



UNIVERSIDAD DE JAÉN  
*Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*

Trabajo Fin de Grado

# **CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

**Alumno: Dolores Mercedes Galindo Bravo**

**Julio, 2015**

*Resumen:*

*En los últimos años, están proliferando en los Juzgados de Primera Instancia, las demandas presentadas contra entidades bancarias. Esto se debe al malestar general que han provocado las conocidas hoy como cláusulas suelo, las cuales establecen un tipo de interés mínimo en las operaciones de préstamo hipotecario a tipo variable. Éstas cláusulas aparentemente sencillas, han generado desequilibrios económicos en los prestatarios, que se han visto perjudicados al no poder beneficiarse de los descensos del índice de referencia que se ha producido durante alrededor de los últimos 10 años. Posteriormente, se han tratado de paliar sus efectos con sentencias, creadoras de jurisprudencia, que como veremos, no favorecen tanto como parece al usuario consumidor.*

*Palabras clave: cláusulas abusivas, cláusulas suelo, préstamos hipotecarios, control de transparencia, control de contenido, condiciones generales de la contratación, irretroactividad de las condiciones indebidamente cobradas,*

*Abstract:*

*In recent years, they are increasing in the Courts of First Instance , complaints against banks. This is due to the discomfort caused by the “cláusulas suelo”, which set a minimum interest rate on mortgage loan operations at variable rates. These clauses simple appearance, have generated economic imbalances in users , which have been hurt by not being able to benefit from the lows of the benchmark index has been produced for about the last 10 years. Later they have been treated to reduce its effects with sentences that do not seem to favor both as consumer user.*

*Keywords: Control of information transparency, control of content, general contracting conditions, unfair terms, retroactivity of the Terms wrongly paid.*

## **Índice**

|                                                                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. INTRODUCCIÓN .....                                                                                                    | 3  |
| 2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS RELEVANTES .....                                                                    | 5  |
| 3. FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE: LAS SENTENCIA DEL TS DE 9 MAYO 2013 Y DE 8 SEPTIEMBRE, ENTRE OTRAS..... | 12 |
| 3.1. STS 241/2013, de 9 de mayo. ....                                                                                    | 12 |
| 3.2. STS 464/2014 de 8 de septiembre .....                                                                               | 16 |
| 3.3. Otras sentencias .....                                                                                              | 18 |
| 4. CUESTIONES CONTROVERTIDAS .....                                                                                       | 20 |
| 4.1. Ámbito subjetivo .....                                                                                              | 20 |
| 4.2. Condiciones generales.....                                                                                          | 21 |
| 4.3. Desequilibrio o falta de reciprocidad .....                                                                         | 22 |
| 4.4. Elemento esencial del contrato.....                                                                                 | 23 |
| 4.5. Control de transparencia.....                                                                                       | 25 |
| 4.6. Irretroactividad de las cantidades indebidamente cobradas .....                                                     | 26 |
| 5. CONCLUSIONES .....                                                                                                    | 28 |
| 6. LEGISLACIÓN .....                                                                                                     | 30 |
| 7. JURISPRUDENCIA .....                                                                                                  | 31 |
| 8. BIBLIOGRAFÍA.....                                                                                                     | 32 |
| 9. WEBGRAFÍA .....                                                                                                       | 33 |

## 1. INTRODUCCIÓN

La vivienda siempre ha sido considerada como un bien de primera necesidad, e incluso como derecho fundamental, y así lo proclama la Constitución de 1978 en su artículo 47: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.”*. Ésta premisa, presente en la mente de todos, y sumada a la seguridad y estabilidad que siente una persona que posee una vivienda en propiedad, es lo que lleva a la sociedad actual a querer adquirir, por todos los medios posibles, una casa confortable en la que vivir.

Sin embargo, no todo el mundo tiene alcance para conseguir este objetivo, y con la situación económica actual se vuelve aún más difícil. Es por ello que tienen que recurrir a la financiación por parte de los bancos. De ese modo, se acude a los contratos de préstamos hipotecarios firmados con una entidad bancaria.

En palabras del Banco de España, el préstamo hipotecario es un producto bancario que le permite al cliente o prestatario, recibir una determinada cantidad de dinero (el denominado capital del préstamo) de una entidad de crédito (prestamista), a cambio del compromiso de devolver dicha cantidad, junto con los intereses correspondientes, mediante pagos periódicos (las llamadas cuotas). Se denomina hipotecario puesto que en este tipo de préstamos la entidad de crédito cuenta con una garantía especial para el recobro de la cantidad prestada: una hipoteca sobre un inmueble (una vivienda, por lo general) que suele ser propiedad del cliente.

El préstamo hipotecario es la principal carga de endeudamiento familiar, una situación agravada en el caso de aquellos que tienen una cláusula suelo implementada en su hipoteca.

Los intereses son los beneficios que reciben las entidades bancarias cuando llevan a cabo una operación de préstamo. Estos intereses dependen de las fluctuaciones del Euribor en el mercado, a no ser que se establezca un límite a esta variabilidad, que les asegure que siempre van a cobrar lo mismo durante los meses que dure el contrato. De modo que, estas cláusulas, surgidas en pleno apogeo de la crisis financiera y económica por la que atravesaba, y atraviesa España, han sido un recurso creado por las entidades financieras con el fin de asegurarse el cobro de una cantidad fija de intereses que, de producirse una baja en el tipo de referencia, serían mucho menores, y es que la crisis lleva consigo la aparición de nuevas técnicas o artificios para enriquecerse.

A pesar de lo expuesto, al consumidor no le queda otro remedio que adherirse a estos contratos con condiciones generales de contratación sin influir en las mismas. Por otro lado, es sabido que en muchas ocasiones las personas que contratan una hipoteca con su banco no leen la letra pequeña de lo firmado o los bancos no facilitan información

inteligible y adaptada a los conocimientos de los diferentes clientes<sup>1</sup>. Se plasma así una latente situación de inferioridad del prestatario con respecto al prestamista, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información<sup>2</sup>.

El IBE<sup>3</sup> indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”. De ese porcentaje, al menos un tercio, aproximadamente, contiene la citada cláusula.

Basándose en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como en la Directiva 93/13/CEE<sup>4</sup>, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 ha confirmado la validez general de la cláusula suelo, siempre y cuando se ajusten a los requisitos de transparencia, que el mismo Tribunal proclama. Ésta sentencia sienta jurisprudencia en el tema de las cláusulas suelo, sin embargo, no deja de ser una resolución aplicada a un caso concreto, por lo que a raíz de la misma se han dictado resoluciones dispares, algunas consideran la cláusula como abusiva con restitución de cantidades, otras, considerándola abusiva igualmente sólo condenan a la retirada de la cláusula en cuestión, mientras que otras tantas han confirmado su validez.

El presente trabajo pretende recoger los puntos fundamentales sobre el tema que nos ocupa, tema de candente actualidad que ha supuesto malestar, tanto para las familias en España que adquirieron préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, como a las entidades no conformes con las sentencias dictadas.

Este trabajo está realizado con el objetivo de aplicar los conocimientos que se han ido adquiriendo a lo largo de los cursos realizados, ponerlos en práctica y desarrollar un tema en concreto de interés e importancia, como es el derecho real, en concreto la hipoteca.

A continuación, vamos a describir los términos más importantes del tema, entre ellos, la propia definición de cláusulas suelo. Posteriormente, se verán, a groso modo, las sentencias más importantes que hablan del tema, recogiendo, por último, la problemática en torno a las mismas.

---

<sup>1</sup> Pereira Puigvert, Sílvia (2014), *Propuestas de mejora de la ejecución hipotecaria: especial referencia a «Ofideute»*, Editorial LA LEY.

<sup>2</sup> Pensamiento sostenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en numerosas sentencias.

<sup>3</sup> IBE, informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23 de septiembre de 2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas

<sup>4</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

## 2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS RELEVANTES

Para ahondar con mayor profundidad en el tema, es necesario definir una serie de conceptos básicos.

En primer lugar, hablaremos de las **condiciones generales de la contratación**. Definidas éstas en su propia Ley, la 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación<sup>5</sup>, concretamente en el artículo 1 que las vienen a definir como cláusulas redactadas antes de la fase de contratación, que se imponen en el contrato por una de las partes, el empresario, con independencia de que éste las haya redactado o no, y que se incorporan a una pluralidad de contratos. Es lo que se conoce comúnmente como contratación en masa.

Sin embargo, las anteriores difieren de lo que son **cláusulas no negociadas individualmente**, ya que si bien éstas también son cláusulas que se imponen por una de las partes, no se integran en una pluralidad de contratos. Es lo que se conoce como contrato de adhesión. A pesar de esto, la LCGC establece los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente que se incluyan en los contratos celebrados entre empresario y un consumidor<sup>6</sup>. A parte, estas cláusulas no negociadas individualmente junto con las cláusulas abusivas, se regulan en el Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>7</sup>.

En segundo lugar, el término **consumidor** ha tenido dudas a la hora de establecer el ámbito subjetivo pues, por un lado, las directivas comunitarias solo contemplan como consumidor a las personas físicas, mientras que el legislador español ha optado por considerar como tal, con carácter general también a la persona jurídica, artículo 3 del TRLGDCU “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”

De esta definición deriva, como recoge M<sup>a</sup> Isabel Frade, en su artículo<sup>8</sup>, un debate doctrinal puesto que hablamos de personas jurídicas que actúen con propósito ajeno a su actividad comercial. En este caso, se entendería perfectamente con las sociedades sin ánimo de lucro, pero, ¿qué ocurre cuando hablamos de una sociedad mercantil? Surgen dos posturas que intentan dar explicación a esta dicotomía: “*La primera, es entender*

---

<sup>5</sup> A partir de ahora LCGC

<sup>6</sup> Esta Ley se crea como trasposición de la Directiva Europea 93/13/CEE ya mencionada. La Directiva sólo protege a usuarios de los empresarios, mientras que la Ley protege frente a todo el que use condiciones generales en su actividad contractual.

<sup>7</sup> A partir de ahora TRLGDCU

<sup>8</sup> Frade Hevia, M<sup>a</sup> Isabel (2012), *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La cláusula de limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo)*, Editorial LA LEY.

*que hay actividad empresarial siempre que el bien o servicio contratado sea utilizado o de cualquier manera aproveche a la organización empresarial y, por tanto, se entiende que la hay tanto en la adquisición que contribuye directamente al proceso productivo o de comercialización que constituye el objeto social de la empresa, como en la adquisición de bienes de equipo, e incluso en contribuciones más indirectas respecto a la actividad principal. La otra interpretación de este concepto sería la de quienes para valorar si se está actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial distinguen el grado de vinculación de la operación el objeto social de la empresa, calificándola, en consecuencia, como operación de consumo cuando no pertenece al giro normal de la empresa, es decir, cuando no se vincula directamente en la actividad de producción, transformación o comercialización de bienes o servicios<sup>9</sup>”.*

En tercer lugar, definiremos lo que es una **cláusula abusiva**. Esto lo hace la Exposición de Motivos de la LCGC y el artículo 82 del TRLGDCU, los cuales hablan de dos requisitos por los que una cláusula puede entenderse como abusiva. Éstos son: a) que la cláusula vaya en contra de las exigencias de la buena fe, y b) que cause al consumidor un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones derivados del contrato. Pueden darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, que puede darse tanto en condiciones generales como en contratos de adhesión.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa (artículo 82.3 TRLGDCU).

El artículo 83 TRLGDCU, por su parte determina que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, no obstante, el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Con todo y con eso, los artículos siguientes (85 a 90 TRLGDCU) establecen qué tipo de cláusulas serán abusivas en todo caso:

- a) las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- b) las que limiten los derechos del consumidor y usuario.
- c) las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- d) las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- e) las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- f) las cláusulas que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

---

<sup>9</sup> Llebaría Samper, Sergio, *Protección de los consumidores en los contratos bancarios*, pp. 4 y ss.

Dicho esto, son muchas y muy distintas las cláusulas abusivas que se pueden dar en los préstamos hipotecarios. La STS 16 febrero 2009 recoge o analiza algunas de estas, por ejemplo, cláusula de redondeo a la alza, cláusula que permite resolver el préstamo por impago de una cuota, entre otras. Sin embargo, la cláusula que nos interesa, por ser el tema que nos ocupa y que más controversias está creando, como ya dijimos, es la conocida como clausula suelo o techo.

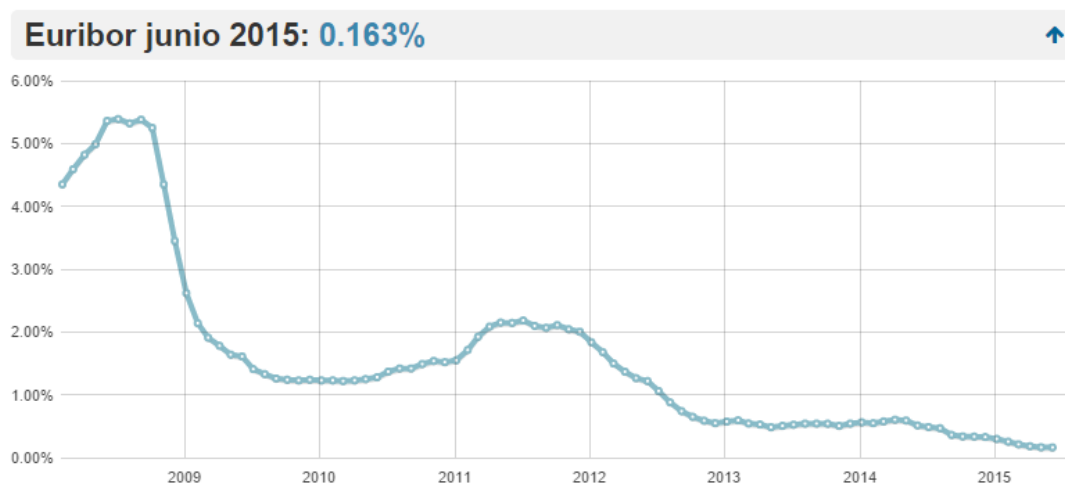
La **cláusula suelo o techo** es una disposición o condición, que se incorpora en los contratos de préstamo hipotecario, de manera unilateral, por parte de la entidad, y que consiste en establecer un límite a las bajadas (cláusula suelo) y subidas (cláusula techo) que se puedan producir en el tipo de interés variable que se aplica a la hipoteca. Es decir, es el mínimo o máximo que hay que pagar en las cuotas de la hipoteca. Las clausulas suelo se suelen identificar en el contrato mediante expresiones como "límites a la aplicación del interés variable", "límite de la variabilidad" o "tipo de interés variable".

El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en su Sentencia 241/2013 de 9 Mayo de 2013, en la que nos centraremos más adelante, realiza una descripción del efecto de las cláusulas suelo en los contrato de préstamo hipotecario cuando dice: *“Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia. [...] Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo -, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario. Con relación a estas últimas -únicas que son objeto de litigio-, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario”*.

Resumiendo, la cláusula suelo consiste en establecer un tipo de referencia, el más común es el Euribor, más un diferencial que varía según cada entidad, sin que sea posible determinar durante toda la vida del contrato cual será ese interés aplicable, ya que la propia evolución del tipo de referencia marcará el tipo final aplicable. Como podemos ver en la gráfica de más abajo, a partir de 2009 se produce una estrepitosa bajada del Euribor; posteriormente, se produce una pequeña subida en 2011, volviendo a bajar en 2012 hasta la actualidad; momento en el que se ha vivido la mayor caída de la historia. Como consecuencia del establecimiento de los límites a este tipo variable se ha

impedido que durante todo este tiempo los consumidores se hayan beneficiado de tales bajadas. De este modo, se produce un perjuicio económico para el cliente.

### Evolución del Euribor



Fuente: [www.helpmycash.com](http://www.helpmycash.com)

En este sentido, no se consideran abusivas estas cláusulas por el mero hecho de suponer un riesgo como consecuencia de establecer un límite a las subidas y bajadas, ya que se supone que son ambas partes las que asumen dicho riesgo cuando se produce una variación en el tipo de interés de manera cambiante. De tal modo que, limitar los efectos de la variación respecto de una sola de las partes, es generar a favor de ésta un beneficio al atribuirle las consecuencias positivas y protegerlo respecto de las negativas de dicha fluctuación de tipos de interés, generando en consecuencia un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Por otro lado, no puede negarse que la entidad bancaria goza de libertad para fijar el tipo de interés que va a percibir. Esto quiere decir que posee libertad de establecimiento de acotaciones a las variaciones del tipo de interés de referencia, permitidas expresamente por nuestra legislación y sometidas a los deberes de información, antes mencionados. Si bien, respecto de las mismas no se puede negar que en determinadas ocasiones sí pueden considerarse abusivas en cuanto que en la práctica supongan la generación, a favor de la entidad predisponente, de una situación beneficiosa no

reconocida en términos equivalente al consumidor y que además no tiene un reflejo en el resto de los elementos del contrato<sup>10</sup>.

Sin embargo, lo cuestionable realmente es la posibilidad de que los límites sean irreales y perjudiciales para una de las partes, el consumidor o usuario, ya que lo que ocurre es que el tipo mínimo de interés, como hemos visto, no permite beneficiarse al consumidor de las bajadas del tipo de referencia que se está produciendo en la actualidad y, antagónicamente, tampoco les protege frente a subidas, porque las cláusulas techo son tan altas que estadísticamente es imposible que lleguen a darse.

Con independencia de todo lo expuesto, incluir o establecer una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario no es ilegal, se convierte en ilegal cuando no cumplan los criterios de transparencia.

Para comenzar a entender que es la transparencia debemos familiarizarnos con dos términos que van de la mano, como son el control de inclusión y control de contenido.

Las cláusulas no negociadas están sometidas a un doble control. Por un lado, un control de inclusión, recogido en el artículo 80 TRLGDCU. Tiene como finalidad que la cláusula sea conocida y comprendida por el usuario en el momento de la celebración del contrato, para que este pueda decidir si la acepta o no.

Las cláusulas no negociadas individualmente tienen que tener, a tenor del artículo: *“concreción, claridad y sencillez en la redacción y accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor o usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”*. En condiciones generales, además de estar redactadas con los criterios antes mencionados, tienen que ser aceptadas por el usuario. Se tiene que informar del contenido de tales cláusulas pero además debe entregarse un ejemplar de las mismas.

En la LCGC se dice que *no se entienden por incorporadas las cláusulas que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer o sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*. Sin embargo, en los contratos bancarios, al usarse terminología compleja la misma puede ser de difícil comprensión para un consumidor medio. Se establece entonces aquí una excepción, en este caso se entienden incorporadas siempre que se ajuste a la normativa específica, contemplada en la hoy derogada Orden de Transparencia, de 5 mayo de 1994, en la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Circular 5/12 del Banco de España.

Estas normas establecen las pautas a seguir y la documentación e información precontractual y contractual exigible, con lo que pretenden garantizar la transparencia contractual, la información debida, y la libre formación de la voluntad del contratante.

---

<sup>10</sup> Frade Hevia, M<sup>a</sup> Isabel (2012), *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La cláusula de limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo)*, Editorial LA LEY.

Es decir, se pretende que el contratante tenga un conocimiento pleno e informado y que haya podido decidir libremente, tras comparar ofertas similares, y especialmente respecto de las cláusulas sobre limitación de tipo de interés, cláusulas suelo.

En cuanto al control de contenido, lo que pretende es que no se incluyan cláusulas que sean abusivas. El concepto de cláusula abusiva sólo se aplica a los contratos entre consumidor y profesional. Como ya se mencionó anteriormente, el artículo 80.1 del texto refundido exige para poder incorporar estas cláusulas no negociadas que haya buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, por tanto excluye el uso de cláusulas abusivas.

Tanto si la cláusula no pasa el control de inclusión como si no pasa el control de contenido, la consecuencia es que se tiene por no puesta en el contrato, es decir, es nula de pleno derecho.

Por último, el control de transparencia es uno de los mecanismos del control de contratación seriada o contratación en masa (art. 5 Directiva 93/13). Consiste en un control de legalidad, que tiene como fin en sí mismo comprobar que la cláusula plasma de una manera comprensible para el consumidor los aspectos básicos del contrato, de manera que éste pueda conocer y entender, tanto las consecuencias económicas como las jurídicas que conllevaran la firma de ese contrato.

En cuanto a la aplicación de estos controles, cuando se trata de condiciones generales de contratación hay que irse al artículo 7 LCGC. En su apartado a) habla del control de inclusión, este es el primero que debe hacerse y consiste en probar que el adherente no tuvo ocasión u oportunidad real de conocer dichas condiciones generales al tiempo de la celebración. En el apartado b) habla del control de contenido, cuando las condiciones generales sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensible, también prevé su no inclusión, salvo cuando hayan sido *«expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato»*; es decir, salvo que superen en control de transparencia.

Por otra parte, como expone Carlos Sánchez en su artículo<sup>11</sup> “el cumplimiento del deber de transparencia se ha de verificar en la propia reglamentación predispuesta y en la adecuada configuración de las cláusulas y no en la verificación de un posible error en el consentimiento [...], en palabras de la sentencia, *«de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo del contrato»*.”

Se torna difícil cumplir exhaustivamente la transparencia en los términos que aquí se recogen puesto que se trata de que el consumidor tenga pleno y completo conocimiento

---

<sup>11</sup> Sánchez Martín, Carlos (2014), *El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica*, Editorial LA LEY.

de cómo la cláusula influirá sobre el coste real que le supondrá la inclusión de la misma en su préstamo hipotecario, repercutiendo directamente en la carga económica que verdaderamente tendrá que soportar antes de la formalización del contrato. Sólo con este pleno conocimiento el potencial cliente podrá tomar la decisión de contratar consciente de los términos esenciales del contrato como es el precio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Catena Real, Rosa (2014), *La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo*, Editorial LA LEY.

### **3. FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE: LAS SENTENCIA DEL TS DE 9 MAYO 2013 Y DE 8 SEPTIEMBRE, ENTRE OTRAS.**

De las numerosas veces que el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo, hay que destacar dos sentencias fundamentales que sientan las bases para todas aquellas sentencias posteriores que deban dictarse en el campo de las declaraciones de nulidad de cláusulas de este tipo.

Se trata, por un lado, de la STS (Sala de lo Civil) nº 241/2013, de 9 de mayo. Esta Sentencia constituyó un hito fundamental en lo que a “cláusulas suelo abusivas” se refiere. Se trata de una sentencia muy extensa. En ella, el Tribunal considera que las cláusulas suelo impugnadas poseen naturaleza de condiciones generales de la contratación y definen el objeto principal del contrato, el precio del préstamo.

Por otro lado, tenemos la STS 464/2014 de 8 de septiembre. Ésta, tomando alguno de los argumentos de su predecesora, resuelve a favor de considerar las cláusulas como abusivas basándose en la falta de reciprocidad, por no haber cláusula techo, entendida ésta como una contraprestación de la cláusula suelo.

Con el fin de ver las bases que estas sentencias han sentado es esta materia pasaremos a hacer un breve repaso sobre cada una.

#### **3.1. STS 241/2013, de 9 de mayo.**

En cuanto a la STS de 9 de mayo, se trata de una sentencia novedosa y llena de matices. Con ella el Tribunal Supremo resuelve el litigio que comenzó en el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, por parte de la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc) contra varias entidades de crédito, entre ellas BBVA, S.A.; Cajas Rurales Únicas, S.C.C.; y NCG Banco, S.A.U.; ejercitando acción colectiva. En la misma, se insta a que se declaren nulas las condiciones generales de los contratos, que consistían en establecer un tipo mínimo de interés (cláusulas suelo), que se recogían en los préstamos hipotecarios firmados por estas entidades, por considerarse éstas abusivas. Del mismo modo, se pide que sean eliminadas, no sólo de los contratos ya firmados sino también de los que puedan firmarse en un futuro.

En una primera instancia el Juzgado de lo Mercantil falló en favor de Ausbanc, concediendo a ésta sus pretensiones. Sin embargo, la sentencia fue recurrida, y revocada por la AP de Sevilla. Esto supuso que fuera recurrida en casación por AUSBANC, lo que permitió al TS dictar la sentencia de la que hablamos.

Las sentencias dictadas por los diferentes tribunales que acaecían hasta ese momento eran confusas y no tenían un criterio claro. De este modo, la misma establece unas pautas para detectar si estamos ante una cláusula suelo ilícita o no.

En primer lugar, el tribunal afirma que las cláusulas suelo son condiciones generales de contratación, y a la vez, definen un elemento esencial del contrato, como es el precio. Según la Directiva 93/33, en su art. 4 2. no se puede considerar que una cláusula sea abusiva si se refiere a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

El Alto Tribunal se aleja, por tanto, del argumento del desequilibrio de prestaciones, que sí contemplaba el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, y se centra en la premisa del deber de cumplimiento de la legalidad, concretada en la Orden de transparencia EHA/2899/2011, de 28 de octubre, considerando, por tanto, que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato pueden perfectamente someterse a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible. Y es que el hecho de que se refieran a la definición del objeto principal del contrato no les exime de someterse al doble control de transparencia de los contratos con consumidores (control de información y control de comprensibilidad real).

El TS alude a que, en virtud de los artículos 5.5 y 7 de la LCGC (criterios de transparencia: claridad e información) las condiciones generales pueden ser objeto de control de abuso, por la vía de su inclusión y de su transparencia, y que tal control puede y debe corresponder a los Tribunales.

Por último, sobre este asunto el Supremo concluye que cuando el control de transparencia se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato lo que trata de conseguir es que el adherente conozca con sencillez tanto la «carga económica», entendida como el esfuerzo económico que supondrá la constitución de la relación contractual, y la «carga jurídica», es decir, la definición clara de su posición jurídica a la que se compromete. Además debe permitirle saber que se trata de un elemento delimitador del objeto del contrato (el pago del precio) y *conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos* (FD 15º de la Sentencia).

Otra particularidad que declara es que se trata de cláusulas impuestas, no negociadas previamente al no aportar el demandado ninguna prueba que acredite lo contrario. La califica entonces como cláusula predispuesta puesto que el prestatario no ha podido influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere o debe renunciar a contratar. Empero, el hecho de que sean impuestas, no quiere decir que sean ilícitas.

Por tanto, hay que saber que la sentencia no proclama la ilicitud de todas las cláusulas suelo, al contrario, declara la legalidad en general de las mismas. Para que sea declarada su nulidad por abusiva deben darse una serie de presupuestos enumerados en la sentencia, y que concurrían en el caso concreto a tratar. Estos son:

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

Expuestos los motivos, entiende el TS que las cláusulas no superan el control de transparencia puesto que este principio *“debe garantizar, asimismo, que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”*. En este caso no se da, pues las cláusulas no están redactadas con suficiente claridad, de modo que las declaran nulas de pleno derecho y se insta a las entidades demandadas a que eliminen las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecarios ya suscritos, prohibiendo también su incorporación en sucesivos contratos.

No pueden, como recoge el tribunal en la exposición de circunstancias delimitadoras de cláusula abusiva, estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Ante todo lo anterior, el tribunal manifiesta la subsistencia de los contratos a pesar de que las cláusulas se hayan considerado nulas, siempre y cuando pueda sostenerse sin las mismas, a tenor del artículo 83 TRLGDCU.

A raíz de la Sentencia del Supremo se han incrementado las medidas para asegurar la información, por ejemplo tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, los contratos de préstamo hipotecario que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas suelo y techo, deberán incluir en la escritura pública,

junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

Otro punto importante, por controvertido, de la sentencia, es cuando se habla de los efectos retroactivos de las cantidades indebidamente cobradas.

La Sentencia declara que no tiene efectos retroactivos, por ende no se aplicará a otros contratos anteriores, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. Es decir, en favor de los bancos, se decreta que se devuelvan las cantidades que se hayan abonado desde el 9 de mayo de 2013, lo que supondrá una devolución mínima en comparación con lo ya indebidamente abonado. La justificación que se da a este pretexto es que la devolución de todas las cantidades debidas, a todos los demandantes de estas cláusulas supondría un desorden público económico, de modo que la economía se vería afectada, argumento cuestionable como ya veremos en el siguiente epígrafe.

Además, también tiene efecto “*inter partes*”, es decir, el pronunciamiento no afecta a otros que no sean parte del proceso, ni puede extenderse a otras entidades financieras distintas de las demandadas. Esto se debe a que, aunque se trate de una sentencia importante en esta materia, no deja de ser una resolución para un caso concreto, de modo que cada tribunal deberá resolver, haciendo un juicio de valor propio, los casos, individuales o colectivos que se planteen en los juzgados.

Como recoge la propia sentencia, su fallo no afectará a «*situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia*».

Posteriormente, el TS dictó auto de aclaración<sup>13</sup> de su sentencia de 9 de mayo. En ella se piden que se rectifiquen una serie de requisitos materiales, y que se aclaren algunos aspectos difusos. Entre ellos, se plantean varias cuestiones primordiales: a) Si las circunstancias que provocan la declaración de nulidad de las cláusulas ha de apreciarse caso por caso, y si la nulidad se proyecta sobre las cláusulas en las que concurren todas las circunstancias indicadas en las letras a) a f) del apartado séptimo del fallo por el contrario, también se proyecta sobre las cláusulas suelo cuando tan solo concurren alguna o algunas, pero no todas; b) A través de qué mecanismos se pueden considerar informado el consumidor; c) Si el consumidor se ha beneficiado alguna vez del establecimiento del límite al tipo de interés, se rompe lo abusivo.

El tribunal responde a la primera cuestión certificando que las circunstancias, antes expuestas, no constituyen una relación exhaustiva con exclusión de cualquier otra, es decir, no se trata de un *numerus clausus*, por lo que, para el caso concreto, habrá de hacerse un juicio de valor abstracto con los parámetros establecidos. Por ende, la presencia aislada de alguna, o algunas, puede ser suficiente para considerar la cláusula no transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

---

<sup>13</sup> Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 3 Jun. 2013, Rec. 485/2012.

En cuanto a la información al consumidor sobre la trascendencia de la cláusula y su incidencia en la ejecución del contrato, no existen medios tasados para obtener dicho resultado, pudiéndose emplear una pluralidad de ellos. Sin embargo, sí que recoge una serie de medidas, que, de darse, se entiende que se estaría bien informado, son: la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato; y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquél.

Por último, respecto a los efectos de la bajada del índice de referencia durante un tiempo, el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor.

Por medio de esta sentencia, el Tribunal Supremo refuerza la posición de los consumidores y se adhiere a la línea de pensamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>14</sup> que va siempre encaminada a la protección al consumidor, aunque esto es discutible por parte de la doctrina que determina que la Sentencia del Supremo verdaderamente favorece a la entidad al no tener que devolver las cantidades indebidamente cobradas durante todo el tiempo que haya durado el préstamo<sup>15</sup>.

### **3.2. STS 464/2014 de 8 de septiembre**

En cuanto a la STS de 8 de septiembre<sup>16</sup>, da un paso importante en la caracterización del control de transparencia y, más allá de la resolución de la controversia.

A diferencia de la anterior, ésta se manifiesta sobre ocho acciones individuales que pretendían declarar la nulidad de un contrato de préstamo de garantía hipotecaria con condiciones generales. La acción se presenta contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia. Se alega, por parte de la demandada, que las cláusulas no fueron negociadas, ni se le dio publicidad a la cláusula.

Se manifiesta que la cláusula pasa desapercibida dentro de una cláusula más amplia en la que se habla, en general, de la variabilidad, no relatando así su especificidad. Contra

---

<sup>14</sup> STJUE 30 abril 2014 C-26/13 establece que debe haber claridad tanto gramatical como en la información que se da sobre el concreto mecanismo del producto ofrecido, de manera que el consumidor pueda evaluar fácilmente los riesgos a asumir.

<sup>15</sup> Catena Real, Rosa (2014), *La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo*, Editorial LA LEY.

<sup>16</sup> Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada en recurso de apelación núm. 359/2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Segovia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 55/2012.

esto la demandada negó el carácter impuesto de la cláusula alegando además que se proporcionó información suficiente sobre las condiciones económicas pertinentes.

En primera instancia, se estimó particularmente la demanda. El tribunal declaró la cláusula abusiva no en sí misma, ni por la cuantía fijada, sino por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, basando sus argumentos en que debería haberse incorporado una cláusula techo que estableciera un límite a la alza como contraprestación que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo, aunque, a mi parecer, esto no sería una contraprestación ya que los techos que se establecen son tan altos que esto tiene como consecuencia que nunca llegarían a darse en el tiempo que durase el contrato. Por ejemplo, si el interés inicial es de 4,5% se fija un límite mínimo o cláusula suelo de 3% y un límite máximo o techo del 12%.

En cuanto a la devolución de las cantidades, el tribunal no accedió a la devolución, a pesar de que fuera pedida por la demandada, puesto que no se ajustaba a la solicitud del artículo 219 LEC, esto es, pedir una acción declarativa del derecho a percibirlos, junto con la solicitud de la condena a su pago, cuantificando su importe.

Se apela la sentencia y la AP la revoca alegando que las cláusulas no son abusivas ya que no consta que haya déficit de información, ni que, aunque se trate de una cláusula predispuesta, ésta no estuviera negociada.

Estos argumentos fueron retocados por el TS, que quedaron sin efecto con la promulgación de la sentencia ahora comentada.

La sentencia hizo uso de algunas ideas de su antecesora, como es la consideración de que se trata de un elemento principal del contrato, perfectamente compatible con la naturaleza de las condiciones generales ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el contrato; y por otro lado, que el conocimiento no puede asemejarse a consentimiento. Pero, al margen, sentó sus bases usando otros criterios propios. Se centra en aplicar el control de transparencia real, haciendo desaparecer, por tanto, el control de contenido o juicio de abusividad. Según sus razonamientos, el prestamista no incluyó, según la sentencia, *«los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba»*. Es decir, concluye en que las cláusulas no fueron negociadas previamente, ni podían entenderse claramente pues se encontraban incrustadas en el marco de la oferta comercial realizada, no podía vislumbrarse entre la palabrería y los datos complejos que recogía una cláusula más amplia y extensa referida al interés variable del préstamo, no permitiendo, por tanto, su distinción específica.

La sentencia expresamente rechaza que este control quede acreditado con el documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Se argumenta que el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas de préstamo, en

donde la cláusula suelo, referida genéricamente y sin más especificaciones a un «tipo mínimo anual», queda encuadrada en el apartado referido al «tipo de interés variable» sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance<sup>17</sup>.

### 3.3. Otras sentencias

A raíz de estas sentencias, la casuística sobre cláusulas suelo es de lo más dispar. Aunque la mayoría de los pronunciamientos han seguido la línea de las mismas, otras muchas han optado por no aplicarlas, o aplicarlas con modificaciones.

De este modo, una primera línea jurisprudencial sigue el trayecto de la STS 9 de mayo, es decir, las cláusulas son una condición general y a la vez conforman el elemento del contrato que se resuelven abusivas atendiendo a criterios de transparencia, a si hubo conocimiento previo y suficientemente informado a través de aclaraciones individuales del significado de cada cláusula. Otro punto importante de esta tendencia es la irretroactividad de las cláusulas indebidamente cobradas.

Otra rama de la jurisprudencia aboga por considerar que las cláusulas son parte esencial del contrato y por ello, no pueden considerarse como condición general de contratación puesto que se entienden conocida por el prestatario. Son legales y plenamente validas pero pueden tornarse abusivas si cumplen los requisitos de la Directiva 93/13, que refiere que una cláusula es abusiva en los siguientes supuestos: a) no se ha negociado, b) es contraria a la buena fe, c) cuando causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En este caso el desequilibrio trata sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas limitativas por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza.

Bajo esta línea jurisprudencial encontramos la Sentencia de la Sección 5.ª de la AP de Sevilla de fecha 7 de octubre de 2011, La cual estimaba el recurso interpuesto por las entidades financieras contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, y que posteriormente se revocó por la STS de 9 de mayo. Y entre otras, pueden citarse las siguientes: SAP de Sevilla, de 7 de octubre de 2011; SJM de Madrid, de 8 de septiembre de 2011; SJM de Alicante, de 23 de julio de 2011 y SJM de Jaén, de 7 de febrero de 2012.

Otra tendencia ha sido, en contra de las STS anteriores, la de abonar las cantidades indebidamente cobradas con efectos *ex tunc*, es decir, desde el inicio del contrato. Este es el caso de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén de 13 de diciembre de 2013 y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 16 de enero de 2014, las cuales mantienen el criterio de la nulidad de las cláusulas suelo por la falta de información y transparencia, y además, condenan a la

---

<sup>17</sup> Sánchez Martín, Carlos (2014), *El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica*, Editorial LA LEY.

entidad financiera a abonar las cantidades que hubiesen cobrado indebidamente en aplicación de la cláusula suelo.

También aquí podemos enmarcar la sentencia núm. 134/2013 del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en la que establece que *«no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado (11.973,10 euros) pueda generar ningún riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico»*. Parece, por tanto, que la esencia de establecer la retroactividad o no se centra en determinar: a) si existe o no dicho riesgo, y b) qué se considera riesgo con trascendencia en el orden económico. Si se trata de devolver una cuantía reducida no puede considerarse un riesgo grave para el orden económico, sobre todo, si se tiene en cuenta que se ha detectado una práctica abusiva y una persona ha pagado en exceso. Además de tener presente lo contemplado en el art. 1303 de nuestro Código Civil, esto es, la restitución una vez declarada la nulidad de una obligación. Ahora bien, devolver el dinero cobrado indebidamente por la banca en todos los supuestos sí podría tener repercusión negativa en el orden económico puesto que estaríamos hablando de una cuantía muy elevada.

Otras son más reacias a devolver las cantidades, como es el caso del juzgado de lo mercantil 1 de Málaga que determinó que había que devolver las cantidades desde la sentencia de 2013, siempre y cuando no se haya dejado de cobrar la cláusula desde dicha fecha, caso éste en el que no habrá que devolver nada.

Por último, otra parte de la jurisprudencia considera que la cláusula no es un elemento esencial del contrato, sino que poseen carácter accesorio y ello debido a que la cláusula no ha sido negociada con anterioridad a la firma del contrato deviniendo ésta en nulidad de pleno derecho al ser una cláusula impuesta. También califican nula dicha cláusula por el desequilibrio de prestaciones que obviamente perjudica al consumidor, a tenor de lo establecido en los artículos 82.1 y 82.4 LDCU. Así se ha pronunciado la SAP Alicante de 13 de septiembre de 2013.

## **4. CUESTIONES CONTROVERTIDAS**

Este apartado consiste en un epitome de las cuestiones controvertidas de las cláusulas suelo que se derivan de las sentencias anteriores.

### **4.1. Ámbito subjetivo**

Las cláusulas suelo, como decíamos en apartados anteriores, han desencadenado un descontento general debido a que los usuarios que firmaron préstamos hipotecarios se han sentido engañados por no poder beneficiarse de la bajada que en los últimos años ha experimentado el referente al que sus hipotecas estaban ligadas.

Este descontento no ha afectado sólo a personas físicas, sino que son personas jurídicas las que han firmado también esta clase de contratos. La Sentencia de 9 de mayo que analizábamos en el epígrafe anterior, tiene como ámbito de aplicación únicamente el consumidor o usuario entendido como persona física.

Esto es lo que nos lleva a analizar la primera controversia, cuál es el ámbito subjetivo de aplicación.

El fundamento legal del control de transparencia se encuentra en el artículo 5.5 LCGC. Ésta Ley es de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional y cualquier persona física o jurídica, que actúe, o no, en el marco de su actividad profesional. Sin embargo, como en la Sentencia del TS la parte demandante es considerada consumidor, la sentencia aplica el control de transparencia en la línea del TRLGDCU (control de abusividad), y éste, aunque contempla al consumidor como persona física o jurídica, limita esta última sólo a aquellas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3, TRLGDCU).

Es el consumidor, por tanto, la persona física, el que puede reclamar las cláusulas suelo pero también las empresas o personas jurídicas que posean préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, las cuales reclamaran con los mismos motivos de no transparencia pero con un procedimiento algo más complejo en el que se aplica la norma de diferente manera.

Puede ser cuestionable esta proposición, pues el fundamento de la legalidad de las cláusulas suelo no es otro que el que sean claras y entendibles para la persona a las que va dirigida, que normalmente, es un ciudadano medio lego en la materia. Es por esto, que podría llegar a pensarse que las personas jurídicas no cumplen este requisito, pues tienden a ser duchos en contabilidad; e incluso puede que tengan algunas nociones de derecho; aunque como siempre, habrá de estar al caso concreto.

## 4.2. Condiciones generales

En los procedimientos, una de las cuestiones controvertidas era la consideración de cláusulas abusivas como condición general de la contratación y la imposibilidad de declarar su nulidad por afectar a un elemento esencial del contrato como es el precio. Este es uno de los argumentos que solían emplear las entidades bancarias, y que de hecho la SAP de Sevilla aceptó en segunda instancia (revocando la sentencia del Juzgado de lo Mercantil) que la cláusula no podía considerarse como condición general al no concurrir en el art. 1 de la LCGC.

Deben concurrir, por tanto, cuatro requisitos para que una cláusula sea calificada como condición general de la contratación (recogidos en la STS 9/05/2013):

- a) Contractualidad, esto es, que la inserción de la cláusula en el contrato no se deba al acatamiento de una norma imperativa.
- b) Predisposición, es decir, que se trate de una cláusula prerredactada, siendo irrelevante la autoría de la misma.
- c) Imposición por una de las partes, ha de ser incorporada al contrato de manera unilateral, el empresario.
- d) Utilización en una pluralidad de contratos.

Defendían, a este respecto, las entidades financieras que dado que la firma del préstamo con garantía hipotecaria va precedida de una negociación, con entrega de una oferta vinculante, regulada minuciosamente en la OM 5 de mayo de 1994, sustituida por la OM de 28 de octubre de 2011, nunca podríamos estar ante una condición general de la contratación. Incluso se decía que no podía ser calificada como tal por afectar a un elemento esencial del contrato, el precio y, precisamente por ello, el consumidor conoce la cláusula y la acepta libre y voluntariamente (SAP Sevilla de 7 de octubre de 2011).

Esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada por la STS de 9 de mayo de 2013, que reitera la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la posición inferior del consumidor alegando que para restablecer el equilibrio debe declararse la nulidad de la sentencia. El TS se pronuncia, sobre este tema, en los términos que vimos en el apartado anterior:

1. El hecho de que las cláusulas suelo se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
2. El conocimiento de una cláusula, sea o no condición general, es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias no obligaría a ninguna de las partes.

3. No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

Concluyendo que: «a) *La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.*

*b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.*

*c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.*

*d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario»*

Aunque como ya se ha expuesto, sobre este argumento hay disparidad de opiniones, la mía coincide plenamente con la doctrina que establece el tribunal. Pues considero que cumplen perfectamente todos y cada uno de los requisitos por los que se puede considerar la cláusula suelo como condición general de la contratación y que ello no es incompatible con la condición de elemento esencial del contrato, la cual puede imponerse por una de las partes y aceptar la otra, sin tener que ser negociado por ambas. Verdaderamente está recogiendo un componente esencial como es el precio que paga el prestatario, aunque sea fraccionado.

#### **4.3. Desequilibrio o falta de reciprocidad**

Este es un punto, que deriva de la STS de 8 de septiembre, la cual, como hemos visto, alegaba en su fallo que las cláusulas suelo devenían abusivas pero no en sí mismas sino por falta de reciprocidad, por producir un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Esto se fundamentaba en que no se había incorporado una cláusula techo que estableciera un límite a la alza como contraprestación que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés.

En contra de este pensamiento, contrapongo la posición dada por M.<sup>a</sup> Isabel Frade Hevia, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia, a mi parecer más acertada que lo que contempla la propia sentencia.

Según sus argumentos, «la falta de reciprocidad a la que la ley alude se refiere a los contratos bilaterales, en los que la obligación de una de las partes se corresponde con la

obligación de la otra parte. Sin embargo, el contrato de préstamo es un contrato unilateral en el que una parte entrega dinero y la única obligación que surge es para el prestatario, la de restituirlo junto con los intereses en el plazo estipulado.

El equilibrio al que el art. 82.1 del texto refundido, se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Cuando el prestatario acepta que el precio será variable está aceptando los cambios (a la alza y la baja) que se puedan producir durante la vida del contrato. La introducción de límites a esta variabilidad no es un pacto que se corresponda con ninguna contraprestación de la entidad sino que se trata de un mero medio de control del riesgo. No hay desequilibrio o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, la introducción de estos límites, por tanto, es plenamente legal».

La aplicación de la cláusula suelo provoca que no pueda el consumidor beneficiarse de la bajada de los tipos de interés pero ésta cláusula no está justificada ni si quiera cuando el préstamo también contenga una cláusula techo sino que a mi entender, es una confirmación del despropósito de las entidades por enriquecerse, pues, con los valores que se les dan a estas cláusulas, provoca que no puedan ser aplicadas en la práctica en toda la vida del préstamo y tampoco pueda beneficiarse del establecimiento de éstas.

#### **4.4. Elemento esencial del contrato**

La Directiva 93/33, en su art. 4 establece a grandes rasgos dos nociones importantes. La primera, como ya predicaba el art 82.3 TRLGDCU, habla de que el carácter abusivo se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato. La segunda, excluye de las cláusulas abusivas aquellas que se refieran al objeto principal del contrato.

El art. 8 de dicha Directiva establece 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 contraposición de estos artículos se plantea una cuestión prejudicial al TJUE *«¿El art. 8 de la Directiva debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el art. 4.2 de la Directiva?»*.

A esta cuestión el TJUE en Sentencia (Sala Primera) de fecha 3 de junio de 2010 respondió diciendo: *«Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se*

*trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el art. 4, apartado 2, al ordenamiento interno. En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el art. 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta. A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los arts. 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».*

Dicho esto, sólo cabe concluir las cláusulas contractuales no negociadas individualmente que afecten a elementos esenciales del contrato también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad.

Ahora, cada parte de la doctrina puede considerar las cláusulas como elemento esencial del contrato o no. De una parte, encontramos la STS de 9 de mayo, que como ya sabemos sí lo considera elemento del contrato. De otra parte, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid de 8 de septiembre de 2011 considera que la cláusula suelo no tiene el carácter de esencial porque aunque eventualmente sirve para determinar el tipo de interés, que es el precio que se paga a la entidad por la operación del préstamo hipotecario, no cumple siempre esa función sino sólo cuando se dan los presupuestos facticos de la cláusula que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto, se trata de una aplicación eventual y no permanente.

En mi opinión sí que se trata de un elemento esencial del contrato. Conforme al art. 1402 Cc, el objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones. El objeto del contrato, es en esencia, una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer. La cláusula suelo al fin y al cabo es el precio que está pagando el consumidor por recibir, de parte del prestatario, ese bien (dinero, en este caso). Es la obligación que deriva del contrato, el pago del precio más el pago de los intereses, sea éste fijo (cantidad determinada) o sea variable (cantidad indeterminada), pues, según el art. 1273 Cc. el objeto del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su

especie, mientras que la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes.

#### 4.5. Control de transparencia

La primera sentencia que trató de delimitar modernamente el «control de transparencia» del «control de contenido» es la STS (Sala Primera) de 18 de junio de 2012. En ella se trataba de resolver el carácter abusivo de un préstamo que se contrató a un interés muy superior al habitual, justificado éste por las circunstancias singulares de refinanciación de dicha operación y por los riesgos que asumía el prestamista, a lo que se unía el hecho probado de que el prestatario conocía perfectamente y asumía esa circunstancia excepcional de un tipo de interés más elevado del normal por el riesgo que entrañaba su refinanciación<sup>18</sup>.

Los contratos, una vez firmados deben cumplirse. El consentimiento es un aspecto esencial del contrato. Existe, por tanto, la necesidad de proporcionar información clara y conocimiento previo al usuario para que éste pueda decidir si le interesa o no el objeto del contrato y como consecuencia, consentir.

Este adecuado conocimiento previo e información clara es lo que ha provocado el conflicto con las cláusulas suelo, pues las mismas se encontraban entre cláusulas más extensas y complejas, lo que hacía difícil su especificación y comprensión.

Expuesto anteriormente el planteamiento del tribunal, del mismo se derivan consecuencias prácticas.

En primer lugar, no hay declaración de nulidad en las cláusulas suelo, por lo que en principio son lícitas, pudiéndose solicitar de forma judicial o extrajudicial el carácter ilícito. La Sentencia dictamina la nulidad relativa de la cláusula suelo, es decir, se tiene por no puesta, no afectando a la validez del resto del contrato de préstamo hipotecario a interés variable que subsiste en dicha cláusula suelo.

En el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo, el carácter ilícito de la cláusula suelo se determina por su inclusión en el contrato sin que el consumidor fuese específica y suficiente informado respecto del significado y alcance que tenía dicha cláusula como elemento definitorio del objeto principal del contrato. Esta inclusión no informada convierte un contrato de tipo de interés variable en un préstamo hipotecario de interés fijo.

---

<sup>18</sup> Plaza Penadés, Javier (2013), *Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo*, Editorial LA LEY

La cláusula quedaba oculta *«entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor»*; junto con otros aspectos que corroborarían la falta transparencia, como son la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual, o la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Por ello, la Sentencia obliga a que las entidades demandadas eliminen dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y, lo que es más importante, *«cesar en la utilización»* de la cláusula suelo, subsistiendo el resto del contrato.

En consecuencia, aquellos préstamos concertados con otras entidades bancarias que se negocien en idénticas condiciones a los de la Sentencia del Supremo, esto es, sin una información adecuada sobre la que se proyecta el consentimiento y oculto entre una gran cantidad de condiciones generales, incumpliendo así las exigencias del control de transparencia, pueden reclamar lo mismo: que se cese, desde el momento de la reclamación, en la aplicación de dicha cláusula y que el contrato subsista con el tipo de interés variable pactado.

#### **4.6. Irretroactividad de las cantidades indebidamente cobradas**

La cuestión controvertida surge en el planteamiento del Tribunal Supremo, consistente en la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, únicamente hasta la fecha de promulgación de la sentencia, *“[...] 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»*.

Esto supone una contraposición a lo establecido en el art. 1303 Cc “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 los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

El Tribunal fundamenta su alegación en la idea de que la restitución de las cantidades indebidamente cobradas a todos los afectados por las cláusulas suelo afectarían al orden público económico. De este modo, al no aplicar el artículo 1303 está anteponiendo, lo que a su juicio es un interés general, a la propia ley.

Sin embargo, en base al citado precepto, otros tribunales sí que pueden devolver, y de hecho se han devuelto en algunas sentencias<sup>19</sup>, al consumidor, las cantidades indebidamente cobradas desde que se firmaron las cláusulas suelo, y ello no va en

---

<sup>19</sup> Sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén de 13 de diciembre de 2013 y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 16 de enero de 2014

contra de la doctrina del Supremo, pues esta versaba sobre una acción colectiva ,siendo los supuestos planteados en los procedimientos que hacemos referencia acciones individuales, cuyo alcance es diferente, a juicio de los magistrados de instancia, contemplando el supuesto estudiado por el Alto Tribunal “criterios no contenidos en la norma”.

## 5. CONCLUSIONES

A modo de síntesis, pueden extraerse de lo expuesto las siguientes ideas importantes.

Primera. Las cláusulas suelo no son ilegales. Su uso sólo es ilícito cuando faltan los criterios de transparencia en la información, siendo así que el usuario debe estar claramente informado sobre los detalles, sobre sus efectos y funcionamiento. La correcta delimitación del control de transparencia sirve para resolver el problema de la validez de las cláusulas suelo, de modo que si la cláusula no cumple los criterios de transparencia (comprensibilidad de los aspectos básicos y conocimiento de las consecuencias económicas y jurídicas), será nula de pleno derecho. Si la entidad alegara que sí se han llevado a cabo las informaciones previas será la misma la que ostenta la carga de la prueba.

Segunda. La nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

Tercera. El ámbito subjetivo. Es muy importante delimitar que tanto las personas físicas como jurídicas se encuentran bajo la protección de los efectos que declara la jurisprudencia en el tema de las cláusulas suelo y es que, aunque el TS no lo haya recogido, en el caso que le ocupaba, no significa que no estén amparados, pues así lo congrega el art 2 LCGC.

Cuarta. Que la sentencia declare la irretroactividad de las devoluciones de los intereses pagados ha generado inseguridad jurídica pues no ha contentado a ninguna de las partes. En mi opinión, al igual que sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo, es notorio que la retroactividad de la sentencia podría generar riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, pero solamente en los casos en los que se debieran devolver ingentes cantidades de dinero, si se trata de acciones individuales, no supondría nada para las entidades y sí para el usuario. Como contrapartida, un proceso iniciado por acción individual es más costoso que una acción colectiva por el hecho de dividir costes, con lo cual podría suponer a la larga, incluso pérdidas.

En conclusión, son muchos y variados los elementos que se desprenden de la jurisprudencia que sienta las bases de la controversia provocada por las cláusulas suelo, y que han sido aquí analizados.

En todo caso, estemos de acuerdo o no con las ideas establecidas en las sentencias precedentes, sabiendo que éstas se basan en casos concretos y por ende cada tribunal deberá hacer un juicio de valor sobre los suyos propios, habremos de estar a lo que puedan, con posterioridad, decretar nuevas sentencias hermenéuticas, que difieran en algo de las ya expuestas, esperando que den respuesta tanto a los intereses individuales como los colectivos, con el fin de consolidar una forma de vida suficiente y sostenible

para todos, pues como decía Oliver Wendell Holmes, JR: “La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”.

## 6. LEGISLACIÓN

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

## 7. JURISPRUDENCIA

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera). Sentencia de 3 junio 2010 TJCE\2010\162
- Sentencia de la Sección 5.<sup>a</sup> de la AP de Sevilla de fecha 7 de octubre de 2011
- SJM de Alicante, de 23 de julio de 2011
- SJM de Madrid, de 8 de septiembre de 2011
- SAP de Sevilla, de 7 de octubre de 2011
- SJM de Jaén, de 7 de febrero de 2012.
- Sentencia juzgado de lo Mercantil de Jaén de 13 de diciembre de 2013
- Sentencia del Juzgados de lo Mercantil de Bilbao núm. 134/2013
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 241/2013 de 9 Mayo. 2013
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 3 Jun. 2013
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 16 de enero de 2013
- Sentencia 464/2014 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Guía sobre cláusulas suelo. Disponible on line: <http://www.iahorro.com/>
- Cohen Benchetrit, Amanda (2014), *Cuestiones prácticas que se plantean ante los juzgados de lo mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad d una condición general de la contratación: la cláusula suelo*, Editorial LA LEY
- López Jiménez, José María (2014), *LA CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS*, Editorial S.A. BOSCH.
- Cordero, Encarna (2013), *Notas jurisprudenciales nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?* Centro de estudios de consumo, notas jurisprudenciales. Disponible on line: [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).
- Cordero, Encarna (2013), *Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)*, Editorial LA LEY
- Frade Hevia, M.<sup>a</sup> Isabel (2012), *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La cláusula de limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo)*, Editorial LA LEY.
- Arnaldo Alcubilla, Enrique (2013), *Cláusula suelo*, Enciclopedia Jurídica, Editorial LA LEY.
- López Jiménez, José María (2014), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate*, Editorial LA LEY.
- Sánchez Martín, Carlos (2014), «*El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas*». Su definitiva plasmación y fundamentación técnica. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre cláusulas suelo, Editorial LA LEY.
- Catena Real, Rosa (2014), *La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo*, Editorial LA LEY.
- Plaza Penadés, Javier (2013) *Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo*, Editorial LA LEY.

## 9. WEBGRAFÍA

- <http://www.alfredogarcialopez.es/clausulas-abusivas-tres-sentencias-de-interes/>
- <http://revista.unir.net/3763-la-legalidad-de-las-clausulas-suelo-y-techo> La legalidad de las cláusulas suelo y techo
- <https://www.helpmycash.com/hipotecas/euribor-actual/>