye el objeto de su obligación de restitución”³⁴*.

Las notas propias y definitorias de los intereses son la accesoriedad, la proporcionalidad y la valorabilidad de su objeto. Además, pueden concurrir otras características no esenciales/necesarias, como la fracción del capital, periodicidad, pecuniariedad y homogeneidad³⁵.

³³ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 103.

³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 63.

³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2014, pág. 63.

Se pueden hacer distintas clasificaciones³⁶ de intereses. Sin embargo, las 2 grandes clasificaciones que se pueden hacer de los intereses son las que vienen marcadas por su función (intereses moratorios e intereses remuneratorios) y por la variabilidad del tipo de interés (intereses fijos e intereses variables).

Respecto al criterio de la función³⁷, se entiende por:

- Intereses remuneratorios→ Son aquellos que el prestatario debe al prestamista por la ventaja o utilidad (presunta) que el primero recibe por el uso del capital del segundo. Viene a ser un interés por la mera disponibilidad del capital concedida al deudor.
- Intereses moratorios→ Son aquellos que se deben como resarcimiento del daño que se presume legalmente que sufre el acreedor como consecuencia del retraso culpable de aquel en realizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria.

Se diferencian de los anteriores por la doble función³⁸ que cumplen:

1. Indemnizar el daño ocasionado al acreedor por incumplir las obligaciones que le incumben al deudor.
2. Imponer al deudor una pena disuasiva del incumplimiento. Este efecto disuasorio se pone de manifiesto con la diferencia de tipos aplicables entre los intereses moratorios y los remuneratorios.

Respecto a la variabilidad del tipo de interés, distinguimos entre:

- Intereses variables→ Son aquellos que toman como base un tipo o índice de referencia variable (EURIBOR, etc), al cual se añade un margen o diferencial fijo, de uno o varios puntos o fracciones de punto por encima de aquel índice³⁹.
- Intereses fijos→ Son aquellos que mantienen las mismas cuotas de interés durante toda la vida del préstamo. Suponen una invariabilidad de los intereses.

Respecto a los intereses –variables- ordinarios, conforme a la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 44/2002, el art. 1256CC, los arts. 10 y 85.3 TRLGDCU y la RDGRN de 8 de febrero de 2001 (RJ 2002, 2149), no se admite⁴⁰ el pacto de intereses ordinarios⁴¹:

³⁶ Así, se puede distinguir también entre intereses de consumo y de producción, intereses anticipados y pospagables, intereses brutos e intereses netos...

³⁷ Definiciones obtenidas de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 65.

³⁸ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 132.

³⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 66.

⁴⁰ Los Registradores pueden negar la inscripción de estas cláusulas, pero no pueden declarar –en sí como abusivas las cuantías de los intereses. En este sentido se pronuncia la STS de 18 de junio de 2012.

⁴¹ ALCALÁ DIAZ, María Ángeles (Directora), <<Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario>>, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2014, pág. 217.

- Que redondeen el interés por encima del octavo punto.
- Que fijen la variación del tipo de interés sólo al alza.
- Que señalen un tipo de referencia no objetivo

Centrándonos en los intereses moratorios, el art. 85.6 TRLGDCU es claro al señalar como abusivas *“las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”*. Por tanto, el carácter abusivo dependerá de si la indemnización es desproporcionadamente alta.

Sin embargo, este criterio es bastante impreciso. Luego la consideración de abusividad requerirá de valoración judicial en el caso concreto, atendiendo a lo dispuesto en el art. 82.1 TRLGDCU y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de celebrarse el contrato, las demás cláusulas del contrato y de otro del que éste dependa (art. 82.3 TRLGDCU).

Como indica SERRA RODRIGUEZ, *“en la tarea de valorar el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios el juez deberá contrastar la cláusula en concreto que se está analizando con el Derecho que sería aplicable sin la condición o cláusula predispuesta, sometiendo el resultado al filtro de la cláusula general de la buena fe y el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes”*.⁴²

En España se reformó la Ley Hipotecaria en el año 2013. En concreto, la Ley 1/2013, de 14 de mayo reformó su art. 114, fijando un tipo de demora máximo en préstamos o créditos concedidos para adquisición de vivienda habitual de tres veces el tipo legal de interés.

Los criterios⁴³ que se deben tener en cuenta para la determinación del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios son:

- La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato.
La vivienda habitual constituye un bien de especial protección, al amparo de los arts. 9.2, 47 y 51 de la Constitución Española. Así, con la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, el art. 21.3LH señala que *“en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque”*. Además, la habitualidad viene determinada en función del bien hipotecado, no del titular del mismo. No sucede ya en el caso del art. 114LH, donde se exige que la hipoteca se haya constituido para la adquisición de una vivienda habitual y la hipoteca recaiga sobre la indicada vivienda habitual.

⁴² Párrafo extraído de FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 133.

⁴³ Criterios extraídos de FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, págs. 134 y ss. Sobre estos criterios se realiza en la obra una gran exposición con mención a bibliografía diversa, resoluciones y normas nacionales y europeas. Me remito a la misma, exponiendo el presente trabajo las referencias más sustantivas que se reflejan en dicha obra.

- La capacidad de influir por parte del consumidor en la redacción de la cláusula contractual.

Dispone el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*.

Sobre el control que se debe realizar sobre las cláusulas en contratos de adhesión me refiero específicamente en un apartado posterior, relativo a las cláusulas suelo.

- Todas las circunstancias que concurran previa y durante la celebración del contrato en que se inserta la cláusula abusiva.
- Buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- Medios de los que dispone el consumidor con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

A) EXTENSIÓN LEGAL DE LOS INTERESES

Cabe señalar que el principio de especialidad exige la fijación de un límite a la responsabilidad hipotecaria, determinando qué intereses quedan garantizados con la hipoteca. En este sentido, y atendiendo a la actual configuración legal, podemos distinguir⁴⁴:

1. Extensión legal de los intereses:
 - Si hay perjuicio de tercero, la hipoteca se extiende a los intereses de los dos últimos años y a la parte vencida de la anualidad corriente (arts. 114 y 116 LH).
 - Si no hay perjuicio de tercero, la hipoteca asegura todos los intereses vencidos y no satisfechos, ni prescritos (arts. 114 LH a contrario, y 146LH y 1966CC).
2. Extensión convencional de los intereses: La hipoteca garantiza todos los intereses pactados por las partes, incluso en perjuicio de tercero, si bien no se podrá pactar que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.
3. El acreedor puede solicitar la ampliación de la hipoteca a los intereses devengados no cubiertos por la hipoteca, en los términos del art. 115LH.

B) CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El art. 1255CC señala que *“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”*. Con esta dicción viene a establecer la libertad de pactos, si bien respetando los límites de la ley, la moral y el orden público. Dentro de esta genérica

⁴⁴ Párrafo y distinciones extraídas de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 730.

libertad de pactos, en la práctica se pactan las llamadas cláusulas de vencimiento anticipado.

Estas cláusulas son bastante habituales⁴⁵ y son aquellas *“a través de las cuales el acreedor se asegura una especie de acción resolutoria ante el incumplimiento por el deudor de alguna de las obligaciones asumidas en un contrato que no admitiría normalmente esta clase de remedio dado su carácter unilateral”*⁴⁶. Esta cláusula se considera como un derecho del acreedor.

Respecto a su validez, lo cierto es que en un primer momento el Tribunal Supremo se mostró reacio a la admisión de estas cláusulas, por entender la existencia de una vulneración sobre las obligaciones a plazo (arts. 1125 a 1227CC), que sólo podían quedar excepcionadas en los supuestos del art. 1129CC⁴⁷. Sin embargo, como pone de manifiesto N. MORALEJO IMBERNÓN⁴⁸, el legislador ha establecido su licitud en numerosas normas, bien como facultad reconocida expresamente al acreedor (arts. 1129 Código Civil, 6 Ley de Hipoteca Mobiliaria, 693.1 Ley de Enjuiciamiento Civil...), bien como cláusula posible en un contrato de crédito (Anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, art. 68 Ley 22/200, Concursal...).

Sin embargo, en el marco de los contratos de adhesión y, en concreto, en los celebrados con consumidores y usuarios, deberán observarse las normas de protección de las partes débiles del contrato, es decir, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Así, en el marco de la contratación con consumidores, podría entenderse abusiva la cláusula que autorice al empresario *“a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable”* (art. 85.4 TRLGDCU).

Por lo tanto, se entiende que el vencimiento anticipado ha de establecerse en términos de reciprocidad, obedeciendo a una causa de cierta entidad y ajena totalmente a la discrecionalidad acreedora⁴⁹. En términos parecidos se ha pronunciado el Tribunal Supremo, donde en Sentencia de 16 de diciembre de 2009 [RJ 2009,702] sólo admite la validez de estas cláusulas cuando concurra justa causa, consistente en la verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial.

⁴⁵ A pesar de su habitualidad, lo cierto es que hay sectores que opinan que carecen en la práctica de utilidad, ya que la hipoteca suele ejecutarse normal y exclusivamente por falta de pago de lo adeudado. En este sentido, CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael <<Las cláusulas de la hipoteca>>, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2006, pág. 53.

⁴⁶ Definición extraída de MORALEJO IMBERNÓN, Nieves <<El contrato de hipoteca inmobiliaria>>, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 161.

⁴⁷ Entre otras, las SSTS 4 de junio de 2008 [RJ 2008, 3196], 12 de diciembre de 2009 [RJ 2009, 152].

⁴⁸ En MORALEJO IMBERNÓN, Nieves <<El contrato de hipoteca inmobiliaria>>, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 162.

⁴⁹ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves <<El contrato de hipoteca inmobiliaria>>, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 163.

B)' PARÁMETROS DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El TJUE en su Sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, apartado 73, se ha pronunciado sobre los parámetros de enjuiciamiento de la abusividad respecto del pacto de vencimiento anticipado de préstamos concertados con consumidores. En este sentido, el TJUE señala los siguientes parámetros:

- Se debe incumplir una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate.
- La facultad debe estar prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.
- Si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia.
- Si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Entre otras, pueden existir las siguientes causas de vencimiento:

A) Impago de uno o más plazos del préstamo

La postura inicial del Tribunal Supremo fue contraria a su existencia. Así, por ejemplo, en la STS 27 de marzo de 1999 se sostuvo que la regla general de los arts. 1125 a 1127CC sobre las obligaciones a plazo sólo podía quedar excepcionada en los casos del art. 1129CC. Sin embargo, los argumentos de esta sentencia no fueron suficientes para desvirtuar el hecho de que el art. 1127CC es una norma meramente dispositiva.⁵⁰

Actualmente hay dos sectores doctrinales: uno que defiende la aplicación del art. 1124CC y otro que no⁵¹. En todo caso, ambas líneas doctrinales coinciden en el carácter esencial de la obligación de devolución del capital y pago del precio en el contrato de préstamo.⁵²

Respecto a cuándo se entienden suficientes los impagos como para accionar la cláusula, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha entendido en ocasiones como suficiente el impago de una sola cuota (SSTS 12 de diciembre de 2008 [RJ 2009, 152] y 16 de diciembre de 2009

⁵⁰ En MORALEJO IMBERNÓN, Nieves <<El contrato de hipoteca inmobiliaria>>, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 176 y 177.

⁵¹ Sobre esta cuestión se explayan en FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, págs. 110yss.

⁵² FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 111.

[RJ 2010, 702]. Sin embargo, algunos autores⁵³ entienden que no basta un solo impago, sino lo que el Tribunal Supremo llama “*incumplimiento resolutorio*”⁵⁴.

En relación con lo último señalado, y en línea de esta opinión, la actual redacción del art. 693.2 LEC señala: “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo*”.⁵⁵

Sin embargo, cabe dudar de la idoneidad de este plazo de 3 meses. Más aún en el caso de préstamos celebrados con consumidores y usuarios y sobre todo en aquellos préstamos con una duración que superan el lustro o década.

B) Disminución de las garantías

Este es un supuesto previsto expresamente en el art. 1129.3ºCC. Por tanto, parece que una cláusula de vencimiento anticipado en estos términos no es legal. Sin embargo, el mismo artículo prevé una excepción, al señalar “*a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras*”.

Por este motivo, hay algún sector que opina que la cláusula de vencimiento anticipado por disminución de las garantías –y en concreto, por aparición de cargas preferentes a la hipoteca- podría tener lugar con base en la previsión legal del art. 1129.3ºCC, sin necesidad de hacerla constar expresamente en el contrato. Sin embargo, lo cierto es que su inclusión expresa hace que los términos sean más claros, permitiendo asociar el efecto de la cláusula no sólo a la aparición de cargas preferentes anteriores a la hipoteca, pues el art. 1129.3ºCC se refiere de manera exclusiva a los actos que tienen lugar después de la constitución.⁵⁶

También relacionado con esta causa de disminución de las garantías, se ha analizado la existencia de cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de la obligación de concertar determinados seguros.

⁵³ En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 738.

⁵⁴ En este sentido, la STS 792/2009, de 16 de diciembre de 2009 exige que concurra “justa causa – verdadera dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo”.

⁵⁵ El plazo de más de 3 meses de impagos también se fijó en la Circular 4/2004 del Banco de España, como de riesgo dudoso por razón de la morosidad del cliente.

⁵⁶ La idea de este párrafo está extraída de MORALEJO IMBERNÓN, Nieves <<El contrato de hipoteca inmobiliaria>>, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 185.

Sobre el incumplimiento de la obligación de concertar determinados seguros, N. MORALEJO IMBERNÓN⁵⁷ entiende que en el ámbito de los consumidores y usuarios “podría constituir una vulneración del art. 88.1 y 4 TRLGDCU, o del principio general de buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Así, una estipulación por la que el profesional (entidad crediticia) obligara al consumidor a concertar un seguro con una compañía aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial incurriría sin duda en la prohibición de imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 88.4 TRLGDCU). Si el seguro debiera ser concertado con otra compañía aseguradora, y fuera de amortización del crédito, habrá que examinar si, como prescribe el legislador en el art. 88.1 antes mencionado, esta garantía adicional implicaría una situación de sobregarantía que entrañase una desproporción entre los medios de aseguramiento y el riesgo asumido”.

Sobre la disminución de las garantías, el Tribunal Supremo, en su sentencia 792/2009, de 16 de diciembre de 2009 determinó nulas las causas -de vencimiento anticipado- de no inscripción de la hipoteca por cualquier motivo y la causa de arrendamiento de la finca garante⁵⁸.

Respecto a los arrendamientos, lo cierto es que hay que señalar que el art. 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su redacción anterior a la operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, garantizaba el derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda arrendada los cinco primeros años del contrato, incluso en caso de enajenación forzosa derivada de ejecución hipotecaria. De ahí que se considerase lícita la inclusión de una cláusula de vencimiento anticipado en caso de arrendamiento que pueda considerarse gravoso o dañoso, bien por pactarse una renta baja o por anticipo de rentas⁵⁹. En este sentido, el art. 219.2º del Reglamento Hipotecario presume el fraude, salvo prueba en contrario, “*si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada*”.

En todo caso, el actual art. 13 Ley de Arrendamientos Urbanos declara la extinción del arrendamiento por, entre otras causas, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, salvo “que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada”.

C) Enajenación de la finca hipotecada

En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 2009 nos dice que “no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor - prestatario-. Solo es

⁵⁷ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves <<El contrato de hipoteca inmobiliaria>>, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 186 y 187.

⁵⁸ Salvo cuando se trate de un arrendamiento gravoso o en fraude.

⁵⁹ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 116.

responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca. Y por otra parte, el deudor prestatario no puede liberarse de la deuda mediante su transmisión a un tercero -que la asume sin el consentimiento del prestamista acreedor”.

Y es que esta cláusula “*debe considerarse abusiva por ser desproporcionada respecto del riesgo asumido (art. 88.1 TRLGDCU) o suponer un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, ya que la hipoteca grava la finca con independencia de su transmisión o enajenación a tercero*”⁶⁰.

EL AUTO DEL TJUE DE 17 DE MARZO DE 2016 SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA ABUSIVIDAD EN INTERESES DE DEMORA Y CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó el pasado 17 de marzo un auto en que contestaba a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas (Madrid). En concreto, “*el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a disposiciones nacionales con arreglo a las cuales la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario relativas, por una parte, al tipo de intereses de demora y, por otra parte, al vencimiento anticipado del contrato en cuestión, depende exclusivamente, respecto de la primera, de la cuantía de dicho tipo y, respecto de la segunda, del número de mensualidades que se encuentren en mora de pago*”. (Apartado 24)

El Tribunal, haciendo referencia a los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13, señala que “*corresponde al juez nacional comprobar si cláusulas como las que constituyen el objeto del litigio principal provocan efectivamente tal desequilibrio en detrimento del consumidor*” (Apartado 30), criterio por el cual se considerará abusiva una cláusula. Para considerar esto “*tomando en consideración, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración*” (Apartado 31).

Por lo tanto, los criterios de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado y de interés de demora no quedan limitados a los criterios definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y en el art. 693 de la LEC, siendo necesario realizar un control en los términos explicados en este trabajo, en el apartado de las cláusulas suelo.

De igual manera, y a efecto de recordatorio^{61 62}, se señala en la resolución que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que “*los jueces nacionales están*

⁶⁰ Párrafo extraído de FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 117.

⁶¹ El Tribunal ya se ha referido a este aspecto en numerosas ocasiones. El auto enumera una serie de resoluciones: sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41.

⁶² A estos efectos, la actual redacción del art. 83 TRLGDCU dice que “el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Por el contrario, la redacción original señalaba que “la parte del contrato afectada por

obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor” (Apartado 37), si bien “también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”. (Apartado 38)

3- CLÁUSULAS SUELO

NOCIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Si hay una cláusula que ha tenido repercusión social y mediática en los últimos años, rellenando titulares periodísticos con frecuencia, esa es la llamada “cláusula suelo”.

La cláusula suelo o de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés nominal es aquella que supone la determinación de un límite en la bajada del tipo de interés referenciado en los préstamos con interés variable, suponiendo la desactivación parcial o eventual de la variabilidad pactada, de manera que por debajo del citado límite el prestatario no se verá beneficiado de la bajada del tipo de interés⁶³. Genera, en definitiva, que el préstamo opere como de interés fijo a pesar de las variaciones que, en el margen de la cláusula suelo, pueda experimentar efectivamente el índice⁶⁴.

como referencia tipos oficiales, no es precisa la notificación individualizada a la parte prestataria de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable. -----
c.5) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al 3,50%, ni superar al 10,00%. -----
c.6) Se pacta expresamente que para determinar el tipo de interés, incluso a efectos judiciales, bastará aportar copia de la cotización que figure reflejada en el B.O.E., o publicación oficial que lo sustituya. -----⁶⁵

la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”.

⁶³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos : civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2014, pág. 741.

⁶⁴ Idea extraída de FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 157.

⁶⁵ Ejemplo de cláusula suelo, extraído de la página web: <http://www.elconfidencial.com/archivos/ec/2013052223suelodosint.jpg> Consultado el 16 de abril de 2016.

LA CLÁUSULA SUELO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO

A la hora de determinar si la cláusula suelo forma parte o no del contenido esencial del contrato, los tribunales han tenido pronunciamientos dispares. Así, siguiendo la línea que condujo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, vemos cómo en primera instancia no se consideró elemento esencial del contrato, mientras que en segunda instancia y en el Tribunal Supremo sí se consideró así.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla (ST 246/2010 de 30 de septiembre) entendió que no recaen sobre un elemento esencial pues en sí mismas no son cláusulas de interés, sino pactos añadidos y accesorios que suponen una limitación a las cláusulas de intereses, sirviendo simplemente de limitación o control de la fluctuación de unos intereses que se han concebido como variables. Fueron consideradas, por tanto, como *“una cláusula accesoria y limitadora de otra cláusula que tiene por objeto la determinación del tipo de interés aplicable al préstamo, que sí es un elemento esencial”*⁶⁶.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Sevilla secc. 5ª (ST de 7 de octubre de 2011) considera que es un elemento esencial del contrato pues viene a formar parte del precio, al ser un elemento a tener en cuenta para determinar, en cada momento, qué intereses se pueden exigir en contratos de préstamo con tipo de interés variable.

Un año antes, el Banco de España, en un Informe de 7 de mayo de 2010⁶⁷, considera que *“la obligación esencial que nace a cargo de todo prestatario consiste en la restitución del capital prestado, junto con el pago de los intereses fijados en el contrato”*. Por tanto, *“el tipo de interés de liquidación del préstamo se integra así en la estipulación contractual más importante para el prestatario, la principal de las prestaciones”*. Consecuentemente, los intereses pactados son el precio del dinero e integran el contenido esencial del contrato.

En consonancia con el informe anteriormente citado, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 señaló finalmente que las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato. La doctrina echa en falta, sin embargo, que el Tribunal Supremo no se refiriese a cuándo una cláusula forma parte del contenido esencial, a pesar de esbozar en la sentencia diferentes posturas doctrinales⁶⁸.

⁶⁶ <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 17.

⁶⁷ Publicado en el BOCG, de Senado, serie I, núm. 457, de 7 de mayo de 2010, págs. 12yss, consultado el 16 de abril en: <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/10457.PDF>

⁶⁸ En este sentido, <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 18.

LICITUD Y CONSIDERACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. PLANTEAMIENTOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Audiencia Provincial de Sevilla, en la sentencia anteriormente citada, sostuvo que no es posible que las cláusulas que formen parte del contenido esencial del contrato se configuren como condiciones generales de la contratación. Su argumento para llegar a tal conclusión es que al formar parte del contenido esencial del contrato deben ser necesariamente conocidas y libre y voluntariamente aceptadas por el consumidor.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se pronunció de manera contraria a la sentencia de la Audiencia Provincial, afirmando que *“en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal (...) no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato”*.

La sentencia de la Audiencia Provincial parece olvidar la razón de ser de las condiciones generales de la contratación, sobre la cual ya me he referido en páginas anteriores y a las cuales me remito. Simplemente recordar que la libertad de contratación se ha sustituido – en el marco de la contratación en masa- por la libertad para contratar, siendo libre el consumidor de decidir si acepta o no –y por tanto, si contrata o no- ese contenido contractual uniforme, prefijado e impuesto por el empresario o profesional y que el consumidor ha de conocer⁶⁹.

Consecuencia de la consideración de la cláusula suelo como condición general es que ésta se encuentra sometida a los controles que vienen fijados en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Respecto a su licitud, la sentencia del Tribunal Supremo considera que la cláusula suelo es en sí lícita⁷⁰, afirmación que se refuerza –en esta y en otras sentencias del Tribunal Supremo- no sólo en base a la libre autonomía de la voluntad sino también en base a la existencia de una normativa sectorial que admite su existencia⁷¹ y a su utilidad como

⁶⁹ Sobre la distinción entre imposición del contenido e imposición del contrato se refiere Cláusulas suelo: <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 19.

⁷⁰ Esta licitud es más que discutible en los contratos con consumidores, en vista del artículo 86 Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en especial el apartado 4, referido a la restricción de facultades de compensación de créditos, pues el límite a la variabilidad impide la existencia de intereses negativos.

⁷¹ Esta normativa se encuentra integrada por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la Ley 2/2009 de contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares o la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.

“mecanismo para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato”⁷².

Sin embargo⁷³, lo cierto es que numerosas sentencias de Juzgados de lo Mercantil y de Audiencias Provinciales han declarado expresamente el carácter abusivo de las cláusulas suelo, con base en la contravención a la buena fe, en la falta de reciprocidad o por ser desproporcionadas, cuando:

- No se ha pactado una cláusula techo
- Se ha incluido la horquilla suelo-techo asimétrica o desequilibrada en favor del límite techo.

Confirmada su licitud, uno de los argumentos que se esgrimieron para defender la imposibilidad de someter las cláusulas suelo a las exigencias de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación fue la existencia de la regulación sectorial, pues el artículo 4.2 Ley Condiciones Generales de la Contratación dispone que “tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

Y es que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 indica que *“en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos”*, en cuyo caso se excluye el control establecido en la LCGC. Sin embargo, la cláusula suelo no responde a este tipo de supuestos, a pesar de existir una regulación positiva de las mismas, pues la normativa de las cláusulas suelo no impone su existencia en los contratos ni se presupone su existencia en defecto de pacto; simplemente se limita a imponer ciertos deberes de información sobre la incorporación de la cláusula en el contrato de préstamo hipotecario. En definitiva, la normativa no se dirige a la aplicación obligatoria para los contratantes, que es lo que exige el artículo 4.2 LCGC.⁷⁴

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO COMO CONDICIONES GENERALES REFERIDAS AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO. CONTROL SOBRE EL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES

La consideración de una cláusula como contenido esencial del contrato tiene importancia en cuanto reviste ciertas particularidades en su tratamiento jurídico. Esta

⁷² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2014, pág. 742.

⁷³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2014, pág. 742.

⁷⁴ Párrafo desarrollado a través de <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 16.

situación ha sido objeto de numerosas resoluciones judiciales, tanto nacionales como de la Unión Europea.

La polémica se inicia a raíz de los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE. El primer artículo señala que “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles”, mientras que el artículo 8 indica que “los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

Debido a la horquilla que deja este último artículo, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse en la STJUE de 3 de junio de 2010, concluyendo que en los casos en que un Estado Miembro no haya traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (como sucedía en el caso de España) “no se puede impedir a los Estados Miembros que adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”. Con esta resolución quedaba abierto el posible control de la abusividad de elementos esenciales del contrato, como finalmente se acabó recogiendo de manera expresa en la propia Directiva 2011/83/UE, que modificó la Directiva 93/13/CEE, añadiendo el artículo 8bis, según el cual “cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión(...)”.⁷⁵

En aplicación de la doctrina de la STJUE de 3 de junio de 2010, diversas Sentencias del Tribunal Supremo⁷⁶ admitieron la posibilidad de realizar un control de contenido de cláusulas relativas al objeto principal del contrato y, en definitiva, a la adecuación entre precio y contraprestación⁷⁷.

La posibilidad de este control judicial de la nulidad por abusividad de elementos esenciales del contrato no es sino un gran avance a la hora de controlar la efectiva legalidad de una cláusula contractual, en aras de los intereses de los consumidores. No hay que olvidar el artículo 51 de la Constitución y su principio rector tendente a la garantía de la defensa de, entre otros, los “legítimos intereses económicos” de los consumidores y usuarios.

⁷⁵ Párrafo extraído de FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 84.

⁷⁶ SSTs 401/2010 de 1 de julio; 663/2010, de 4 de noviembre y 861/2010, de 29 de diciembre.

⁷⁷ <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 21.

No obstante, algún sector de la doctrina⁷⁸ entiende que controlar el objeto principal y, por tanto, cuestiones económicas, choca con los principios constitucionales reconocidos en los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución.

A pesar de que la previsión de la Directiva manifiesta la vocación legislativa de ampliar la tutela de los consumidores, el Tribunal Supremo finalmente se ha posicionado en contra de este control sobre el contenido, en aras de unos cuestionables intereses de una minoría, algo no tan extraño en este Tribunal⁷⁹.

En primer lugar, la STS 406/2012, de 18 de junio sostuvo que el control de contenido del carácter abusivo de una cláusula no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones, y ya la STS de 9 de mayo de 2013, señaló que, como regla, estas cláusulas no son susceptibles de control, basándose en el decimonoveno considerando de la Directiva 93/13, indica que “la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo matiza, pues si bien no cabe un control de contenido de las condiciones generales referidas al objeto principal y, en definitiva, al equilibrio entre precio y el producto o servicio que recibe a cambio, ello no significa que este tipo de cláusulas escapen de toda posible fiscalización por parte del órgano judicial. Así, afirma el Tribunal Supremo que “el hecho de que una cláusula sea definitiva del objeto principal, no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo”.⁸⁰

EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA

La STS de 9 de mayo de 2013 indica que las cláusulas suelo, como condiciones generales de la contratación en un contrato con consumidores, están sometidas a un doble control de transparencia:

- Un control sobre la inclusión o control de incorporación (artículos 5 y 7 LCGC)
- Un segundo control de transparencia aplicable a los contratos celebrados con consumidores sobre “la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”.

INCLUSIÓN E INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA AL CONTRATO. RÉGIMEN LEGAL

En el control de inclusión se trata, básicamente, de observar las exigencias de los artículos 5 y 7 LCGC, en relación con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (derogada

⁷⁸ Esta postura contraria al control de contenido del objeto principal del contrato se defiende en <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 21.

⁷⁹ Como más adelante se verá en el tratamiento a la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.

⁸⁰ <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 23.

por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

El artículo 5.5 LCGC exige que *“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”*. A su vez, el artículo 7 LCGC exige para la correcta inclusión la oportunidad real de ser conocidas de manera completa – las cláusulas- al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En el caso de préstamos hipotecarios, donde se incluye la mayor parte de las cláusulas suelo, nos encontramos con 2 normas que inciden en el control de inclusión. Estas normas son la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Sin embargo, debido a que la mayor parte de los préstamos hipotecarios se han suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la segunda norma, no teniendo ésta efectivos retroactivos, entonces a día de hoy sigue siendo aplicable en gran medida la OM de 5 de mayo⁸¹.

El proceso de suscripción de la hipoteca, a partir de la OM de 5 de mayo, es el siguiente: *“entrega del folleto informativo, oferta vinculante con inclusión de las condiciones financieras, la posibilidad del examen de escritura pública por el prestatario durante los 3 días anteriores al otorgamiento y, finalmente, la formalización del préstamo en escritura pública, fase en la que el notario debe informar sobre las circunstancias del interés variable, de modo particular si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja”*⁸².

Este proceso de constitución de la hipoteca, según la STS de 9 de mayo de 2013, *“garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación”*, con lo que se supera *“el filtro de inclusión del contrato”*.

En el caso de la Orden de 2011, se establece que *“las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y la Ficha de Información Personalizada (FIPER). La primera debe entregarse al solicitante del préstamo hipotecario sobre los productos que la entidad ofrece para, una vez que aquel proporcione información individualizada sobre sus necesidades, situación y preferencias, entregarle información personalizada para adoptar una decisión definitiva. Entre esta información se incluye la referida a instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, junto con las cláusulas techo y suelo. Alude igualmente a la figura del **préstamo responsable**, con objeto de evaluar la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones crediticias. También recoge la Orden una regulación sobre la **oferta vinculante** que, tras la oportuna tasación y*

⁸¹ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 160.

⁸² FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 160.

comprobaciones sobre su situación personal –registro, capacidad financiera,...- a modo de Ficha de Información Personalizada, incluirá la denominación de “oferta vinculante” y su plazo de vigencia”⁸³.

INSUFICIENCIA DEL CONTROL DE INCLUSIÓN Y NECESIDAD DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

En la contratación con consumidores, nos señala la STS de 9 de mayo de 2013, “el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente”. De ahí que para garantizar “la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores” se incluye “el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”.

CONTROL DE TRANSPARENCIA

Este segundo control de la “comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato” se deriva a contrario sensu del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”, por lo que serán abusivas estas cláusulas si no están redactadas de forma clara y comprensible.⁸⁴

Se apoya también, como señala la sentencia, en el artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007, que exige en las cláusulas no negociadas individualmente con consumidores los requisitos de “a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión escrita (...); b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

Además, y aunque no lo diga la sentencia del Tribunal Supremo, este deber de transparencia también descansa en el artículo 60, apartados 1 y 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.⁸⁵

Este segundo filtro de transparencia de la cláusula suelo es el de la comprensibilidad real o de validez abstracta⁸⁶⁸⁷, y atiende al dato objetivo de la falta de información previa, clara

⁸³ Resumen extraído de la página web del Banco de España: http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos_de_los_/Regulacion_de_in/Fichas_de_normas/OR_DEN_EHA_2899_2d80150d1b95a41.html Consultado el 16 de abril de 2016.

⁸⁴ Párrafo extraído de <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 24.

⁸⁵ <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 24.

y comprensible. De tal manera de que el consumidor debe encontrarse en situación de poder comprender de manera real la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato, la definición clara de su posición jurídica (la carga jurídica) y la onerosidad o sacrificio patrimonial (la carga económica real del contrato)⁸⁸.

Para entender superado este control, el Tribunal Supremo va enunciando gran variedad de criterios y parámetros que no constituyen una lista exhaustiva, no bastando con la presencia de alguna para que se entienda la no transparencia⁸⁹. Estos criterios o parámetros son⁹⁰:

- Irrelevancia de la equidistancia o desequilibrio entre suelo y techo.
- Información suficiente sobre la carga económica y jurídica del contrato.
- Percepción de la incidencia en la obligación de pago: la información suministrada debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.
- Previsión conjunta de suelo y techo: la oferta de cláusulas suelo y techo en un mismo apartado del contrato constituye un factor de distorsión de la información, pues el techo opera aparentemente como contraprestación cuando la realidad es que el techo es tan alto que en la práctica es casi imposible que se alcance.
- Entorno contractual próximo: la cláusula no debe estar enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificulten su identificación y proyecten sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.
- Simulaciones: es relevante si se han realizado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés.
- Coste comparativo y perfil: debe haber información previa y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.
- Información sobre la evolución previsible del índice

⁸⁶ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 161.

⁸⁷ En tanto que control abstracto, “es distinto del error como vicio del consentimiento que supondría un control sobre el caso concreto y resulta inviable para determinar la validez de cláusulas a través del ejercicio de acciones colectivas de cesación” <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 24.

⁸⁸ Idea cristalizada tanto en la STS de 9 de mayo de 2013 y en la STS de 18 de junio de 2012, explicada en <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 25.

⁸⁹ Idea desprendida del Auto aclaratorio del TS dictado el 3 de junio de 2013.

⁹⁰ Lista extraída de FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 161 y ss.

- Conversión en préstamo a interés fijo: hay que analizar si la cláusula, de forma previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, lo convierte en un préstamo a interés mínimo fijo.
- Tratamiento secundario de la cláusula pese a ser definitoria del objeto principal del contrato.
- Previsible inoperatividad de la variación a la baja: cuando sea previsible para el prestamista que el préstamo vaya a convertirse en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

CONTROL DE CONTENIDO: EL DESEQUILIBRIO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRARIO A LA BUENA FE

El control de transparencia solamente revela si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo, no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede apreciarse si la cláusula es abusiva. Pero si no es superado este control de transparencia, habrá que analizarse pues no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible es abusiva⁹¹.

Tal y como se desprende del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en este control de contenido se analiza si *“pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*. En caso afirmativo se entenderán abusivas y, por tanto, nulas ex artículo 83 de la Ley General.

El problema se encuentra en que no hay ninguna norma que ofrezca criterios concretos para saber cuándo existe un desequilibrio importante contrario a la buena fe⁹². El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, indica que el control debe proyectarse *“sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto”*.

Descartándose la exigencia de equilibrio económico, el Alto Tribunal considera que es relevante que el empresario comunique la oferta de forma clara, comprensible y destacada. En caso de falta de claridad, *“para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo (...) debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto”*.

⁹¹ <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 27.

⁹² <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 28.

En consecuencia, se puede afirmar que *“la cláusula suelo puede ser válida y tener cabida dentro del ámbito de la libertad de pactos; el consumidor libremente puede aceptar esta limitación a la variabilidad de los intereses”*⁹³.

EFFECTOS DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

El art. 1303 del Código Civil señala de forma clara que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses”*. Además, el art. 83 LGDCU nos señala que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*.

En vista de los artículos anteriormente citados, que reproducen el principio general del derecho *“quod nullum est nullum effectum producit”*, no cabe duda sobre el efecto restitutorio que supone la declaración de nulidad de una obligación.

Como señala la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, la nulidad de una obligación y la restitución recíproca supone *“una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la “condictio in debiti”*.

LA POSICIÓN DE LA STS 9 DE MAYO DE 2013 RESPECTO A LA RETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. UNA DE CAL Y OTRA DE ARENA

Cierto es que la STS 9 de mayo de 2013 consolida la corriente jurisprudencial reflejada ya en el TJUE⁹⁴ y en las Audiencias Provinciales⁹⁵, declarando nulas por abusivas, tras el control de abusividad, las cláusulas referidas a elementos esenciales del contrato.

Sin embargo, en lo referido a la retroactividad de los efectos de la nulidad, en un sentido manifiestamente contrario al derecho y al sentido común, señala que *“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”*.

⁹³ Conclusión extraída de <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 30. En la misma página se señala que PERTIÑEZ VILCHEZ entiende que *“en este caso la contrariedad a la buena fe consiste en aprovecharse del desconocimiento típico de las condiciones generales por parte del consumidor para incluir entre las mismas, sin una advertencia especial, cláusulas que por su importancia, debían haber sido conocidas antes de la celebración del contrato para que la decisión del contratar por parte del consumidor se adoptara con pleno conocimiento de la carga económica del contrato”*.

⁹⁴ STJUE de 3 de junio de 2010.

⁹⁵ Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 10 de julio de 2012 (AC 2012, 1375) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de septiembre de 2012 (AC 2012, 2311).

ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN LA STS 9 DE MAYO DE 2013 PARA DEFENDER LA IRRETROACTIVIDAD. VISTA CRÍTICA DE LOS MISMOS

La Sentencia utiliza una serie de argumentaciones, algunas referidas a la seguridad jurídica, pero fundamentalmente basa su posición en el trastorno grave del orden público económico⁹⁶.

Respecto a la defensa de la irretroactividad en base a la seguridad jurídica, nos dice la sentencia que *“no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho - entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-(...)”*. A continuación enuncia diversos artículos de distintas normas, enmienda 2 de la Ley Contratos de Crédito al Consumo, doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, hace referencia a:

- Artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Artículo 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad.
- Artículo 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Artículo 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.
- La enmienda 2 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo señala que *“la eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley”*;
- SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.
- STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, que señala: *“la “restitutio” no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad”*.
- STJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb, que señala: *“puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”*.

⁹⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 166.

Así, el Alto Tribunal usa la baza del principio general de seguridad jurídica, complementado con la buena fe y el riesgo de trastornos graves, para defender la irretroactividad. La defensa de la buena fe la hace señalando, entre otras cosas, que:

- Las cláusulas suelo son lícitas.
- Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas.
- No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes.
- Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado.
- No hay ilicitud intrínseca en sus efectos sino en su falta de transparencia.

Sin embargo, no son pocos los sectores que consideran que este requisito de la buena fe no se ha cumplido realmente. Así, se pueden esgrimir una serie de argumentos⁹⁷ que contrarían el criterio del Tribunal Supremo:

- Quienes impusieron la cláusula suelo junto con la cláusula techo, a efectos de crear la ficción de que esta última es una contraprestación, en realidad lo hacían a sabiendas de que el techo jamás rebasaría, mientras que sabían que el suelo se activaría con toda probabilidad, según indicaban las previsiones de las que disponían.
- A pesar de que desde finales de 2010 las entidades habían comprobado como numerosas sentencias –varias de ellas firmes- declararon la nulidad de tales cláusulas, *“ni siquiera ello motivó que dejaran de aplicarlas ad cautelam en los contratos ya suscritos, ni cesase su inclusión en los nuevos”*.

Respecto al riesgo de existencia de *“trastornos graves con trascendencia al orden público económico”*, la STS 9 de mayo de 2013 nos señala simplemente que *“es notorio”*. Este lacónico argumento –si puede considerarse así- contrasta con la exigencia de apreciar los trastornos graves, prevista en la propia STJUE de 21 de marzo de 2013, llegando –en este último caso- a no considerar la existencia de trastornos graves, pues *“las consecuencias financieras (...) no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto”*.

En todo caso, tampoco debería olvidarse que el estándar de protección de los consumidores debe entenderse en sentido amplio, de tal manera que los límites a la nulidad *“como excepción a la regla general, deben venir acompañados de una interpretación restrictiva y de una sólida fundamentación”*⁹⁸. Por el contrario, la STS 9 de mayo de 2013 no sólo no hace una sucinta argumentación del riesgo de trastornos graves, sino que simplemente nos señala que *“es notorio”*. También hay que entender que el

⁹⁷ Argumentos extraídos de <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 37.

⁹⁸ Argumentos extraídos de <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 37.

contexto en el que se dictó la sentencia estuvo protagonizado por los rescates bancarios y que se resolvía sobre un procedimiento en el marco de una acción colectiva. Sin embargo, no hay justificación ninguna en la sentencia, ni estudios que avalasen ese riesgo de trastornos graves para la economía.

Otro argumento que también puede enunciarse en contra del fallo del Alto Tribunal es el referido a la no observancia del principio del derecho *“nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, según el cual se proscribe que alguien se beneficie de su propia torpeza. Proscripción que aún más tendría que adquirir importancia si la torpeza es realizada por una entidad de crédito en el marco de una actividad económica con un consumidor.⁹⁹

Por último, hay que señalar que se ha generado cierta polémica respecto a si se ha incumplido el principio de congruencia y el de contradicción, al pronunciarse sobre un punto respecto del que las partes no tenían consciencia de que formaba parte del objeto del proceso¹⁰⁰. Y es que no se planteó la cuestión de la retroactividad de los efectos de la nulidad hasta que ya en sede de casación se introdujo por el Ministerio Fiscal.

POSICIÓN CONTRARIA DE LOS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES CON POSTERIORIDAD A LA STS 9 DE MAYO DE 2013

A pesar de que la STS 9 de mayo de 2013 declaró la irretroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, además de reconocer su abusividad por falta de transparencia, los juzgados y tribunales que con posterioridad han resuelto sobre ello no han seguido en la mayor parte de los casos¹⁰¹ su fallo de forma íntegra.

Así, la Sentencia del JPI núm. 4 de Ourense, de 13 de mayo de 2013 señala que *“la declaración de nulidad lleva implícito que haya de ignorarse la misma, conforme prevé el art. 83.1 TRLDGPU, con independencia de que se mantenga su presencia material en el documento que contiene el contrato”*. Además, entiende que se produce una vulneración del principio de tutela judicial efectiva pues el pronunciamiento no contenía ninguna de las partes, sin que se pudiera rebatir con posterioridad, al no haber una instancia posterior. Además, nos recuerda que la aplicación analógica de otras leyes sólo es posible en caso de laguna legal (art. 4 CC), ocurriendo que en este caso sí existe una norma que trata los efectos de la nulidad: el art. 1303CC.

⁹⁹ Argumento extraído de <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 38.

¹⁰⁰ Esta idea se refleja en FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 168.

¹⁰¹ En este sentido, AGÜERO ORTIZ, Alicia, <<¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº6/2013, pág. 299. Nos señalan en este artículo que los juzgados y audiencias provinciales, en la mayor parte de los casos, han fallado a favor de la ilicitud y retroactividad, aunque también ha habido, en mucha menor medida, sentencias que fallaban a favor de la irretroactividad y, en algunos casos en atención a las circunstancias especiales del caso, a favor de la licitud.

La Sentencia del JMER núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013 también entiende aplicable el art. 1303CC, pues los Jueces y Tribunales tienen “el deber inexcusable de resolver los asuntos conforme al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), que establece la primacía de la Ley (art. 1303 CC) sobre la jurisprudencia (art. 1 CC)”.

El Auto del JPI núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013 declaró la nulidad y retroactividad con base jurídica en el art. 83 TRLGDCU, la STJUE de 14 de junio de 2012 y en la primacía del derecho comunitario (SSTJUE de 14 de diciembre de 1982 y de 26 de febrero de 2013).

En el mismo sentido se han pronunciado las audiencias provinciales, como por ejemplo la Audiencia Provincial de Alicante (SAP, secc. 8, de 23 de junio de 2013) o la Audiencia Provincial de Cantabria (SAP, secc. 4, de 3 de marzo de 2015).



102

Finalmente, señalar que también hay Audiencias Provinciales cuyo criterio es el de acoger la irretroactividad, como sucede en las Audiencias Provinciales de Córdoba (SAP, secc.3, de 18 de junio de 2013) y Cáceres (SAP, secc. 1, de 20 de junio de 2013).

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO ORDUÑA EN LA STS 25 DE MARZO DE 2015

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Nº 139/2015, de 25 de marzo se pronuncia sobre las cláusulas suelo. Sin embargo, el fallo no viene a dar un giro copernicano respecto de la STS de 9 de mayo de 2013. Por el contrario, se reafirma y fija

¹⁰² Imagen extraída de la web: <http://www.denunciascolectivas.com/noticias/nuevo-mapa-de-la-retroactividad-de-la-clausula-suelo>, consultada el 7 de mayo de 2016.

como doctrina: *“Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) , ratificada por la de 16 de julio(sic) de 2014 (RJ 2014, 4660), Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015 (PROV 2015, 105274) , 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”.*

Sin embargo, el Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno formuló un voto particular al que se adhirió el Sr. Magistrado don Xavier O’Callaghan Muñoz.

Este voto particular, como refleja en la sentencia, viene a reflejar el progreso en materia de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios, donde el control de transparencia ha quebrado el tradicional sentido formal de los valores de libertad e igualdad, buscando *“una aplicación material de los principios de buena fe y conmutabilidad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales”*.

Este voto particular aboga por un replanteamiento total de la fundamentación dada en la pretérita Sentencia de 9 de mayo de 2013, pues la cuestión en ella analizada se realizó en un *“prematureo contexto metodológico”*.

El Magistrado parte de que la cuestión de la ineficacia tendría que haberse analizado desde una perspectiva valorativa, dinámica y flexible, atendiendo a los criterios interpretativos que definen el fenómeno jurídico en donde la ineficacia se articula y a la finalidad tuitiva que preside la normativa objeto de aplicación.

Se entiende que del contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación, y específicamente en el caso de ejercicio de las acciones individuales¹⁰³, *“los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter “ex tunc”, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto”*.

Respecto a la finalidad tuitiva que persigue la normativa de contratación con consumidores, se recuerda que las claves interpretativas de la misma *“ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado”*. Sin embargo, debido a la mala metodología, no se aplicaron.

Y es que el Magistrado recuerda que es doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660)) *“que la ineficacia contractual en la contratación seriada (...) responde a la finalidad tuitiva del consumidor adherente y que justifica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración”*.

¹⁰³ El caso de la Sentencia de 25 de marzo de 2015 se refiere a una acción individual.

contractual en orden a asegurar el equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y, con ellos, la eficacia resultante de la misma”.

En consecuencia, Orduña considera que la distinta naturaleza y función de la acción individual con respecto a la colectiva¹⁰⁴, y la aplicación, en un caso de acción individual, de la fundamentación referida a una acción colectiva, trae como consecuencia que la postura del Alto Tribunal en el caso enjuiciado sea errónea, no sólo por la falta de fundamentación técnica, sino por el hecho de que la fundamentación de la STS de 9 de mayo de 2013 es en sí errónea. Además, como también recuerda el Magistrado, en todo caso, *“el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado”.*

Por lo tanto, con esta última referencia al saneamiento financiero parece dejar en jaque a los defensores de la irretroactividad de los efectos de la nulidad, pues el principal motivo de dicha postura ha desaparecido gracias al rescate bancario llevado a cabo por el Estado Español. En consecuencia, el Magistrado Orduña alza la voz para reclamar lo que en Justicia –social- corresponde. El principio programático de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios debería inspirar una reacción, por parte del Gobierno Español, acorde a devolver a los consumidores y usuarios aquello que por derecho les corresponde.

Sin embargo, el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado en este sentido. Aunque lo cierto es que desde instancias europeas se está fraguando una respuesta a esta situación, la cual –cabe esperar- exigirá a España el reintegro total de las indebidas percepciones recibidas por las entidades de crédito.

POSICIÓN DE LA COMISIÓN E INMINENTE PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Fecha el 13 de julio de 2015, la Comisión Europea ha realizado un informe que viene a concluir que la doctrina del Tribunal Supremo, relativa a las cláusulas suelo y la limitación de la retroactividad, no es conforme al Derecho de la Unión Europea.

En concreto, viene a responder a 3 preguntas:

1. Si el concepto de *“no vinculación”* establecido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13 tiene efectos ex tunc.
2. Si es posible limitar los efectos de la nulidad.
3. Si la declaración de dicha nulidad sería compatible con una posible moderación, por parte de los Tribunales nacionales, de las cantidades a pagar por el comerciante al consumidor como consecuencia de la misma.

Antes de empezar a responder a las preguntas, hace hincapié en el hecho de que el asunto se refiere a un contrato de préstamo hipotecario, el cual resuelta clave *“en el*

¹⁰⁴ El problema de la compatibilidad de acciones colectivas y acciones individuales se ha resuelto en la STJUE 14 de abril de 2016,

ejercicio del Derecho de acceso a la vivienda, reconocido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derecho que ha de tenerse en cuenta¹⁰⁵ a la hora de aplicar la Directiva”.

PRIMERA PREGUNTA

La Comisión se remite a la STJUE de 14 de junio de 2012 para recordar que, aunque los Estados miembros tienen cierto margen a la hora de aplicar la Directiva, el art. 6.1 de la Directiva 93/13 en todo caso les impone la obligación de establecer que tales cláusulas “no vincularán al consumidor”, tratándose de una disposición imperativa. En consecuencia, entiende la Comisión que el margen de autonomía de los Estados miembros es limitado.

Dado que el art. 6.1 de la Directiva no añade ninguna limitación temporal a esta no vinculación, entonces entiende la Comisión que el concepto de “no vinculación” referido en el mencionado artículo “surte efectos ex tunc y no sólo desde la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión”.

Si se interpretase que surte efectos ex nunc, entonces –como bien apunta la Comisión– dicha limitación *“generaría un aliciente”* para los prestamistas, pues *“no tendrían nada que perder al incluir sistemáticamente cláusulas abusivas en sus contratos con los consumidores”*.

Finalmente confirma que los arts. 83 TRLGDCU, 1303CC y 8 LCGC respetan el art. 6.1 de la Directiva.

SEGUNDA PREGUNTA

Dado que la STS de 9 de mayo de 2013 basó principalmente en la STJUE de 21 de marzo de 2013 su argumentación sobre la irretroactividad, la Comisión analiza dicha sentencia y su extrapolación al caso resuelto por el Alto Tribunal.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que:

- La interpretación de las normas de la Unión Europea deben aplicarse también retroactivamente a relaciones jurídicas nacidas antes de la resolución judicial en cuestión.
- Excepcionalmente, en aplicación del principio general de la seguridad jurídica, cabe una limitación a la retroactividad cuando se cumplan dos requisitos:
 - la buena fe de los círculos interesados.
 - el riesgo de trastornos graves.

Sin embargo, la Comisión entiende que la doctrina de la Sentencia de 21 de marzo de 2013 no es extrapolable al asunto resuelto por el Tribunal Supremo, pues la primera no se pronunció sobre el alcance o los efectos de la nulidad de una norma jurídica. Tampoco

¹⁰⁵ Sobre esto se ha pronunciado la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2014 en el asunto C-34/13, Monika Kusionová contra SMART Capital, a.s., ECLI:EU:C:2014:2189, apartado 65.

entiende que se pueda aplicar por analogía. Por el contrario, la doctrina del TJUE que había que aplicar –relativa al art. 6.1 de la Directiva- al caso del Tribunal Supremo era clara y consolidada.

De igual manera, entiende la Comisión, dado que la limitación tendría *“repercusión directa en el alcance y aplicación del Derecho de la Unión (...) no sería posible reconocer a los tribunales nacionales la posibilidad de limitar el alcance de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*.

En todo caso, dice la Comisión, aun en el supuesto de aplicar la doctrina no sería posible que se desarrollase en el asunto concreto, pues *“de conformidad con lo establecido por el art. 3.1 de la Directiva, la buena fe queda excluida cuando se trata de una cláusula abusiva”*. Además, en la Sentencia del Alto Tribunal no se constata la hipotética existencia de trastornos graves. Por lo tanto, no se cumpliría ninguno de los dos requisitos que exige el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para aplicar la mencionada doctrina.

Pero lo cierto es que la Comisión sí considera que los efectos de la nulidad puedan verse limitados de forma excepcional en aras del principio de cosa juzgada y la necesidad de salvaguardar la estabilidad del Derecho y las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia. Para ello se remite a la STJUE de 6 de octubre de 2009 (asunto C-40/08). Aunque entiende también que la motivación¹⁰⁶ del Tribunal Supremo carece de justificación y de respaldo jurídico.

TERCERA PREGUNTA

A esta pregunta responde la Comisión que, *“de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva, y la interpretación que de los mismos ha dado el Tribunal de Justicia, no es posible”*. Y es que *“se estaría vaciando de contenido el mandato del art. 6.1 de la Directiva y eliminando el efecto disuasorio de dicho precepto para los comerciantes. En definitiva, se estaría dejando el cumplimiento de la legislación de la Unión al criterio discrecional de los jueces nacionales, lo cual es contrario a los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión”*.

Para justificar su postura se basa en la abundante jurisprudencia hay sobre ello, recopilando –a título ejemplificativo y esclarecedor- los apartados 65 y 66 y 69 a 71 de la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10).

La valoración que se debe hacer a este informe es muy positiva. Viene a recopilar aquello que ya algunos sectores habían señalado, dejando claro –con aires europeos- que la protección del consumidor es un objetivo primario en el ámbito de la Unión Europea. En todo caso, a fecha de hoy queda pendiente la definitiva Sentencia del Tribunal de

¹⁰⁶ A saber, que los pagos que hubieran sido efectuados antes de que el tribunal nacional dictara sentencia declarativa de tal nulidad.

Justicia¹⁰⁷, la cual marcará, sin lugar a dudas, un antes y un después en la realidad española.

4- REACCIÓN DE LAS ENTIDADES BANCARIAS ANTE LA INMINENTE SENTENCIA. LA CLÁUSULA CERO¹⁰⁸ Y LA RDGRN DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015

En vistas de la próxima sentencia del TJUE y de la nueva metodología para deducir el Euríbor¹⁰⁹, las entidades de crédito han empezado a predisponer nuevas cláusulas en sus contratos de préstamo hipotecario y a realizar ofertas vinculantes de novaciones de préstamos hipotecarios.

Debido a la próxima sentencia se está ofreciendo una novación del tipo de interés, algo más ventajoso que el habido hasta la actualidad, pero a cambio de renunciar al derecho a reclamar posteriormente el reintegro de intereses.

De igual manera, debido a los índices arrojados por el Euríbor y la próxima aplicación de la nueva metodología –más fiable- que puede arrojar índices negativos, las entidades de crédito están empezando a incluir, entre las estipulaciones, cláusulas por las que el índice de referencia nunca podrá ser inferior a cero. Consecuentemente, se priva a los consumidores del derecho a beneficiarse de este periódico ciclo de intereses a la baja, lo cual no deja de ser una práctica cuestionable, más aún si el tipo de interés nunca pudiese ser inferior al diferencial pactado. Y es que de esta manera no sólo se priva a los consumidores del derecho a beneficiarse de este período económico, sino que les obliga a seguir pagando intereses.

Esta cláusula cero puede entenderse como una cláusula que hace inaplicable un eventual tipo de interés negativo. Dentro de esta genérica cláusula aún podemos distinguir 2 tipos de cláusulas cero:

- Aquellas cláusulas que llanamente señalan que el tipo de interés no podrá ser inferior a cero.
- Aquellas cláusulas que establecen un tipo de interés mínimo en caso de que el índice referencial sea negativo. En este tipo podemos englobar aquellas cláusulas que hagan coincidir el tipo de interés ordinario con el diferencial pactado en el contrato de préstamo.

¹⁰⁷ Se espera que el fallo sea acorde con el informe de la Comisión.

¹⁰⁸ Sobre ellas me he informado a través de DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier, <<Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios>>, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1/2016.

¹⁰⁹ Sobre el Euríbor Plus se pronuncia la Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia (CROEM) en la web:

<http://croem.es/web20/CROEMEconomia.nsf/xPage.xsp?documentId=8E4103985ADD9737C1257D80003B9762&action=OpenDocument&SessionID=DXFHVWNE8T>, consultada el 7 de mayo de 2016.

Sobre estas segundas se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y el Notariado. Así, la RDGRN de 10 de diciembre de 2015 se pronuncia sobre la posibilidad de intereses negativos y sobre la existencia de la cláusula cero en préstamos hipotecarios.

La mencionada resolución resuelve atendiendo al principio pro-consumidor, establecido en el art. 51CE. Señala la Resolución que, aun no constituyendo las cláusulas cero una cláusula suelo, la interpretación del principio pro-consumidor conduciría a su asimilación. Pero en todo caso, matiza y desarrolla la Resolución, lo cierto es que el artículo 6 de la Ley 1/2013 y sus concordantes (art. 25 LCGC, art. 30.3.b) circunstancia 3ª de la Orden EHA 2899/2011) “no tienen como ámbito de aplicación las cláusulas suelo estrictamente consideradas, sino todas aquellas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses”, entre las cuales se encuadra la cláusula cero.

Pero lo más importante para los prestatarios es que no se desvirtúa la existencia de intereses negativos, al señalar que “el pago de intereses -los negativos- por parte del acreedor en favor del prestatario no transforma el préstamo convirtiéndolo en un depósito retribuido (...) porque la causa jurídica de ambos contratos es distinta y tal pago carece de virtualidad para alterar la obligación del deudor de devolución del dinero recibido por cuotas en los plazos pactados, en una obligación de devolución íntegra a solicitud del depositante o prestamista (artículos 1766 y 1775 del Código Civil), y porque cuando el depositario tiene permiso para servirse del dinero depositado, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en un préstamo (artículo 1768 del Código Civil)”. En consecuencia, puede decirse que el pago de los intereses negativos, cuando existan, es un derecho de los prestatarios.

Sin embargo, a su vez la resolución defiende el “legítimo” derecho de los prestamistas a limitar este derecho, cuestión que en el caso de los consumidores es ya de por sí criticable en tanto el artículo 86.4 LGDCU declara como abusivas –y por tanto nulas- las cláusulas que supongan “la privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación”. Y es que una forma de poder satisfacer al prestatario –consumidor o no- por la existencia de estos intereses negativos es a través de la compensación de créditos, reduciendo la cuota del préstamo a pagar, de tal forma que no es que tenga que pagar intereses sobre el capital, sino que ese capital quedaría reducido por el importe negativo de los intereses.

En definitiva, como sintetiza la resolución “lo relevante es que en el supuesto de préstamo con pacto de variabilidad de los intereses existe la posibilidad cierta de que éstos financieramente lleguen a ser negativos y, por tanto, si el prestamista, en ejercicio de su legítimo derecho, predispone una cláusula que limite o excluya tal posibilidad, aunque sea a efectos aclaratorios, su incorporación al contrato de préstamo hipotecario exigirá, por disposición legal imperativa y como canon de transparencia, la aportación de la repetida expresión manuscrita”.

5- EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN ACCIONES COLECTIVAS A ACCIONES INDIVIDUALES POSTERIORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

Nuestro legislador reconoce a las asociaciones de consumidores y usuarios y al Ministerio Fiscal (v.gr. arts. 11 LEC, 12 y 16 LCGC) para actuar y accionar en nombre y representación de interés general de los consumidores, sin contemplar la opción de la exclusión voluntaria, de tal manera que los efectos de la Sentencia dictada en el seno de acciones colectivas afectará a todos los consumidores, aunque no hayan sido parte en el proceso y tanto si los pronunciamientos son favorables o desfavorables.¹¹⁰

Otros artículos que insisten en esta vinculación para procesos posteriores son los arts. 4, 221.1, 222.1, 222.3 LEC. Así, el art. 222.1 LEC establece que *“La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico¹¹¹ al del proceso en que aquélla se produjo”*. Mientras que el art. 222.3 LEC señala que *“la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”*.

En relación con las cláusulas suelo, para que concurren los efectos propios de la cosa juzgada es preciso que se dé identidad clara y absoluta en el contenido de la cláusula, no sólo respecto de la cláusula suelo en particular sino del resto de cláusulas relevantes que se relacionen con la primera. En caso de darse esta identidad objetiva, habrá que tenerse en cuenta el alcance subjetivo de la cosa juzgada precisado en el art. 222.3 LEC.¹¹²

Respecto a la identidad subjetiva, *“la parte demandada coincidirá en ambos procesos, pero para apreciar si también puede considerarse que lo fue la actora en el proceso individual posterior (el consumidor concreto), debe analizarse si ante el TS se articuló la representación y legitimación propia del art. 11 LEC, que se refiere a “la defensa de derechos e intereses de los consumidores y usuarios”¹¹³*.

Sucede que en el caso resuelto por la STS de 9 de mayo de 2013, la parte actora fue AUSBANC, asociación excluida del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y

¹¹⁰ <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 46.

¹¹¹ <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, Pág. 48: “El hecho de que la acción planteada en el proceso posterior por el consumidor individual se funde en distintos preceptos de la LCGC no es óbice para entender que operan los efectos positivos y negativos de la cosa juzgada”.

¹¹² FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 169.

¹¹³ Párrafo extraído literal de FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 169.

Usuarios. Es por esto por lo que en segunda instancia se denegó la legitimación. No obstante, el TS acaba reconociéndola en base a que la resolución de exclusión aún no era firme al momento de presentarse la demanda.

Sin embargo, el TS reconoce cierta debilidad en el fundamento de la legitimación de AUSBANC, al señalar que *“no impediría su examen por este tribunal el hecho de que se denegase la legitimación de la asociación demandante”*, por la exigencia de tutela de oficio de los legítimos intereses de los consumidores.

En definitiva, hay quienes opinan que, al constatarse la falta de inscripción y legitimación (sobrevenida) de la parte actora, la legitimación del art. 11 LEC no se da, debiéndose desestimar la excepción procesal. Por el contrario, hay quienes sostienen que, independientemente de la debilidad de la legitimación reconocida a AUSBANC, en dicho proceso se acaba reconociendo, además que el art. 11 LEC no establece ninguna exigencia temporal en cuanto a permanencia de dicha legitimación, luego sí que se daría la legitimación colectiva.¹¹⁴

6- TRATAMIENTO DE LAS SUSPENSIONES AUTOMÁTICAS POR PREJUDICIALIDAD CIVIL EN LA STJUE DE 14 DE ABRIL DE 2016

La existencia de acciones individuales y acciones colectivas sobre un mismo objeto puede suponer que, en algunos casos, entren en conflicto los intereses de los legitimados en las primeras y en las segundas. El ordenamiento español, para las situaciones prejudicialidad civil, señala en el artículo 43 Ley de Enjuiciamiento Civil: *“si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”*.

El problema se encuentra cuando una acción colectiva se ha planteado con anterioridad a una acción individual sobre el mismo objeto, sucediendo que a solicitud de la entidad demandada se suspenden las actuaciones de la acción individual hasta que finalice el proceso iniciado por la acción colectiva. Este problema de la suspensión automática ha sido resuelto a través de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016, apoyada en las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 14 de enero de 2015.

Tal y como nos dice la sentencia en su apartado 16, este efecto suspensivo supone una *“subordinación necesaria”* de la acción individual a la acción colectiva, tanto en lo referido a la tramitación como a su resultado. Y es que la participación en un procedimiento colectivo supone que el justiciable eventualmente debe renunciar al tribunal competente

¹¹⁴ Opiniones recogidas en FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 170.

por razón de su domicilio y, por otra parte, se limita la posibilidad de formular alegaciones a título individual para fundamentar la acción colectiva.

La Sentencia, por tanto, resuelve la cuestión de si el artículo 7 de la Directiva 93/13 se ve respetado con un sistema procesal como el español, que obliga a la suspensión automática de la tramitación en espera de la sentencia firme de la acción colectiva.

Para dar respuesta a esta cuestión, nos señala la sentencia que *“En paralelo al derecho subjetivo del consumidor a ejercitar una acción ante un juez con el fin de que se examine el carácter abusivo de una cláusula de un contrato del que es parte, el mecanismo previsto en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13 permite a los Estados miembros implantar un control de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos tipo a través de acciones de cesación ejercitadas en aras del interés público por asociaciones de defensa de los consumidores”* (apartado 21).

Sin embargo, hay que distinguir el fundamento de las acciones individuales del de las colectivas. Y es que el sistema de protección del artículo 7.1 de la Directiva (acciones individuales) *“se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional”* (apartado 22), *debiéndose compensar a través de una “intervención positiva, ajena a las partes del contrato”* (apartado 23).

Por lo tanto, la sentencia nos recuerda que la esencia de la Directiva 93/13, en aras de la protección efectiva del consumidor, se encuentra en el control de oficio de la abusividad por los tribunales, si bien esta protección también se protege en caso de renuncia a hacer valer sus derechos, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula¹¹⁵.

Pero dado que los legitimados para iniciar las acciones colectivas en base al artículo 7.2 de la Directiva no se encuentran en tal situación de inferioridad respecto a los profesionales¹¹⁶, se llega a la conclusión de que *“las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13”* (apartado 30).

La sentencia acaba afirmando que el principio de equivalencia¹¹⁷ no resulta infringido, si bien el principio de efectividad¹¹⁸ se ve quebrado. Esto es así, como señala la sentencia en

¹¹⁵ Apartado 25 de la STJUE 14 de abril de 2016, que se remite a la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 35.

¹¹⁶ Apartado 26 de la STJUE de 14 de abril de 2016 que menciona la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, EU:C:2013:800, apartado 49

¹¹⁷ Según el cual se “exige que la norma nacional controvertida se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del

sus apartados 37 y 40, porque “el consumidor queda obligatoriamente vinculado por el resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en la misma, y la obligación que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al juez nacional impide a éste realizar un análisis propio de las circunstancias que concurren en el asunto del que conoce (...) Asimismo, pierde necesariamente los derechos que le serían reconocidos en el marco de una acción individual, esto es, la toma en consideración de todas las circunstancias que caracterizan su causa, y la posibilidad de renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva, a fortiori si no puede desvincularse de la acción colectiva”.

Es por todo ello que el apartado 39 sentencia que la regla del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta “incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas”.

En consecuencia, el Tribunal falló del siguiente modo: *“El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales”*.

Como se verá más adelante, no es la primera vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia en este sentido, sino que existen sentencias (STJUE de 14 de marzo de 2013 y de 17 de julio de 2014, entre otras) condenando la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7- CONCLUSIONES

Tras haber realizado un exhaustivo análisis sobre la realidad del crédito hipotecario a consumidores en España y las principales cláusulas que integran dichos contratos de préstamo hipotecario, es necesario realizar, a efectos de sintetizar, la siguiente enumeración de conclusiones:

- I. El mercado inmobiliario español y los mercados relacionados con el mismo se han visto muy afectados por la crisis económica que estalló a finales de 2007. Tras unos años de bonanza económica, donde se fue fraguando la burbuja inmobiliaria, el aumentado de desempleados, el precio de la vivienda y las condiciones para adquirir crédito hicieron que muchas familias españolas se vieran estranguladas por sus préstamos hipotecarios, disminuyendo la demanda de viviendas.
- II. Los adherentes de contratos que integran condiciones generales de la contratación y, en concreto, los consumidores y usuarios poseen una regulación especial (Ley de Condiciones Generales de la Contratación y Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) que establece un régimen que les beneficia. Sin embargo, se aprecia una huida del Derecho de

Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes” (Conclusión 65 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 14 de enero de 2015).

¹¹⁸ El mismo se refiere a la eficaz aplicación de las normas y principios de la Unión Europea.

consumo hacia derechos sectoriales (derecho bancario, de transportes, etc.) que merman los derechos de los consumidores.

La protección del consumidor y usuario, contenida en el Texto Refundido supone un plus a la protección que la Ley de Condiciones Generales atribuye a los adherentes en contratos de adhesión. Este plus de protección viene dado por la condición de consumidor y usuario. Sin embargo, se está empezando a replantear la equiparación de algunos no consumidores (v.gr. pequeños comerciantes) como si fueran consumidores y usuarios, a efectos de gozar de una misma protección.

- III. La protección del consumidor se centra sobre todo en su protección frente a la abusividad de las cláusulas contractuales. El art. 82.1 TRLGDCU define como cláusulas abusivas *“aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

A efectos de determinar la abusividad de las cláusulas, existen tanto criterios generales como criterios particulares en atención al tipo concreto de cláusula. Dentro de los primeros criterios nos encontramos con el TRLGDCU, con la LCGC, con la Directiva 93/13/CEE y con criterios del TJUE (como los contenidos en la STJUE de 14 de marzo de 2013).

Dentro los criterios particulares, en este trabajo se han analizado los criterios para determinar la abusividad de las cláusulas de interés remuneratorio y moratorio y de las cláusulas de vencimiento anticipado.

- IV. La existencia de intereses en un contrato de préstamo mercantil es la regla general. Sin embargo, normativamente se presume la no existencia de intereses. Y es que los intereses pueden entenderse como el precio o contraprestación a favor del prestamista, a partir de los cuales obtiene un beneficio económico por prestar el dinero. Se distingue entre intereses remuneratorios e intereses moratorios. Los primeros los debe el prestatario por la ventaja o utilidad que supone adquirir liquidez económica y los segundos son aquellos que se deben como resarcimiento del daño que sufre el acreedor como consecuencia del retraso culpable en el cumplimiento de una obligación pecuniaria. A su vez podemos distinguir entre intereses fijos e intereses variables, siendo la diferencia entre uno y otro que los primeros no varían a lo largo de la vida del préstamo y los segundos sí. En la práctica se opta más por la variabilidad de los intereses.

Respecto a los intereses –variables- remuneratorios, no se admiten aquellos que redondeen el interés por encima del octavo punto, fijen la variación del tipo de interés sólo al alza o señalen un tipo de referencia no objetivo.

Respecto a los intereses moratorios, ya el TRLGDCU señala en el art. 85.6 que son abusivas aquellas cláusulas que supongan *“una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”*. La actual Ley 1/2013, de 14 de mayo ha modificado el art. 114 de la

Ley Hipotecaria, fijando un tipo de demora máximo de tres veces el tipo legal de interés en préstamos o créditos concedidos para adquisición de vivienda habitual.

V. Respecto a la extensión legal de los intereses, su régimen jurídico se encuentra en los arts. 114 a 116 y 146 de la Ley Hipotecaria y en el art. 1966 del Código Civil. El límite convencional, en todo caso, será pactar que se aseguren los intereses de un plazo de cinco años.

VI. Las cláusulas de vencimiento anticipado son habituales –si bien algún sector las considera inútiles- en los préstamos hipotecarios, y a través de ellas se asegura el acreedor una especie de acción resolutoria ante el incumplimiento por parte del deudor de alguna de sus obligaciones asumidas en el contrato. Respecto a su validez, al Tribunal Supremo en un primer momento se mostró reacio, pero al final legislativamente se han admitido.

En el marco de la contratación con consumidores, del art. 85.4 TRLGDCU se desprende que el vencimiento anticipado ha de establecerse en términos de reciprocidad, obedeciendo a una causa de cierta entidad y ajena totalmente a la discrecionalidad acreedora.

VII. Pueden existir diferentes causas de vencimiento anticipado. En caso de impago de uno o más plazos del préstamo, si bien la inicial postura del Tribunal Supremo fue contraria a su existencia (v.gr. STS 27 de marzo de 1999), finalmente se ha admitido su existencia debido a la dispositividad del art. 1127CC. Actualmente, el art. 693.2 LEC establece que se pueda reclamar la totalidad de lo adeudado *“en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir (...) o un plazo, al menos, equivalente a tres meses”*. En caso de disminución de las garantías, el pacto de vencimiento anticipado por esta causa se prevé expresamente en el art. 1129.3ºCC, *“a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”*. Sin embargo, este artículo se refiere exclusivamente a actos que tengan lugar después de la constitución de hipoteca, no antes; a través de pacto se puede extender el efecto a actos anteriores a la constitución. Sobre el incumplimiento de la obligación de concertar determinados seguros, se ha determinado como abusiva la obligación –bajo acción de cláusula de vencimiento anticipado- de concertar un seguro con una compañía aseguradora perteneciente al mismo grupo empresarial del prestamista. En todo caso, son abusivas aquellas obligaciones que supongan una sobregarantía y las cláusulas de vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca por cualquier motivo o por arrendar la finca garante. La prohibición de enajenar la finca hipotecada, so pena de accionar la cláusula de vencimiento anticipado, ha sido declarada nula en la STS de 16 de diciembre de 2009.

VIII. El auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 ha interpretado que los parámetros de abusividad en los intereses de demora y en las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de cuotas no dependan exclusivamente de la cuantía del tipo de interés y del número de mensualidades en mora, sino que se deben realizar todos los controles fijados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo.

- IX. Las cláusulas suelo suponen un límite en la bajada del tipo de interés en los préstamos con interés variable. Tienen la consideración de condiciones generales que forman parte del contenido esencial del contrato de préstamo hipotecario, luego su integración en los contratos estará regulada por la LCGC y, en relación con los consumidores, también por el TRLGDCU. Estas cláusulas, debido a su constante inclusión en los préstamos hipotecarios, han supuesto un gran impacto en los bolsillos de las familias españolas en términos cuantitativos globales. Consecuentemente, son cláusulas cuyo análisis jurídico ha sido seguido de una manera muy importante por los medios de comunicación.
- X. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 reconoció la licitud, en sí, de las cláusulas suelo, en base a la libre autonomía de la voluntad y a la normativa sectorial que admite su existencia. Esto es un ejemplo de cómo la normativa sectorial, en vez de contribuir a un fortalecimiento de los derechos de los consumidores y usuarios, los restringe y estrangula.
- XI. La Sentencia de 9 de mayo de 2013 fija que las cláusulas suelo, en tanto son condiciones generales, se encuentran sometidas a un doble control de transparencia, esto es, un primer control de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y un segundo control de transparencia aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios donde se analiza la comprensibilidad real de la importancia de estas en el desarrollo del contrato¹¹⁹.
- Para el caso de suscripción de préstamos hipotecarios existe normativa sectorial¹²⁰, la cual pretende garantizar un mayor sentido responsable de los prestatarios como partes contratantes. Sin embargo, actualmente la figura de los registradores de la propiedad y notarios no está atribuida con todas las potestades que podrían tener para salvaguardar de manera real y efectiva los derechos de los consumidores y usuarios. Falta una férrea voluntad legislativa que arme a estos profesionales con las herramientas y atribuciones precisas para ello.
- XII. Aunque a partir de la STJUE de 3 de junio de 2010 se admitió por parte del Tribunal Supremo la posibilidad de realizar un control de contenido y, en definitiva, sobre la adecuación entre precio y contraprestación, a partir de la STS de 18 de junio de 2012 se ha sostenido que no cabe ese control sobre el equilibrio de las contraprestaciones. Esta decisión ha sido aplaudida por algunos sectores de la doctrina, que entienden que la postura pretérita atentaba con los principios constitucionales de los arts. 39, 128 y 139 de la Constitución. A pesar de todo, la STS de 9 de mayo de 2013 dispone que no se debe excluir un control de abusividad sobre el contenido, lo que ha supuesto un control sobre el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe.

¹¹⁹ En este segundo control se atiende al dato objetivo de falta de información previa, clara y comprensible, y la STS de 9 de mayo de 2013 establece unos parámetros orientativos.

¹²⁰ Esta normativa sectorial es analizada en la STS 9 de mayo de 2013, y se dice de ella que: “*garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación*”, con lo que se supera “*el filtro de inclusión del contrato*”.

- XIII. A pesar de que el art. 1303CC señala de forma inequívoca la retroactividad total de los efectos de la nulidad, la STS de 9 de mayo de 2013, basándose en la doctrina de la STJUE de 21 de marzo de 2013, declara la irretroactividad de los efectos de la nulidad, con el consiguiente daño a los intereses económicos de los consumidores. Esta posición, fuertemente criticada tanto por la doctrina, la jurisprudencia menor y la Comisión Europea en un informe de 13 de julio de 2015, se prevé que finalice con la esperada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en breves se publicará¹²¹.
- XIV. A partir de la futura sentencia se resolverá el debate sobre las cláusulas suelo. Pero actualmente las entidades bancarias, debido a la situación del EURIBOR, ya están empezando a operar con otro tipo de cláusulas: las “cláusulas cero”, que hacen inaplicable un eventual tipo de interés negativo. Comparten muchos rasgos con las cláusulas suelo, pues en definitiva vienen a suponer una limitación –a la baja- de los intereses, pero aquí la cuestión ya es más complicada pues no sólo se trata de analizar la posibilidad de limitar la bajada de intereses sino de analizar la naturaleza del contrato de préstamo.

¹²¹ El TJUE celebró la vista del proceso el 26 de abril de 2016.

8- BIBLIOGRAFÍA

OBRAS CONSULTADAS

AGÜERO ORTIZ, Alicia, <<¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº6/2013.

ALCALÁ DIAZ, María Ángeles (Directora), <<Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario>>, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2014.

(Autores Varios) <<Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? : anulación y retroactividad: (doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)>>, Autores varios en colaboración con ASUAPEDEFIN y HelpMyCash, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier, <<Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios>>, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1/2016.

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi, <<Cláusulas abusivas en la contratación bancaria : vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula del suelo>>, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.

LYCZKOWSKA, Karolina, <<El decreto andaluz de expropiación de los bancos de las viviendas vacías es inconstitucional>>, Centro de Estudios de Consumo, fecha de publicación 27 de mayo de 2015.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, <<El contrato de hipoteca inmobiliaria>>, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

PÉREZ ROYO, Javier, <<Curso de Derecho Constitucional>>, Duodécima edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, <<Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen II>>, 36ª edición (9ª en Aranzadi), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

SANCHEZ GOYANES, E. <<Constitución Española Comentada>>, Ed. Paraninfo S.A, Madrid, 1994.

TOMILLO URBINA, Jorge Luis (Director), <<La protección jurídica de los consumidores en el espacio iberoamericano>>, Ed. Comares, Granada, 2014

VILLACORTA MANCEBO, Luis-Quintín; VILLACORTA CAÑO-VEGA, Antonio, <<Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos fundamentales>>, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director) << Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX Contratos de financiación y garantía>>, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2014.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://croem.es/web20/CROEMEconomia.nsf/xPage.xsp?documentId=8E4103985ADD9737C1257D80003B9762&action=OpenDocument&SessionID=DXFHVWNE8T>, consultada el 7 de mayo de 2016.

<http://www.denunciascolectivas.com/noticias/nuevo-mapa-de-la-retroactividad-de-la-clausula-suelo>, consultada el 7 de mayo de 2016.

<http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos de los /Regulacion de in/Fichas de normas/ORDEN EHA 2899 2d80150d1b95a41.html>, consultada el 16 de abril de 2016.

<http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>, consultada el 16 de abril de 2016

<http://es.euribor-rates.eu/euribor-2008.asp>, consultada el 5 de marzo de 2016.

http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Datos de la Justicia/Conciliacion de datos sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios N_35_junio_2013, consultada el 5 de marzo de 2016.

<http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Ene/Fich/be1401-art2.pdf>, consultada el 5 de marzo de 2016.

<http://www.ine.es>, consultada en marzo de 2016.

9- ANEXO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE (Sala Primera), sentencia de 14 abril 2016. ECLI:EU:C:2013:180
- STJUE (Sala Primera), sentencia de 17 julio 2014. TJCE 2014\106
- STJUE (Sala Primera), sentencia de 21 marzo 2013. TJCE 2013\93
- STJUE (Sala Primera), sentencia de 14 marzo 2013. TJCE 2013\89
- STJUE (Sala Primera), sentencia de 3 junio 2010. TJCE 2010\162

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Sala Pleno), sentencia núm. 93/2015 de 14 mayo. RTC 2015\93
- STC (Sala Pleno), sentencia núm. 45/1989 de 20 febrero. RTC 1989\45

TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), sentencia núm. 139/2015 de 25 marzo. RJ 2015\735
- STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), sentencia núm. 464/2014 de 8 septiembre. RJ 2014\4660
- STS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 406/2012 de 18 junio. RJ 2012\8857
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 118/2012 de 13 marzo. RJ 2012\4527
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 792/2009 de 16 diciembre. RJ 2010\702
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1124/2008 de 12 diciembre. RJ 2009\152
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 506/2008 de 4 junio. RJ 2008\3196
- STS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 265/1999 de 27 marzo. RJ 1999\2371

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Cantabria (Sección 4ª), sentencia núm. 90/2015 de 3 marzo. JUR 2015\159773
- SAP Cáceres (Sección 1ª), sentencia núm. 168/2013 de 20 junio. AC 2013\1747
- SAP Córdoba (Sección 3ª), sentencia núm. 114/2013 de 18 junio. AC 2013\1880
- SAP Alicante (Sección 8ª), sentencia núm. 368/2012 de 13 septiembre. AC 2012\2311
- SAP Cáceres (Sección 1ª), sentencia núm. 359/2012 de 10 julio. AC 2012\1375
- SAP Sevilla (Sección 5ª), sentencia de 7 octubre 2011. AC 2011\1569

JUZGADOS DE LO MERCANTIL Y DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI Ourense, núm.4, sentencia núm. 95/2013 de 13 mayo. AC 2013\1626
- SJMerc Málaga, núm.2, sentencia de 23 mayo 2013. AC 2013\1480
- SJMerc Sevilla, núm.2, sentencia núm. 246/2010 de 30 septiembre. AC 2010\1550