

Universidad CEU Cardenal Herrera

Departamento de Derecho Privado y Disciplinas Jurídicas Básicas



LA CLÁUSULA SUELO EN EL
PRÉSTAMO HIPOTECARIO:
NULIDAD DE LA CLÁUSULA VERSUS
NULIDAD DEL CONTRATO.

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Juan Ignacio Zaera Navarrete

Dirigida por:

Dra. D^a Esperanza Ferrando Nicolau

Valencia
2016

A mi familia

AGRADECIMIENTOS

Quiero comenzar este apartado agradeciendo a mi Directora de Tesis, Dra. D^a Esperanza Ferrando Nicolau, por su apoyo y esfuerzo en la elaboración de esta tesis doctoral y por sus, siempre, certeras y valiosas apreciaciones que han sabido guiarme para poder llegar a buen puerto en el presente trabajo. Por todo ello, puedo afirmar, sin duda alguna, que la Dra. Ferrando ha llegado a convertirse en mi principal referente académico.

Por otro lado, quiero agradecer al Departamento de Derecho Privado de esta Universidad, en la persona de su Director, Dr. D. Leopoldo García, por haberme acogido tan calurosamente en los años que he ejercido como profesor en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y de la Administración, y, en general, a todos los compañeros, profesores y personal de administración, que me hicieron sentir desde el principio como uno más.

Gracias a la Universidad CEU- Cardenal Herrera de Valencia, por permitirme desarrollar este trabajo de investigación dentro de la Institución en la que he desarrollado y madurado en mi labor académica.

No puedo dejar de agradecer a mis padres, que pusieron los cimientos de los valores del trabajo, la honestidad y la responsabilidad, y en particular a mi madre, que ha sido, y es, un apoyo constante en mi trabajo y en mi vida personal. A mis hermanas, en cuya compañía crecí, y que han contribuido, también, en buena parte, a mi formación como persona.

Por último, y no por ello menos importante, quiero agradecer a Martina y Giuseppe, por su apoyo y por ayudarme a crecer cada día, y, en general, agradecer a los demás familiares y amigos que han estado ahí cuando los necesité.

Valencia, Diciembre de 2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
CAPÍTULO I.PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN	31
I.1. ESTRUCTURA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	34
I.2. LA RELACIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA	36
I.2.1. ACCESORIEDAD.....	36
I.2.2. CONFIGURACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. LA SUPUESTA LIBERTAD CONTRACTUAL.....	39
I.3. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN.....	49
I.3.1. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	49
I.3.2. CONFIGURACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN	55
I.3.3. NORMATIVA PROTECTORA DEL CONSUMIDOR-DEUDOR HIPOTECARIO Y CONTENIDO DEL CONTRATO	58
I.3.3.1. NORMATIVA PROTECTORA DEL CONSUMIDOR-DEUDOR HIPOTECARIO	58
I.3.3.2. CONTENIDO DEL CONTRATO	72
CAPÍTULO II.LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	87
II.1. MARCO NORMATIVO.....	87
II.1.1. DERECHO COMUNITARIO.....	87
II.1.1.1. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993, SOBRE LAS CLÁUSULAS VISIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES.....	89
II.1.1.2. DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE FEBRERO DE 2014 SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL	90

II.1.2. DERECHO NACIONAL.....	93
II.1.2.2. 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.....	96
II.2. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	97
II.2.1. AMBITO OBJETIVO	98
II.2.2. CONTROL DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	107
II.2.3. REGLAS DE INTERPRETACIÓN	114
II.2.4. CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN	116
II.2.5. REGLA GENERAL: LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO.....	119
II.2.6. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO.....	123
II.3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO.....	125
II.3.1. CUESTIONES PREVIAS	125
II.3.2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	132
CAPÍTULO III.LA TRANSPARENCIA COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA ABUSIVIDAD.....	149
III.1. LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA TRANSPARENCIA.....	149
III.1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS	149
III.1.2. EL NUEVO CONCEPTO DE TRANSPARENCIA.....	151
III.2. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.....	155
III.3. EFECTOS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA. NULIDAD PARCIAL VERSUS NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO	175
CAPÍTULO IV.LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN A LA VARIABILIDAD A LA BAJA DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN LOS	

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON INTERÉS VARIABLE (CLÁUSULA SUELO).....	185
IV.1. CONSIDERACIONES PREVIAS	185
IV.1.1. ANTECEDENTES.....	186
IV.1.2. CONCEPTO	189
IV.1.3. REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO Y SU LICITUD	190
IV.1.3.1. <i>La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.....</i>	<i>191</i>
IV.1.3.2. <i>Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre</i>	<i>192</i>
IV.1.3.3. <i>La Ley 1/2013, de 14 de mayo, para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.- La expresión manuscrita</i>	<i>195</i>
IV.1.3.4. <i>la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.</i>	<i>202</i>
IV.1.3.5. <i>Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de La Carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social</i>	<i>203</i>
IV.2. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y COMO ELEMENTO DEFINITORIO DEL OBJETO DEL CONTRATO.	205
IV.2.1. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.	205
IV.2.2. LA CLÁUSULA SUELO COMO ELEMENTO DEFINITORIO DEL OBJETO ESENCIAL DEL CONTRATO	212
IV.3. CONTROL DE LA CLÁUSULA SUELO	218
IV.3.1. CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN Y EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.....	219
IV.3.2. EL CONTROL DE CONTENIDO	237
IV.4. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO..	246
IV.4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y ÁMBITO NORMATIVO	246
IV.4.1.1. <i>Consideraciones previas</i>	<i>246</i>
IV.4.1.2. <i>Ámbito normativo de la nulidad de la cláusula suelo.....</i>	<i>247</i>
IV.4.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DE NULIDAD PARCIAL.	250

IV.4.3. EFECTOS RESTITUTORIOS. RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO.....	254
IV.4.3.1. Argumentos del STS para la declaración de irretroactividad... ..	260
IV.4.3.2. La STS de 25 de marzo de 2015.....	265
IV.4.3.3. La esperada resolución de la cuestión PREJUDICIAL por el TJUE	268
IV.4.3.4. Informe de la Comisión de 13 de julio de 2015.....	271
IV.4.3.5. Conclusiones del Abogado General de 13 de julio de 2016:	273
IV.5. NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO.....	279
IV.5.1. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ERROR Y LA POSIBLE DESAPARICIÓN DEL OBJETO AL CASO CONCRETO	285
IV.5.2. OTRAS CUESTIONES ACERCA DE LA NULIDAD TOTAL.....	293
CONCLUSIONES	301
BIBLIOGRAFÍA	325

ABREVIATURAS

AAVV: Autores Varios.

ADC: Anuario de Derecho Civil.

AP: Audiencia Provincial.

AAPP: Audiencias Provinciales.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

Ccom: Código de Comercio.

CE: Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

Coord.: Coordinador.

D.A.: Disposición adicional.

Dir.: Director.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Cfr.: Confróntese.

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

Ed.: Editorial.

EHA: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda.

E.M.: Exposición de Motivos.

F.D.: Fundamento de Derecho.

FEIN: Ficha Europea de Información Normalizada.

FIPER: Ficha de Información Personalizada.

FIPRE: Ficha de Información Precontractual.

Ibid: *Ibidem*, en el mismo lugar.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación.

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

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LH: Ley Hipotecaria. Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de Febrero de 1946.

OM: Orden Ministerial.

Op. cit.: *Opus citatum*, obra citada.

p./pp.: Página/páginas.

Párr/s.: párrafo/s.

RD: Real Decreto.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RDLeg.: Real Decreto-Legislativo.

RDL: Real Decreto-Ley.

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

RDP: Revista de Derecho Privado.

RH: Reglamento Hipotecario.

RN: Reglamento Notarial.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

SJM: Sentencia Juzgado Mercantil.

SPI: Sentencia Juzgado Primera Instancia.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

SSAAPP: Sentencias de las Audiencias Provinciales.

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

T.: Tomo.

TRLGDCU: Texto Refundido Ley General Defensa Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

Vid: *vide*, véase.

Vol.: Volumen.

INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente tesis doctoral es abordar el estudio de la cláusula de limitación a la baja de los tipos de interés- conocida como cláusula suelo- presente en un número importante de los préstamos hipotecarios concertados, sobre todo antes de la crisis económica, por los consumidores españoles.

Sobre el préstamo hipotecario, la contratación sobre condiciones generales, las cláusulas abusivas, incluida la cláusula suelo, se ha escrito mucho,

Sin embargo, una buena parte de los artículos doctrinales escritos sobre la cláusula suelo, se han centrado en la cuestión de la retroactividad de la declaración de nulidad de la misma, habida cuenta de la doctrina sentada por nuestro TS en la polémica sentencia de 9 de mayo de 2013, confirmada por sentencias posteriores, y que establecen la irretroactividad de tal declaración de nulidad.

Sin perjuicio de que trataremos, como no puede ser de otra manera, el problema de los efectos restitutorios que conlleva la declaración de nulidad de la cláusula suelo, y, las diferentes posturas que, al respecto, se han ido desarrollando, el propósito de este trabajo es profundizar en los efectos que tal declaración de nulidad pueden suponer, no sólo, en cuanto a las consecuencias restitutorias, sino también, en el contrato de préstamo hipotecario globalmente considerado.

Por tanto, consideramos que son materias que no están cerradas todavía, como se desprende de la gran cantidad de litigios que, sobre dichas cuestiones, se siguen planteando en la actualidad.

A cada momento surgen nuevas cuestiones, nuevos retos, que es necesario afrontar, y este trabajo pretende ser una contribución a los desafíos que, en el futuro inmediato, pueden plantearse en una materia que ha de desarrollarse, no sólo desde el ámbito judicial, sino también conceptual y legislativo.

El interés de la materia está plenamente justificado por la gran actualidad que ha llegado a alcanzar, no sólo, en los ámbitos jurídico y económico, sino también, en el ámbito social, donde los medios de comunicación se han encargado de dar a conocer la trascendencia de un asunto como son las cláusulas abusivas existentes en los préstamos hipotecarios y, dentro de ellas, las cláusulas suelo.

Como más adelante abordaremos, existe una enorme expectación respecto de la sentencia que, el TJUE ha de dictar en relación a la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Desde el punto de vista jurídico, el interés de la materia está fuera de toda duda, no sólo por su actualidad, sino porque en ella confluyen cuestiones jurídicas de gran calado.

En este sentido, se intercalan materias propias de la contratación seriada (las condiciones generales de la contratación, las cláusulas abusivas cuando el contrato se concierda con un consumidor, y los diferentes controles a los que ambas pueden quedar sometidas para asegurar un verdadero equilibrio contractual), con materias y principios más propios del Derecho de los Contratos tradicional, centrado más en la contratación por negociación.

En esta cuestión, podemos partir de una afirmación que, aunque obvia, no en todos los ámbitos se entiende así. La cláusula suelo es lícita, y, sin embargo, se encuentra en vías de extinción. Los orígenes de la desaparición, casi absoluta, de la misma, hay que buscarlos en los albores de la crisis financiera que, aún hoy, estamos atravesando.

Se puede plantear que, si la cláusula suelo se encuentra en vías de desaparecer de los préstamos hipotecarios, puede carecer de sentido emplear esfuerzo y tiempo en su estudio.

Es cierto que tras las últimas resoluciones de nuestro TS, una gran parte de las entidades financieras, si no todas, están eliminando de sus contratos de préstamo hipotecario la cláusula suelo- situación propiciada por la inseguridad jurídica creada por las SSTS sobre la materia-.

Sin embargo las Entidades, entre cuya actividad se encuentra la obtención de beneficios por la concesión de financiación, han tenido que buscar sustitutivos a la seguridad que les podía proporcionar la cláusula suelo en escenarios, como los producidos en los tiempos de bajada del Euribor hasta cotas insospechadas, cuando se firmaron los contratos que incluían la que ha venido a considerarse como una “cláusula maldita”.

Es por ello, que, la supresión de la cláusula suelo, en ocasiones, se ha sustituido por el establecimiento de mayores diferenciales añadidos al tipo de interés vigente, lo que perjudica, aún más si cabe, al consumidor, que se verá abocado, cuando suban los tipos de interés- y no cabe duda de que lo harán- a un aumento bastante considerable de las cuotas mensuales de sus préstamos.

En otras ocasiones, en conexión lógica con la propia naturaleza y caracteres del contrato de préstamo oneroso, como es el caso del préstamo hipotecario, se ha sustituido la cláusula suelo, por la denominada cláusula cero, en virtud de la cual se establece que, por mucho que baje el tipo de interés, la entidad prestamista no deberá de abonar intereses al prestatario.

De acuerdo con lo dicho, el marco general de la presente tesis doctoral viene, por tanto, determinado por el préstamo hipotecario, al que hemos configurado como contrato de adhesión.

En nuestra opinión, un estudio de cierta envergadura, debe de partir, en su construcción, de unos cimientos lo suficientemente sólidos que permitan ir formando, desde el inicio, una completo ensamblaje de piezas que vaya ascendiendo desde lo general a lo particular y, nos proporcione las claves necesarias para afrontar, con seguridad, el objeto central del trabajo.

Por tanto, consideramos que, para poder alcanzar el núcleo central, era necesario ir desmontando las diferentes capas que lo cubren, mediante un análisis de los elementos que envuelven a la cláusula suelo, para cimentar, en la medida de lo posible, las bases que han de sustentar un trabajo como el planteado.

De acuerdo con ello, hay que partir del hecho de que el acceso a la vivienda ha sido, y, es, una de las principales preocupaciones de los consumidores españoles y de los Poderes públicos. El derecho a una vivienda digna es un derecho reconocido constitucionalmente¹.

¹ Decía DIEZ-PICAZO, L. “ ¿Una nueva doctrina general del contrato?” en Anuario de Derecho Civil , Tomo XLVI, octubre-diciembre 1993, p. 1709, ponencia presentada en el Congreso de Derecho de Contratos celebrado en Zaragoza en 1992. Decía el autor, en relación al art. 51 de la CE relativo a la protección de los consumidores que el precepto, al igual que el art. 47 que regula el derecho a una vivienda, no se encuentran en el Capítulo

El despegue económico experimentado en la sociedad española desde la aprobación de la Constitución, supuso una mejora en el nivel de renta de los ciudadanos en las últimas décadas, sin embargo esta situación, pronto fue superada por el precio de la vivienda, de forma que fue aumentando progresivamente el porcentaje de recursos que las familias tenían que destinar para cubrir las necesidades de vivienda.

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que, hoy en día, para poder acceder al mercado inmobiliario, a la adquisición de una vivienda, se requiere, como paso previo y necesario, acudir a la financiación.

Esta financiación tiene unas características especiales en cuanto a las garantías exigidas por las entidades para su concesión, y esta especialidad, es la constitución de una hipoteca sobre el bien que se adquiere, lo que unido al principio de responsabilidad universal, parece que, en principio, debería de ser suficiente para poder obtener la liquidez necesaria y lograr el objetivo perseguido.

En consecuencia, el préstamo hipotecario se convierte en el compromiso jurídico y económico más importante para el consumidor, y sin embargo, a la vista de las últimas décadas de sentencias, tanto del ámbito europeo como del interno, se puede deducir que el asesoramiento buscado por los firmantes de un préstamo hipotecario ha sido si no nulo, bastante escaso, y han tenido que ser los tribunales, los que se han visto en la tesitura de ir despejando todos los aspectos conflictivos de tales contratos, muchos de los cuales, se hubieran evitado con un adecuada información.

dedicado a los Derechos Fundamentales, por lo que pone en duda que se pueda configurar como un derecho constitucional, debido a su ubicación dentro de los preceptos dedicados a los principios rectores de la política económica y social, lo que significa que dichas reglas deben de inspirar la acción de los poderes públicos y la legislación pero sin otorgar especiales medidas de protección a los ciudadanos.

La crisis económica en España, estuvo precedida por la llamada “burbuja inmobiliaria” en la que reinó una situación de optimismo, que, en los años posteriores, se reveló excesivo y que se caracterizó, a decir de LÓPEZ JIMENEZ² por una euforia desmedida derivada de factores como unos bajos tipos de interés y un fácil acceso al crédito por particulares, empresas e incluso por las entidades financieras prestamistas a través de los mercados interbancarios.

Como consecuencia de ello, se fue tejiendo un clima de confianza entre el cliente bancario y las Entidades que tendrían graves dramáticas consecuencias en los años venideros.

En este escenario, uno de los problemas más acuciantes originados por la crisis económica y, como consecuencia de la misma, del estallido de la burbuja inmobiliaria, ha sido y es el de la morosidad en los préstamos hipotecarios, que ha llevado, como consecuencia inseparable, que se hayan disparado hasta límites insospechados las ejecuciones hipotecarias.

En este contexto de crisis generalizado, han adquirido especial relevancia las graves e incluso dramáticas situaciones en las que se encuentran un gran número de familias que han perdido su vivienda y, algunas, otros bienes de su patrimonio, al verse en la imposibilidad de hacer frente a sus cuotas hipotecarias, debido, entre otras cosas, a circunstancias personales, como puede ser la pérdida del empleo de los miembros de la unidad familiar o incluso, a las abusivas condiciones impuestas, durante los

² LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. “Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo” en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Dir.) *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, p. 49

años de bonanza económica, en los préstamos hipotecarios por las entidades financieras.

Si bien no se puede culpar por entero a tales entidades bancarias de la crisis, no es menos cierto que, con sus prácticas crediticias en los años de mayor expansión de la burbuja inmobiliaria, han propiciado, en buena parte, la situación en la que se encuentran muchas familias en la actualidad.

La concesión de préstamos por encima de las posibilidades de endeudamiento, propiciado por las mismas entidades, sobre-tasaciones de las viviendas para poder conceder no ya el 100% del importe del préstamo sino, incluso, a veces, porcentajes muy superiores, ha llevado en numerosas ocasiones a un sobreendeudamiento de los particulares que ha desembocado en la imposibilidad de afrontar la obligaciones asumidas del préstamo y en ejecuciones hipotecarias con la consiguiente pérdida de las viviendas.

En este sentido, no hay nada más que pararse a observar los datos de las memorias anuales del 2010 y 2011 del Consejo General del Poder Judicial³, y se puede constatar que en el año 2008 se produjo un aumento de las ejecuciones hipotecarias del 126,2 %, un 59% en el año 2009, un aumento de 0,3 % en el año 2010 respecto del año anterior, habiéndose alcanzado, en ese año, el mayor número de ejecuciones hipotecarias

³ Memoria Anual del Consejo General Judicial año 2010 (ejercicio 2009) y año 2011 (ejercicio 2010) <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias>. (Consulta 10 de junio de 2016). En cuanto a los datos más recientes consignados en la Memoria Anual de 2015 (ejercicio de 2014) destacan la disminución del 2,3 % de las ejecuciones hipotecarias en relación al 9,8 % del año 2013 pero sin embargo se observa un aumento de la reapertura de ejecuciones hipotecarias del 53,52% (2.046) en lo que han incidido, según la memoria, por un lado, las modificaciones legislativas dirigidas a depurar los balances de las Entidades de crédito que motivó la venta en masa de créditos hipotecarios y de consumo en situación de mora a los llamados “fondos buitres” y, por otro, porque la oposición a la ejecución hipotecaria conlleva, “ope legis”, la suspensión de los mismos; una vez resuelta la oposición, caso de no ser totalmente estimada, se alza la suspensión y continúa la tramitación de la ejecución.

llegando a 93.636. No obstante, la tendencia a la baja se ha ido reafirmando en los años posteriores.

Por otro lado, según datos del Instituto Nacional de Estadística de 2 de junio de 2016, en el primer trimestre del año, el 58,5 % de las ejecuciones hipotecarias sobre viviendas se refieren a hipotecas constituidas en los años de auge de la citada burbuja (2005-2008); el dato, en el segundo trimestre de 2016, según nota de prensa del INE, de 6 de septiembre de 2016, es que el 59,4% de dichas ejecuciones se refieren a hipotecas constituidas en el mismo periodo⁴

Consecuencia directa de esta situación, ha sido que los operadores, tanto jurídicos como políticos hayan entrado en un periodo de reflexión en relación a determinadas instituciones jurídico-patrimoniales que hasta la fecha gozaban de una solidez absoluta.

Nuestro sistema hipotecario, el procedimiento de ejecución hipotecaria, e incluso el sistema de protección a los consumidores, que habían gozado de una envidiable salud, han recibido en la actualidad fuertes envites, no sólo, desde nuestros tribunales sino, fundamentalmente, desde el TJUE que, interpretando la normativa comunitaria de protección a los consumidores, ha hecho tambalear sus cimientos.

Se puede observar cómo, cada vez más, se han ido planteado, ante los Tribunales de Justicia, reclamaciones relativas a las condiciones generales existentes en los contratos de adhesión, en las que se ha venido cuestionando el posible carácter abusivo de las mismas.

⁴ INE notas de prensa de 2 de junio de 2016 y 6 de septiembre de 2016
http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736170236&menu=ultiDatos&idp=1254735576757. (Consulta 15 de octubre de 2016)

Este clima se ha trasladado a los tribunales internos que, a su vez, han ido planteando ante el TJUE cuestiones prejudiciales acerca de la adecuación de la normativa española sobre la materia, al Derecho de la Unión.

Y en este contexto, han tenido que ser los tribunales los que, con mayor o menor acierto, han ido marcando el paso de las necesidades de reformas normativas que el legislador sólo ha afrontado tímidamente, a golpe de sentencia del TJUE.

El panorama en el que nos encontramos no es nada optimista. Como bien apunta CASTILLO MARTÍNEZ⁵, *con nuestro poder legislativo remoloneando en disimulado traspaso de su función de regular al judicial, un complejo y atiborrado panorama normativo nacional en el que dudosamente parece regir el imperio de la ley, los órganos judiciales patrios en titubeante dispersión de criterios y el TJUE convertido en sobresaltado legislador-también procesal- civil español, la situación resulta inquietante.*

En esta situación, ha pasado a primer plano el Derecho de consumo en su aspecto más proteccionista, y, dentro del mismo, la contratación bajo condiciones generales y todo lo relativo a los controles a que deben de ser sometidas dichas condiciones.

La Unión Europea ha ido creando un acervo de normas que configuran propiamente un Derecho de Consumo, que ha llevado a los Estados miembros a trasponer las Directivas, con más o menos éxito y

⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C. *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.20

celeridad, en el caso de nuestro país, a los Derechos nacionales. Consecuencia de ello, y de la doctrina interpretativa llevada a cabo por el TJUE, se ha ido imponiendo la necesidad de afrontar las reformas legislativas oportunas en nuestro Ordenamiento.

Sin embargo, la impresión que se deduce de tales reformas es que se ha ido legislando parcialmente, en función de la coyuntura y de las circunstancias concurrentes, desaprovechando, en numerosas ocasiones, las oportunidades para la creación de una normativa completa.

Hay que destacar, como decimos, que ha sido a través del Derecho comunitario y las sentencias del TJUE cuando se han ido dictando resoluciones por los tribunales españoles que han ido más allá de lo que establecían las normas vigentes.

Esta situación ha llevado, también, al legislador español a ir modificando, entre otras materias, tanto, nuestro sistema de ejecución hipotecaria para incluir, como causa de oposición al mismo, la abusividad de las cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario, como la normativa referida a la contratación bajo condiciones generales y a la protección de consumidores y usuarios.

De lo expuesto se puede deducir, con claridad, cómo la actualidad jurídica, económica y social del préstamo hipotecario, engarzado con la protección del consumidor y el control de las condiciones generales del mismo, se encuentra fuera de toda duda.

Como decíamos, dentro de esta construcción y en el ascenso hacía lo particular, estudiamos el préstamo hipotecario como contrato de adhesión, centrándonos en primer lugar, si quiera brevemente, en su configuración

como contrato típico y complejo, integrado por el crédito garantizado y el derecho real de hipoteca, siendo necesario para llegar a dicha configuración, tal y como ha mantenido la doctrina más autorizada, el estudio, aunque sea somero, de la causa del contrato, y de la relación existente entre las figuras que lo integran y el objeto del mismo.

Dentro de este marco general, hemos tenido presente, fundamentalmente, el préstamo hipotecario concedido al consumidor para la satisfacción de su necesidad de acceder a una vivienda.

En la configuración de la que partimos del préstamo hipotecario como contrato de adhesión, alcanzan, en consecuencia, especial interés las condiciones generales y las cláusulas que se incluyen en el mismo, tejiendo un complejo normativo en el que en muchas ocasiones la capacidad de negociación del ciudadano viene, si no anulada, muy limitada, reduciéndose, en la mayoría de las ocasiones, su autonomía de la voluntad a la simple decisión de celebrar o no el contrato, pero sin poder influir prácticamente en su contenido.

De acuerdo con lo anterior, la siguiente parada será un análisis acerca de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas partiendo de la diferenciación entre ambas y centrándonos en el estudio en los diferentes controles a las que pueden ser sometidas, para que queden completamente incorporadas al contrato, controles a los que, asimismo, quedará sometida la cláusula objeto de este estudio.

Una vez extraídas las capas que cubren el núcleo del presente trabajo, entraremos de lleno en el estudio detallado de la cláusula suelo, su configuración y los efectos de su posible declaración de nulidad, en donde

se integrará y se intentará dar solución a la hipótesis de la presente tesis doctoral que expondremos en líneas posteriores.

Como apuntábamos anteriormente, han sido numerosísimas las reclamaciones planteadas, en los últimos años acerca, de la contratación en masa, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas insertadas en los contratos con consumidores, y en consecuencia, el número de resoluciones judiciales ha ido creciendo paralelamente en función las mismas.

De todas las resoluciones judiciales dictadas al respecto, las que mayor impacto han tenido en la opinión pública, han sido las relativas a contratos bancarios, entre las que destacan las relativas a determinadas cláusulas insertas en los préstamos hipotecarios como la cláusula de limitación a la baja de la evolución de los tipo de interés (cláusula suelo), la cláusula de vencimiento anticipado, la relativa a intereses de demora o la del redondeo al alza de los intereses.

Consecuencia de esta fiebre de protección al consumidor, quizá, en ocasiones, demasiado paternalista, ha sido que se ha planteado ante los tribunales el carácter abusivo de determinadas cláusulas de los préstamos hipotecarios, entre ellas, la cláusula suelo.

En este sentido, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en varias sentencias. La primera de ellas ha sido, la paradigmática y extensa sentencia de 9 de mayo de 2013, derivada del ejercicio de una acción colectiva de cesación entablada por una asociación de consumidores, y por la que se declaran nulas, determinadas cláusulas de limitación de la bajada de los tipos de interés (cláusula suelo) contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario de varias entidades de crédito.

La STS ha sido objeto de severas críticas por la doctrina tanto por los argumentos utilizados para declarar la nulidad de dichas cláusulas, como por los efectos que extrae de la referida declaración de nulidad.

Por un lado, para declarar la nulidad de la cláusula acude a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, así como a la normativa nacional, en particular a las LCGC y al TRLGDCU.

Para proceder a la declaración de nulidad de la cláusula suelo, el TS, declara su carácter de condición general de la contratación definitiva o integrante del objeto principal del contrato de préstamo hipotecario-el precio-.

En este contexto, y concluyendo que no puede someterla, según la Directiva, al control de abusividad, acude a la creación del concepto de transparencia, entendida como comprensibilidad real de las implicaciones económicas y jurídicas del contrato, y diferente de la transparencia formal o gramatical, lo que conduce a declarar nula la cláusula, no por abusiva, sino por falta de dicha transparencia.

De la sentencia se desprende que no basta, para la validez de la cláusula en cuestión, el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia bancaria contenida fundamentalmente en la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios- vigente cuando se celebraron la mayoría de los préstamos que contienen dicha cláusula- y la EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente en los servicios bancarios que vino a sustituir a la anterior.

También se deduce de la sentencia que tampoco es suficiente que se haya cumplido con el deber de información que se impone a los notarios acerca de la existencia y consecuencias de la cláusula suelo.

No obstante lo anterior, tampoco quedan claramente definidos, por el TS, los requisitos que debe reunir una cláusula como la que analizamos para encuadrarse dentro de los parámetros de la validez. Y es por ello, que en este clima de inseguridad jurídica creada, muchas entidades hayan preferido hacer desaparecer de sus préstamos dicha cláusula.

Por otro lado, y respecto a los efectos que la declaración de nulidad de la cláusula provoca, después de decantarse por la nulidad parcial, y la expulsión de la citada cláusula del contrato, el TS llega a la conclusión de que dicha nulidad no provoca la restitución, por parte de las entidades prestamistas, de la totalidad de lo cobrado de más por aplicación de la citada cláusula suelo desde la firma del contrato, si no, únicamente, desde la publicación de la sentencia.

Los argumentos empleados para ello, son, cuanto menos, sorprendentes y se fundamentan en la protección del principio de seguridad jurídica y del orden público económico (se calcula que la declaración de nulidad con carácter retroactivo de las cláusulas suelo contenidas en las escrituras de la mayoría de las entidades bancarias supondría un desembolso para las mismas de cerca de 7.000 millones de euros⁶).

Esta STS ha sido confirmada por otras posteriores como las SSTS de 24 y 25 de marzo de 2015.

⁶ Periódico El Mundo, 26 de abril de 2016.

<http://www.elmundo.es/economia/2016/04/26/571f87ba46163fca708b4640.html> [Consulta 10 de octubre de 2016]

Esta limitación temporal de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, ha sido puesta en tela de juicio, a la luz de la normativa comunitaria, no sólo por buena parte de la doctrina, sino también, por nuestros propios tribunales, en tanto en cuanto que pasa por alto los efectos retroactivos establecidos legalmente en nuestro CC.

En el ámbito judicial han sido varios los tribunales que, desde diferentes instancias, han elevado sendas cuestiones prejudiciales, (Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y AP de Alicante)⁷ al TJUE acerca de la adecuación al Derecho comunitario de la citada falta de retroactividad.

Como es sabido, respecto de las citadas cuestiones prejudiciales, con fecha de 12 de abril de 2016 se celebró la vista ante el TJUE, y con fecha de 13 de julio de 2016 el Abogado General, Sr. Paolo Mengozzi, hizo públicas sus conclusiones al respecto. En las mismas, sorpresivamente y en contra de lo esperado por la mayor parte de la comunidad jurídica y económica, ha declarado conforme al Derecho de la Unión la limitación de la eficacia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo conforme a lo declarado por el TS.

Hay que tener en cuenta que, aunque las citadas conclusiones no son vinculantes para el TJUE y aunque la mayoría de las veces el Tribunal sigue tales recomendaciones, habrá que esperar a su pronunciamiento que se espera sea a finales de 2016.

Hay que destacar que la citada resolución, además de la expectación que ha creado en todos los ámbitos jurídicos y económicos, ha provocado

⁷ Sin perjuicio de que otros juzgados y AP han elevado cuestiones prejudiciales al TJUE, hemos mencionado estos dos por ser las primeras cuestiones prejudiciales planteadas respecto de la cláusula suelo y los efectos de su declaración de nulidad, sobre los que resolverá el TJUE.

que la mayoría de los tribunales, incluido el TS hayan suspendido la tramitación de todos los procedimientos en los que se debe de decidir sobre la cuestión de retroactividad o irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula.

Respecto al otro aspecto relativo a la declaración de nulidad, otra cuestión que puede plantearse y que enlaza con la hipótesis de nuestro trabajo es el hecho de que la cláusula suelo afecte, como defiende el TS, al objeto principal del contrato de préstamo hipotecario, el precio, y por ello, no puede ser declarada, a la luz de la normativa comunitaria de protección al consumidor, abusiva.

Esta postura, ha traído como consecuencia inmediata que la declaración de nulidad de la citada cláusula se ha basado en la falta de transparencia de la misma.

En el presente trabajo se han quedado por el camino otras importantes cuestiones entre las que podríamos destacar, la eficacia que la declaración de nulidad de la cláusula suelo tiene en los procedimientos de ejecución hipotecaria, y en concreto si debe de conducir inexorablemente al archivo del mismo o, por el contrario, debe de procederse a recalcular el importe de la deuda descontando las cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula nula;

También, la interesante cuestión sobre las consecuencias fiscales que, en el prestatario, puede tener la devolución de las cantidades abonadas de más, o, incluso, sin perjuicio de que por conocimiento de causa, entendamos que serán los menos, la posible responsabilidad civil de aquellos notarios que hayan incumplido sus específicos deberes de información sobre la

existencia y consecuencias de la existencia de la cláusula suelo es escrituras por ellos autorizadas.

Estas cuestiones, que suponen una puerta abierta para futuras investigaciones, no han sido abordadas en el presente trabajo, no por ser de menor importancia, sino, más bien, por exceder de los límites del mismo.

LA HIPOTESIS

La hipótesis de la que partimos es que según resulta de la doctrina sentada por nuestro TS, la cláusula suelo del préstamo hipotecario afecta al objeto principal del contrato, que es el precio.

Consecuencia de ello, de acuerdo con la normativa protectora de los consumidores y la jurisprudencia, al tratarse de una cláusula que afecta a dicho elemento principal no cabe su declaración de abusividad. Es por ello, que la jurisprudencia ha acudido, a fin de poder declarar nula dicha cláusula, al criterio de la falta de transparencia material, sin otorgar a dicha declaración de nulidad un efecto retroactivo.

Partiendo de este silogismo, nuestra hipótesis de trabajo es considerar que, si efectivamente dicha cláusula al afectar a un elemento esencial del contrato y, de acuerdo con la ley, no puede ser declarada abusiva, sino nula por falta de transparencia, esta falta de transparencia podría afectar al consentimiento otorgado por el prestatario, suponiendo un error esencial en el mismo, en relación uno de los elementos esenciales del contrato, y, por tanto afectar, a la validez total del negocio jurídico.

Debe de tenerse en cuenta, que, si bien es cierto que la contratación seriada, tiene rasgos específicos que la diferencian de la contratación por negociación, entendemos que los principios generales de los contratos y, en

concreto, la exigencia concurrencia de los elementos esenciales del art. 1261 del CC, deben de estar presentes en todo contrato con independencia de la categoría a la que pertenezca.

Es por ello, que, acudiendo a la normativa general sobre la nulidad de los contratos, cabría la posibilidad de que el contrato fuera declarado completamente nulo, por vicio en el consentimiento, con lo que se impondría la restitución recíproca de las prestaciones.

En lo que respecta a la entidad prestamista debería devolver lo cobrado de más, no ya desde que se publicó la famosa sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, sino desde la firma del contrato (retroactividad absoluta, que en nuestra opinión es lo que debería de haber declarado el TS), y en lo que respecta a la parte prestataria debería devolver el resto de importe del préstamo que quedara por pagar con los intereses pactados hasta la fecha.

Es evidente que no deben de dejarse de lado principios como el principio de conservación del negocio, la regla general de la nulidad parcial en contratos celebrados con condiciones generales y con consumidores, y el principio *pro consumidor*.

Es por ello, que, a lo largo del presente trabajo, se defiende una diferente configuración de la cláusula suelo y de donde debe de ubicarse el control de transparencia a fin de evitar el peligro que planea sobre la configuración defendida por el TS.

METODOLOGIA

El criterio que hemos considerado adecuado para el desarrollo del presente trabajo, ha sido el de utilizar como hilo conductor, como hemos señalado, un ascenso de lo general a lo particular.

Es decir, comenzando por un repaso a aquellos aspectos más generales de las principales figuras que entran en juego en el objeto de este estudio, se concluye con el estudio del objeto fundamental de este trabajo, como es la cláusula limitativa de la bajada de los tipos de interés, conocida popularmente como cláusula suelo, y los efectos que su declaración de nulidad puede tener en relación al complejo negocial en el que se inserta, si se entiende que puede afectar a la válida prestación del consentimiento.

Para ello se ha intentado reunir el máximo material posible que nos ha permitido centrar la materia objeto de esta tesis y que nos ha permitido ir adquiriendo un amplio conocimiento que ha derivado en la línea fundamental de este trabajo.

Siguiendo con nuestro hilo conductor consistente en despejar la capas que componen el núcleo, hemos procedido a analizar la cláusula en cuestión y cuáles son las líneas fundamentales mantenidas por la doctrina, la jurisprudencia y la doctrina registral, acerca del carácter abusivo o no de la misma, su licitud, su posible declaración de nulidad, la base sobre la que dicha nulidad se proyecta y cuáles son los efectos mayoritariamente admitidos de la misma y cuáles podrían ser los posibles efectos de esa nulidad si se entiende que la misma afecta a todo el contrato.

Para alcanzar tal objetivo, no sólo hemos acudido al estudio de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia, sino que nos hemos servido de la actividad profesional que configura la práctica del Derecho, y, de este modo, poder cerrar el círculo acerca de los efectos que la declaración de nulidad de la misma puede conllevar en el ámbito de las partes afectadas.

FUENTES

La presente tesis doctoral se comprende de un primer bloque, común con todos los trabajos de investigación, que es el acopio de los materiales suficientes de índole doctrinal y jurisprudencial de donde extraer los conocimientos necesarios que desembocarán en el tema fundamental de este trabajo.

Para ello, nos hemos servido de monografías, artículos doctrinales de las más prestigiosas publicaciones jurídicas, así como de un buen número de sentencias, tanto de nuestros tribunales, como del TJUE.

Tratándose de un tema de tanta actualidad como es la cláusula suelo, este bloque no es un bloque aislado, sino que ha sido transversal con el resto de planificación del trabajo ya que han ido a ir reuniendo, a medida que, han surgido, nuevos artículos, nuevas opiniones, sentencias e incluso nuevos datos.

Se ha procedido a realizar una lectura y análisis riguroso del material que se encontraba en nuestro poder a fin de poder ir seleccionando, en unos casos el material fundamental y, desechando, en otros, lo considerado superfluo para el objeto de este trabajo.

Para ello, junto con las obras de los autores más clásicos se han ido estudiando obras y artículos de otros autores más modernos, lo que unido al estudio y análisis crítico de la jurisprudencia, tanto del TJUE como de nuestros tribunales, nos ha permitido conformar el presente trabajo.

En este sentido, hemos acudido a los civilistas más tradicionales, que lejos de haber perdido actualidad, nos han permitido establecer los cimientos de nuestro estudio. Podríamos citar, entre ellos, sin ánimo

exhaustivo, autores de la talla de DE CASTRO Y BRAVO, DIEZ-PICAZO o LACRUZ.

Por otro lado, por la actualidad de la materia y derivado de las últimas reformas legislativas y sentencias judiciales, hemos acudido a autores más modernos, que hoy configuran, junto con los anteriores, la primera línea doctrinal.

Además se han acudido a las fuentes jurisprudenciales, tanto del TJUE, cuya función en la interpretación del Derecho de la Unión en general y del Derecho comunitario de consumo en especial, es tan esencial que ha provocado no pocas modificaciones normativas en nuestro Derecho interno, como de nuestros tribunales patrios en todas sus instancias.

Por último, y debido a la actualidad e interés social sobre la materia, se han acudido como fuentes secundarias a informaciones contenidas en blogs profesionales, así como a las noticias periodísticas más relevantes al respecto y que nos han permitido comprobar cómo la materia objeto de este estudio no sólo ha logrado una gran importancia desde el punto de vista dogmático jurídico, sino también desde el punto de vista social.

ESTRUCTURA

El presente trabajo se estructura en 4 capítulos que abordan las diferentes cuestiones que hemos ido desgranando a lo largo de estos párrafos.

De acuerdo con ello, el **CAPÍTULO 1** se centra en el estudio del préstamo hipotecario, su estructura, la relación entre el crédito garantizado y la garantía hipotecaria, y su configuración como contrato de adhesión.

El **CAPÍTULO 2**, se aborda todo lo referido a las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas, y, en particular, los diferentes sistemas de control de las mismas a fin de que se integren en el contrato.

En el **CAPÍTULO 3**, y en cierto modo justificado por la nueva concepción de la transparencia enfrentada por el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se hace un análisis de la transparencia como sistema de control de las condiciones generales incluidas en contratos concertados con consumidores.

En el **CAPÍTULO 4**, integra el núcleo de la presente tesis doctoral, donde se aborda el estudio de la cláusula suelo, su configuración, el control de la misma y los efectos de su declaración de nulidad incluyendo el estudio de la hipótesis planteada al inicio del trabajo.

Por último, se cierra la presente tesis doctoral, con las **CONCLUSIONES** a las que se han llegado en el presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I. PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

La Ley Hipotecaria de 1861 ya establecía, en su Exposición de Motivos, que su finalidad era asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El fomento del crédito territorial fue perseguido por las sucesivas reformas de la LH, en aras de ensanchar el cauce de la circulación de la riqueza inmobiliaria y de liberar de riesgo el capital prestado⁸.

Cuando hablamos de préstamo hipotecario, lo entendemos como aquel contrato por el que el prestatario recibe una determinada cantidad de dinero del prestamista para la compra de un inmueble, con la obligación de devolver dicha cantidad, junto con los intereses correspondientes, mediante pagos periódicos, constituyéndose, sobre ese mismo inmueble y a favor del prestamista, una hipoteca en garantía de dicha obligación⁹.

Nos encontramos con contratos en los que, en la mayoría de los casos, el acreedor es una entidad de crédito, que goza de una posición dominante y que se manifiesta en la redacción unilateral de las condiciones del contrato cuyas cláusulas se establecen en beneficio propio¹⁰ y en que el prestatario, la única opción que tiene, y esa es su única manifestación de la autonomía de

⁸ ZURITA MARTÍN, I. *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 33

⁹ Concepto extraído de la Guía de Acceso del Préstamo Hipotecario publicada por el Banco de España, Madrid, 2016, pp. 12-13.

http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf. [Consulta 16 de septiembre de 2016]

¹⁰ CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R. *Las cláusulas de la hipoteca*. Madrid, 2006. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. p. 10

la voluntad, es adherirse o no al contenido contractual pre-redactado por la entidad de crédito si quiere obtener el préstamo y sin tener ni un mínimo margen para negociar el clausulado del contrato.

Esta forma de acceder al mercado inmobiliario se ha ido generalizando hasta constituir la forma habitual de los particulares para la adquisición de inmuebles. Esta habitualidad ha originado, como decimos, la instrumentalización de la relación jurídica a través de los contratos de adhesión en los que una de las partes impone las condiciones del contrato, quedando limitada la libertad contractual de la otra a decidir si lo acepta o no.

Siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO¹¹, en relación al préstamo hipotecario, y en concreto a la hipoteca, se ha producido un cambio de criterio ya que, lo esencialmente relevante en la actualidad, no es tanto la proporción de la deuda en relación al valor del bien, sino la proporción de la deuda en relación a la capacidad económica del deudor.

De acuerdo con ello, los acreedores exigen cada vez más garantías adicionales unidas a la hipoteca, vulnerando incluso la prohibición de sobregarantías que recoge la regulación de defensa de los consumidores.

Apunta este autor que cada vez se va limitando o reduciendo la eficacia de la hipoteca en los textos legales, y señala como ejemplos la existencia de créditos privilegiados que tienden a prevalecer sobre la misma -como es el caso de los créditos salariales del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores o los créditos a favor de la comunidad de propietarios por deudas comunitarias.

¹¹ GÓMEZ GÁLLIGO, J., "Presente y futuro de la garantía hipotecaria". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 735, 2013, pp. 21-25

Incluso pone de relieve el autor como, el propio procedimiento de ejecución -otrora incuestionable-, hoy se pone reiteradamente en entredicho, no sólo por los deudores, sino, también, por otras instancias como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De acuerdo con lo anterior, podemos citar, entre otras, la Sentencia de 14 de marzo de 2013¹² (Caso Aziz), que considera que la limitación de causas de oposición dentro del procedimiento de ejecución, vulnera el principio de tutela judicial efectiva y que tuvo como consecuencia inmediata, la reforma¹³ del mismo, introduciendo, como causa de oposición, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, carácter que, incluso, puede apreciar el juez de oficio, y todo ello sin perjuicio de que el propio Tribunal Constitucional había declarado la constitucionalidad del procedimiento.¹⁴

Por otro lado, desde el punto de vista del deudor, se parte de la idea generalizada socialmente de que el contrato de préstamo hipotecario es, *per sé*, abusivo, al no existir equilibrio en las prestaciones y venir impuesto, en su casi totalidad, por el predisponente.

Sin embargo no podemos mostrarnos del todo de acuerdo con dicha idea. Es cierto que, en muchas ocasiones, se han insertado en los contratos de préstamo hipotecario, cláusulas abusivas, e incluso se puede afirmar que no es un contrato sinalagmático, pero ello no quiere decir que sea en todo caso abusivo.

¹² STJUE de 14 de marzo de 2013, Asunto: C-415/11, Caso Mohamed Aziz vs Catalunya Caixa. <http://curia.europa.eu> (ECLI:EU:C:2013:164)

¹³ Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013, páginas 36373 a 36398

¹⁴STC núm. 41/1981, de 18 de diciembre, BOE núm. 12, de 14 de enero de 1982. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/sentencia.aspx?cod=16667>. [consulta 5 de agosto de 2016]; esta sentencia fue refrendada por el Auto num. 113/2011, de 19 de julio de 2011. BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2011. pp. 175-185.

Es por ello que el futuro de la hipoteca pasa, en la actualidad, por una urgente y necesaria reforma estructural que permita, por un lado, a los acreedores recuperar su inversión y, por otra, a los deudores quedar protegidos frente a tentaciones abusivas del acreedor.

La garantía que supone la hipoteca es la que ha permitido ese acceso de los particulares a la adquisición de inmuebles y ha asegurado el riesgo de las entidades de crédito por las cantidades prestadas¹⁵ teniendo en cuenta además el largo plazo de este tipo de préstamos.

En los últimos años se ha producido un auge, quizá excesivo, en la contratación de préstamos hipotecarios que ha venido unido al despegue de la denominada “burbuja inmobiliaria”; con la crisis y la quiebra de dicha burbuja, surgieron las consecuencias de esa concesión excesiva, cuando no irresponsable, de préstamos hipotecarios.

I.1. ESTRUCTURA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En palabras de GARCÍA- ESCÁRZAGA GONZÁLEZ¹⁶, el préstamo hipotecario se nos presenta hoy en día como *un “complejo integral”*:

Complejo porque, en la escritura pública en la que se constituye el préstamo hipotecario, nos encontramos con un aumento, quizá desmesurado, de cláusulas que regulan tanto la relación obligatoria como la hipoteca que la garantiza.

¹⁵ YSÁS SOLANES, M. *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994, p. 8

¹⁶GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por Notarios y Registradores de la Propiedad*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 55

Con la finalidad de asegurar su posición contractual por todos los medios, las entidades de crédito prestamistas, en la mayoría de los casos, han ido añadiendo un sinnúmero de cláusulas y condiciones, muchas innecesarias, porque están previstas en Derecho positivo, otras inoperantes y algunas, incluso contrarias a la ley.¹⁷

Así lo manifestó, hace ya unos años, la Dirección General de Registros y Notariados en la Resolución de 5 de junio de 1987¹⁸.

Y es integral porque -como continúa diciendo el mismo autor- todas esas cláusulas están incorporadas en la escritura de préstamo hipotecario.

No han faltado autores¹⁹ que, en cierto modo, han venido a justificar el volumen de cláusulas que integran los contratos de préstamo hipotecario, basándose, fundamentalmente, en dos argumentos:

a) En primer lugar, por el hecho de que la posición de inferioridad del usuario se produce hasta que recibe el capital, ya que desde ese momento, hay una cierta inversión del riesgo y desequilibrio contractual, que pasa a las entidades financieras, ya que el incumplimiento y la demora cuando se

¹⁷ CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., *op. cit.* p. 12

¹⁸ RDGRN de 5 de junio de 1987: “La creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurarse la plena efectividad de la cobertura hipotecaria, han desembocado en una excesiva complejidad del mecanismo negocial instrumentado en contra de la exigencia legal de claridad y precisión en la constitución de derechos reales...” BOE núm. 164, de 10 de julio de 1987, pp. 21104- 21106

¹⁹ Cfr. MEZQUITA DEL CACHO, J.L. “Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión relativa a viviendas” en Actualidad Civil, núm 13, 1995, p. 257. Este autor, sumándose a la postura de MAGARIÑOS BLANCO, V. “Las cláusulas en los préstamos bajo Condiciones Generales”, Actualidad Civil, núm 13, 1995, señala, en base a los argumentos expresados “lo que se trasluce en los clausulados predispuestos de contratos crediticio-financieros es el afán de controlar el mantenimiento de una responsabilidad patrimonial solvente en la parte deudora, originaria o por subrogación. La garantía hipotecaria es un plus necesario en ciertos casos, pero en el fondo secundario y ahí está la clave intencional de varias de las cláusulas que prima facie aparecen como excesivas”.

producen en proporciones importantes “*amenazan a la entidad con consecuencias desestabilizadoras*”, de ahí que pretendan extremar las cautelas contractuales.

b) En segundo lugar porque, sin desdeñar que la garantía hipotecaria impide considerar indefensión ante el riesgo, consideran que la ejecución forzosa interesa poco a las entidades financieras.

Dentro de la estructura de préstamo hipotecario nos encontramos con dos relaciones jurídicas superpuestas: por un lado, el negocio que da lugar a la obligación garantizada, esto es, el préstamo; y, por otro, la constitución de la garantía, es decir, la hipoteca. La relación entre ambos ha dado lugar a una cierta discusión doctrinal acerca de si nos encontramos ante dos contratos distintos o uno solo y que analizaremos en apartados siguientes.

I.2. LA RELACIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA

I.2.1. ACCESORIEDAD

Como señala BLASCO GASCÓ²⁰, la relación entre crédito e hipoteca se ha explicado tradicionalmente en clave de accesoriidad, de modo que la hipoteca supone la existencia necesaria de una obligación para cuya seguridad se constituye, no tiene una vida independiente siguiendo las vicisitudes del crédito que garantiza.

²⁰ BLASCO GASCÓ, F. “El crédito y las hipotecas: Las cláusulas del préstamo hipotecario”. En *Lunes Cuatro Treinta*, núm 455, CINDER, 2008. p.27

Así, la doctrina tradicional, por todos ellos ROCA SASTRE²¹, sostiene el carácter subordinado y accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado, de modo que nace y muere con éste, configurándose el crédito como el elemento principal de la relación jurídica.

Sin embargo, este carácter accesorio de la hipoteca ha sido puesto en duda, por ciertos sectores doctrinales²². Así, podemos encontrar:

- Por un lado, la postura que defiende el tratamiento unitario, y lo considera, en palabras de MORALEJO IMBERNON²³, “*un complejo entramado de relaciones jurídicas superpuestas*”. Una realidad inescindible integrada por la fusión del crédito y la hipoteca que confluyen para conseguir la función práctica perseguida. La unión de débito y la responsabilidad es sustancial;

- Por otro, la postura que rechaza la relación de estricta accesoriedad entre crédito e hipoteca y la sitúa en una relación de tipo finalista, esta postura fue defendida por REY PORTOLÉS²⁴. Los argumentos utilizados para defender esta postura son:

²¹ ROCA SASTRE, R.. *Derecho Hipotecario*, Vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1999. p. 273. “*La hipoteca no es un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio de un crédito*”. “*Está íntimamente ligada y subordinada, en su existencia, extensión y extinción, con el crédito. Por tanto, la hipoteca es un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte*”

²² LACAL FUENTES, P. “El mito de la accesoriedad de la hipoteca”, *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp 930-931

²³ MORALEJO IMBERNON, N. “Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, Tomo IV, Sección 2ª, *De la contratación común o general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. p. 4157

²⁴ REY PORTOLÉS, J.M. “Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo” *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 1995. pp. 55-56

1°.- Que los artículos 1857 y 1876 del CC, cuando manifiestan el carácter accesorio de la hipoteca, no acompañan tal afirmación de unos efectos jurídicos concretos;

2°.- Que, aparte de tal afirmación, el resto de los citados artículos, determinan esa relación finalística entre ambos, traducida en que la hipoteca se constituye para garantizar una obligación.

3°.- Que el artículo 1528 del CC, que algunos autores invocan para defender la accesoriedad, es dispositivo, es decir, no impone la transmisión de lo accesorio junto con el principal.

4°.- Y por último, mantiene este autor, que existen otros ejemplos de accesoriedad no vinculada y de subsistencia del derecho accesorio con independencia de la extinción de la obligación principal.

En base a tales argumentos, afirma que la hipoteca es un derecho diferente al crédito, con diferente contenido y diferente régimen de constitución y extinción²⁵.

- Otro sector doctrinal²⁶ prefiere hablar de accesoriedad con carácter eventual, considerando que este principio se daría en el momento de constitución de la hipoteca, y en la fase de ejecución de la misma.

En el momento de constitución, porque la hipoteca requiere, para existir, de una obligación a la que garantizar y en el momento de la ejecución cuando necesita una obligación que ejecutar.

²⁵ BLASCO GASCÓ, F. *op. cit.* p.35

²⁶ DE LA RICA ARENAL, R.: “La obligación personal y responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”. Anuario de la Academia Matritense del Notariado, 1948. T. IV. pp.287 a 327.

De acuerdo con lo expuesto, como señala ANGUIA RÍOS²⁷, las diferentes posturas doctrinales van desde la estricta accesoriedad que une a la hipoteca con el crédito, a otras en las que, o bien se matiza este principio, o bien transforma la relación y fusiona ambas figuras en una más compleja que es el crédito hipotecario.

1.2.2. CONFIGURACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. LA SUPUESTA LIBERTAD CONTRACTUAL

Como ya hemos tenido oportunidad de afirmar, el préstamo hipotecario supone un instrumento ampliamente utilizado a la hora de acceder la propiedad de la vivienda por parte de los particulares.

A pesar de ello, y de la gran trascendencia económica que ha alcanzado, la doctrina discute acerca de la configuración del mismo como contrato típico o atípico y, a la vez, si nos encontramos ante dos contratos independientes pero conectados, es decir, préstamo e hipoteca, o por el contrario ante un único contrato.

- La tipicidad del contrato de préstamo hipotecario:

Es cierto que no existe en nuestro Ordenamiento una regulación específica del préstamo hipotecario, por lo que, en principio, podríamos concluir que nos encontramos ante un contrato atípico, entendido por tal, aquel que carece de reconocimiento legal y de disciplina normativa²⁸

Sin embargo, no es menos cierto que, debido a la importancia económico-social que ha alcanzado el préstamo hipotecario, es posible

²⁷ ANGUIA RÍOS R.M. *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*. Dykinson. Madrid 2006. pp. 271-272.

²⁸ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Introducción. Teoría del Contrato*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 360.

hablar del mismo como contrato típico desde la perspectiva de la tipicidad social, considerando como tal, en palabras de DIEZ-PICAZO²⁹, aquel contrato que, aunque carezca de regulación legal, posee una reiteración en orden a su aparición como fenómeno social, de modo que su celebración de modo reiterado les dota de un *nomen iuris* y de una disciplina consagrada doctrinal o jurisprudencialmente.

Desde otro punto de vista, como apunta GARCÍA-ESCÁRZAGA³⁰, la ley, a pesar de no ofrecer un esquema de dicho contrato, sí se refiere al préstamo hipotecario, en diferentes normas, como un único contrato³¹.

En el mismo sentido, se puede observar que, el propio CC, en su art. 1964, hace referencia, en materia de prescripción, a la acción hipotecaria.

La tipicidad, en el Derecho privado, se ha reconducido al principio de causalidad, entendido como la función económico y social que cumple el contrato, es decir, su causa, de modo que se consideran típicos no sólo los negocios que tienen una regulación legal específica, sino también, los que cumplen una función típica.³²

Por todo ello, teniendo en cuenta, no sólo la mención legal del préstamo hipotecario, en las normas a que hacíamos referencia, sino también, la función típica de garantía que cumple la hipoteca cuando se incorpora a una obligación contractual, nos lleva a poder afirmar el carácter

²⁹ *Ibid.*, p. 361.

³⁰ GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F. *op. cit.* p.70

³¹ Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre regulación del Mercado Hipotecario, BOE núm. 90 de 15 de abril de 1985, pp. 8148-8150; Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994, pp. 10364 a 10366; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, BOE núm 116, de 15 de mayo de 2013, pp. 36373-36398.

³² GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F. *op. cit.* p. 71

típico del préstamo hipotecario, lo que nos conduce a analizar si nos encontramos ante un único contrato.

- El préstamo hipotecario como contrato único.

Respecto a la segunda de las cuestiones, esto es, si nos encontramos ante dos contratos conexos, préstamo e hipoteca, o un solo contrato, como señala GARCÍA-ESCÁRZAGA³³, nos centraremos en el préstamo hipotecario que se constituye en un solo acto, es decir, aquel en el que en el mismo acto se perfecciona un préstamo y a la vez se constituye, en garantía del anterior, una hipoteca.

Autores como DIEZ-PICAZO³⁴, distinguen entre contratos mixtos- en los que dentro de un contrato confluyen elementos de contratos diferentes- contratos coligados- en los que las partes yuxtaponen varios contratos en un único negocio para tratar de alcanzar con la unión de ellos la finalidad empírica que persiguen, como el préstamo hipotecario-y contratos complejos- en los que las prestaciones de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del que se aíslan para integrarse en el negocio-.

Frente a la postura mantenida por algunos autores de que cada contrato yuxtapuesto conserva su propia fisonomía (caso del préstamo hipotecario) y , en consecuencia, consideran que hay pluralidad de contratos, otros como DIEZ-PICAZO, sostienen que el fenómeno jurídico constituye una auténtica unidad económica por obedecer a una unidad de

³³ *Ibid.* pp. 72 y sig.

³⁴ DIEZ-PICAZO, L. *op. cit.* pp.362-363

interés, y de función que hace que el contrato sea considerado como una unidad jurídica, y, por ello, un único contrato.

En igual sentido, AMORÓS GUARDIOLA³⁵, defiende asimismo la unidad del crédito hipotecario. Según este autor, cuando el crédito y la hipoteca se originan simultáneamente y el hipotecante es el mismo deudor, la hipoteca se constituye en el mismo momento del nacimiento del crédito, de modo que *“además del crédito simple, creado por vía contractual, surge al mismo tiempo o inmediatamente después cuando se inscriba el contrato, el crédito hipotecario como una unidad”*. Tal simultaneidad en la constitución, *“facilita la visión unitaria del crédito garantizado”*.

Esta cuestión se ha planteado en sede de prescripción de la acción hipotecaria. En este sentido, como señala CAVANILLAS MÚGICA³⁶, la falta de concordancia entre el plazo de prescripción de la acción hipotecaria (veinte años) y el de la acción personal (quince años), ha dado lugar a algunos problemas discutidos por la doctrina y que la jurisprudencia va resolviendo ocasionalmente.

Así, la STS de 8 de noviembre de 1960³⁷ considera que en el caso del préstamo hipotecario, no opera la prescripción del crédito simple, cuando adquiere la superior condición de hipotecario y, en consecuencia, extiende el plazo de duración para todo el contrato a los veinte años. Línea

³⁵ AMORÓS GUARDIOLA, M. *La causa del crédito hipotecario*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 94

³⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S. “Capítulo III. De la prescripción de las acciones” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Tomo IX. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 13306

³⁷ STS núm. 642/1960, de 8 de noviembre (CENDOJ: Roj: STS 81/1960); STS núm. 1113/2004, de 2004 (CENDOJ: Roj: STS 7526/2004) y STS 1331/2007, 10 de diciembre (CENDOJ: Roj: STS 8130/2007)

refrendada en sentencias posteriores como la de 19 de noviembre de 2004 y 10 de diciembre de 2007.

Por otro lado, autores como RODRÍGUEZ DE ALMEIDA³⁸, entienden que si se acepta la teoría de la unidad del crédito hipotecario distinta de las partes que lo componen, es más fácil entender que, al ser diferente al crédito y al derecho real, tenga su propio plazo de prescripción de 20 años.

Por nuestra parte, de acuerdo con lo expuesto, consideramos que el préstamo hipotecario se puede configurar como un contrato único.

Este negocio integral estaría formado por una parte esencial que englobaría la relación préstamo e hipoteca -constituida por la obligación de restitución del principal e intereses y la garantía hipotecaria en toda su extensión-, así como las cláusulas que definen la garantía hipotecaria, y, otra no esencial, que integraría un conjunto de condiciones generales accesorias de tipo obligacional, y que se derivan del desmesurado aumento de cláusulas que cada vez se incorporan a los préstamos hipotecarios.

Como señala SAÉZ DE JUBERA³⁹, dentro del clausulado del préstamo hipotecario nos encontramos con la previsión de una serie de deberes accesorios a cargo del deudor y del hipotecante, con los correlativos derechos del acreedor, que en muchos casos afectan a la propia garantía hipotecaria, ya que vinculan el incumplimiento de los mismos a un vencimiento anticipado del crédito.

³⁸ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G. en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 690, 2005, pp. 1447-1455, esta autora es citada por RODRÍGUEZ OTERO, L. *Instituciones de Derecho Hipotecario. Tomo III, Dijusa, Madrid, 2007, p. 491-493*

³⁹ SAÉZ DE JUBERA HIGUERO, B. "Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la ley 41/2007", Ponencia presentada en el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, 2008. pp. 2-3

Además, afirma la autora, junto a estas cláusulas de vencimiento anticipado, se incluyen otras de contenido puramente obligacional que exceden del típico contenido real hipotecario.

Esta diferenciación entre cláusulas principales del contrato y cláusulas accesorias, van a tener, un importante alcance práctico, ya que facilitará el control de las cláusulas, tanto con carácter preventivo –notarial y registral– como judicial.

Como más adelante veremos, entendemos esencial la diferenciación entre cláusulas principales y accesorias dentro del préstamo hipotecario, por la diferente sujeción a los controles de incorporación en el contrato o su posible carácter abusivo.

Dentro del control preventivo Registral, hay que tener en cuenta que no todas las cláusulas que se insertan en el contrato tienen porqué acceder al Registro de la propiedad. El hecho de que el crédito esté garantizado por hipoteca, no le otorga transcendencia real a todo el contenido del mismo, sino que habrá que determinar qué cláusulas acceden al Registro y cuáles no,⁴⁰ lo que tendrá relevancia en el procedimiento de ejecución hipotecaria que se basa en el asiento registral⁴¹.

De acuerdo con la configuración del préstamo hipotecario como un contrato complejo, se hace necesario acudir al análisis de su causa, ya que

⁴⁰ *Ibid.* pp. 3-4

⁴¹ Como señala SAEZ DE JUBERA, B. *Ibid.* pp. 30 y ss., esta materia fue objeto de modificación por la 41/2007, de 7 de diciembre. BOE 294, de 8 de diciembre de 2007. Que dio nueva redacción, entre otros, al art. 12 y 130 LH. En el art. 12 en su redacción actual se establece que las cláusulas financieras del préstamo que no tengan eficacia real y las de vencimiento anticipado se transcribirán- sin ser objeto de calificación- siempre que las de transcendencia real hayan sido calificadas favorablemente. La RDGRN de 21 de diciembre de 2007, BOE núm. 13 de 15 de enero de 2008, ha manifestado que dicha transcripción es afectos de “mera noticia”

como señala JORDANO BAREA⁴², para determinar cuándo se está ante un contrato complejo, el único criterio aprovechable es el de la causa del contrato, ya que allí donde haya causa única, siquiera compleja, existirá unidad de contrato y, cuando haya pluralidad de causas habrá pluralidad de contratos.

DE CASTRO⁴³, en relación al concepto de causa, aúna los aspectos objetivo y subjetivo de la misma, y la considera como *“la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones de voluntad negociales”*.

Así, para este autor, desde el punto de vista subjetivo *“será, lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca el amparo jurídico”* y desde el punto de vista objetivo servirá como *“el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada”* y con él se determinará la validez o invalidez del negocio.

DIEZ-PICAZO⁴⁴, acude al concepto de causa concreta y la define como *“el propósito empírico o práctico que las partes quieren conseguir, y el resultado social que pretenden instaurar”*

En cuanto a los criterios para apreciar la causa⁴⁵ en el contrato de préstamo hipotecario, entendemos que hay que acudir a la denominada causa concreta o propósito concreto perseguido por las partes.

⁴² JORDANO BAREA, J.B. Contratos Mixtos y unión de contratos” en Anuario de Derecho Civil, 1951, p. 335

⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.* p. 191

⁴⁴ DIEZ-PICAZO, L. *op. cit.* p.236

Ese propósito concreto será, para el caso de la entidad prestamista, además del compromiso de reembolso del prestatario, que se constituya la hipoteca; y para la parte prestataria y constituyente de la hipoteca, la entrega del capital. De acuerdo con ello, podemos afirmar que las partes persiguen una finalidad concreta y común, un “*propósito práctico*”, el préstamo hipotecario, que nos permite configurarlo como un único contrato en su parte esencial⁴⁶.

- El objeto del contrato de préstamo hipotecario:

Una de las cuestiones que se plantean en la configuración del préstamo en general, y del préstamo hipotecario en particular, partiendo, como hemos señalado del carácter oneroso del mismo, es la determinación de su objeto.

Como señala OROZCO⁴⁷, la relación entre tiempo, riesgo e interés es básica e inherente a su naturaleza, por ello, el art. 1227 del CC entiende que el plazo se establece en beneficio de ambas partes, así, el prestatario tiene más tiempo para la devolución de lo prestado y el prestamista percibe mayor rendimiento por ello.

⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.* pp 188-189. DE CASTRO considera que son tres los criterios para apreciar la causa, por un lado la tipificación legal, la genérica del 1274 CC y la causa concreta, considerando ésta última como el propósito concreto de cada negocio.

⁴⁶ GARCÍA-ESCÁRZAGA, *op. cit.*, pp. 76 y 77

⁴⁷ OROZCO PARDO, G. La protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: El sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.; MONTES PENADÉS, V. L.; MORALES MORENO, A.M. Y PANTALEÓN PRIETO, F. (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. T. II. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2003, p. 2749

Por ello, cuanto más riesgo exista en la operación, el interés será mayor, aumentándose, además las garantías que exija el prestamista para asegurarse la devolución del capital y el cobro de los intereses.

La prestación de intereses es definida por MÚRTULA LAFUENTE⁴⁸ como *“una cantidad de dinero que se debe de pagar por la utilización o disponibilidad de un capital ajeno, cuya cuantía depende de la duración del uso o disposición de ese capital y no de las ganancias o beneficios que de él puedan obtener el deudor o un tercero”*.

DIEZ-PICAZO⁴⁹, considera el interés, desde un punto de vista jurídico, como *“las cantidades de dinero que deben de ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero.”*

El CC no da un concepto de interés. En este sentido, tal y como señala BASOZABAL⁵⁰, el tratamiento legal del interés ha sido y es práctico. De acuerdo con ello, lo que más se acerca a un cierto concepto legal de interés lo encontramos en el art. 315 del Cco, que, si bien no da una definición del mismo, señala que *“se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor”*, evidentemente que no sea el capital principal, convirtiendo así, el interés en el auténtico precio del préstamo.

De acuerdo con lo expuesto, en relación al objeto del préstamo con interés, podemos señalar con YSÁS SOLANES⁵¹ que, el contenido típico del contrato está formado por el objeto o núcleo principal que está integrado

⁴⁸ MÚRTULA LAFUENTE, V. *La prestación de intereses*. Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1999, pp. 209-210

⁴⁹ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Ed. Civitas, Madrid 1993, p.282

⁵⁰ BASOZABAL ARRUE, X. *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 54

⁵¹ YSÁS SOLANES, M. *op. cit.* p. 32-33

por la obligación de devolución del capital y la del pago de intereses como precio, y, el resto de las estipulaciones conformarán el contenido accesorio del contrato⁵².

Autores como LACRUZ⁵³, consideran que la prestación de intereses en su nacimiento y devengo es accesoria de la del capital y sigue sus vicisitudes, pero la obligación de pagar los intereses vencidos alcanza sustantividad propia e independiente.

De acuerdo con ello, habrá que tener en cuenta que en cada vencimiento, la cuota que corresponde pagar al deudor estará integrada por la amortización de capital más intereses, y la imputación a cada uno de estos conceptos varía a lo largo de la duración del préstamo.

En este sentido, los intereses comprenderán la actualización del capital más el servicio del préstamo por el uso que del dinero hace el deudor, y esta idea del interés, con estos dos componentes, hace difícil diferenciar entre deuda de capital y deuda de intereses ya que la deuda de intereses contiene la actualización del capital. Por ello, en los préstamos onerosos, las obligaciones de pago de capital y la de pago de intereses son ambas principales y están interrelacionadas⁵⁴.

En relación al préstamo hipotecario, al que le son aplicable las anteriores consideraciones por ser un contrato oneroso, y en cuanto al objeto de estudio del presente tema, una de las cuestiones que se han planteado, y que analizaremos en apartados posteriores, ha sido si la cláusula suelo forma

⁵² En el caso del préstamo hipotecario habrá que tener en cuenta, también, las obligaciones derivadas para el deudor hipotecario del contrato de hipoteca.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.* p. 104

⁵⁴ YSÁS SOLANES, M. *op. cit.* p. 33

parte o es definitoria del objeto principal del contrato, en este caso del precio.⁵⁵

I.3. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

Antes de entrar a analizar concretamente el préstamo hipotecario como un contrato de adhesión, entendemos necesario hacer un breve comentario acerca de las características propias de este tipo contractual.

I.3.1. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.

La expresión contrato de adhesión, hace referencia a un contrato por el que una de las partes contratantes ha fijado el contenido contractual y la otra, que no ha participado en la formación de dicho contenido, se limita a adherirse al mismo, quedando limitada su libertad contractual a decidir acerca de contratar o no.

DIEZ-PICAZO⁵⁶ define los contratos de adhesión como aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen.

⁵⁵ La cuestión de si la cláusula suelo forma parte o es definitoria del objeto principal del contrato, la trataremos en otros apartados de este trabajo. Simplemente baste señalar aquí, que, mientras el TS y algunos autores, la consideran como elemento definitorio del objeto principal del contrato, el precio, y por tanto, integrante del mismo; otro sector doctrinal, y un volumen destacado de resoluciones de la jurisprudencia menor, la configuran como una cláusula accesoria.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 323.

Por su parte LACRUZ⁵⁷ considera contrato de adhesión como aquel que se propone a la aceptación de una gran masa de público, fijando el proponente las condiciones mediante una fórmula que impone a los posibles aceptantes, de modo que éstos no les queda sino aceptar o rechazar el modelo que se les ofrece, y a veces ni eso.

En estos contratos, aparece tan debilitada la libertad de establecer el contenido del contrato que en muchas ocasiones llega a desaparecer, siendo sustituida por una normativa legal, de carácter imperativo, con el fin de proteger a la parte más débil del contrato⁵⁸.

En ellos no se toman en cuenta las pretensiones concretas de la parte que se adhiere a los términos del contrato, sino que éste debe de aceptar un contenido contractual predeterminado por la parte proponente, en función del producto o servicio que, de modo general, ofrece al público, sin que las propuestas individuales de la parte no proponente se tomen en cuenta, y, sólo, de modo muy excepcional se incorporaran al contrato como condiciones particulares.

Sentado lo anterior, hay que señalar que al hablar de contratos de adhesión es importante hacer algunas precisiones terminológicas ya que se suele utilizar de modo equivalente las expresiones “contratos de adhesión”, “contratos en masa” y “contratos celebrados bajo condiciones generales de contratación”.⁵⁹

⁵⁷LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J. RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J. *Derecho de Obligaciones. Vol 1º. Elementos de Derecho Civil II*. Segunda Edición. Ed. Dikynson. Madrid, 2000. P.346

⁵⁸ LLODRÁ GRIMALT, F. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p.31

⁵⁹ *Íbid.*, pp. 31-32

La doctrina jurisprudencial también ha definido los contratos de adhesión, entre otras en la STS de 28 de noviembre de 1997⁶⁰ como *“aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)”*.

Siguiendo a LLODRA GRIMALT⁶¹, la expresión contratos en masa es la denominación más genérica de las empleadas, y se refiere a la contratación de las empresas con grandes masas de clientes, con independencia del tipo de contratación que se realice. Por su parte, con la expresión de “contratos de adhesión” se hace referencia una categoría muy amplia de contratos en el que se incluirían los contratos en masa, ya que la aceptación de una de las partes se produce mediante su adhesión al contrato, pero no todos los contratos de adhesión se celebran en masa si consideramos que hay contratos de adhesión particulares.

En cuanto a los “contratos celebrados bajo condiciones generales de contratación” hay que señalar que con la expresión condiciones generales nos estamos refiriendo a aquellas cláusulas que se elaboran previamente, con vistas a incluirlas, tal cual, en los contratos de un determinado tipo que en lo sucesivo celebra el sujeto que las elabora⁶².

⁶⁰ STS núm 1125/97, de 28 de noviembre de 1997 (ROJ: STS 7222/1997), Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. N° de recurso: 1829/1997.

⁶¹ LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit* pp. 32-37

⁶² PARDO GATO, J.R. *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Ed. Dijusa. Madrid, 2004. p.28

DE CASTRO⁶³ conceptúa las condiciones generales de los contratos como los conjuntos de reglas que un particular (empresario o grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar.

Entrados en este punto es necesario hacer una precisión más, y es que consideramos necesario distinguir entre condiciones generales de la contratación y condiciones generales de los contratos en particular⁶⁴.

Así, las condiciones generales de la contratación se definen en el artículo 1º.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (en adelante LCGC)⁶⁵, cuando establece que *“son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*.

Por su parte, las condiciones generales de los contratos en particular, apunta DE CASTRO⁶⁶, se refieren a un determinado contrato, *“en el que mediante la aceptación presunta o la firma del cliente, entran a formar parte de su contenido”*, como *“una declaración de empresario, grupo o asociación, que establecen normas a que deben ajustarse sus contratos”*; *mientras que contenido”*.

⁶³ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. Ed. Civitas. Madrid, 1985. p. 12

⁶⁴ *Ibid.*, p.14

⁶⁵ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. «BOE» núm. 89, de 14/04/1998.

⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.* p. 12

Como pone de manifiesto BERCOVITZ⁶⁷, la relación existente entre contrato de adhesión y condiciones generales de contratación es clara, el artículo 1.2 LCGC⁶⁸, que supone una reproducción del artículo 3.2.2º de la DIRECTIVA 93/13/CEE⁶⁹, revela que la problemática de las condiciones generales de contratación y de los contratos de adhesión es la misma, y ello, es debido a que los contratos de adhesión son tales porque se encuentran integrados por condiciones generales de contratación: *”adherirse al texto contractual predispuesto no es sino adherirse a las condiciones generales que constituyen su contenido.”*

En cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión la opinión aceptada casi unánimemente en la doctrina y la jurisprudencia⁷⁰, en la actualidad, es que los contratos de adhesión son auténticos contratos.

Una de las cuestiones fundamentales que se planten es si la adhesión equivale al consentimiento contractual, en este sentido, autores como SANTOS BRIZ⁷¹ equiparan plenamente, en relación a la sumisión a las

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Disposiciones generales. Arts. 1. Ámbito objetivo”, en A.A.V.V., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*. Ed. Aranzadi. Navarra, 1999, p. 35.

⁶⁸ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. «BOE» núm. 89, de 14/04/1998. Artículo 1. Ámbito objetivo.

2. *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.*

⁶⁹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. L 095 de 21-4-1993 p. 29-34

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1998. RJ 1998\4076. F.D. 3º.

⁷¹ SANTOS BRIZ, J. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Ed. Comares. Granada, 1992, p.117: *“...las especiales características de las condiciones generales no excluyen concebir la sumisión como declaración de voluntad. La tipificación del contenido del contrato y la limitación que ello implica de la libertad contractual, nada alteran que las partes se obliguen recíprocamente a virtud de contrato bilateral que sólo puede perfeccionarse por declaraciones de voluntad concordantes”*

condiciones generales de contratación, consentimiento contractual y adhesión.

Esta opinión es defendida por otros autores, en el sentido de considerar que la adhesión es consentimiento contractual, no ofreciendo ninguna diferencia con la aceptación de la oferta en un contrato, ya que lo que es diferente es la actividad previa para alcanzar dicho consentimiento⁷².

Por el contrario, autores como ALFARO⁷³ rechazan esta identificación, por entender que “*el consentimiento implica aceptación libre y la adhesión a un clausulado predispuesto es sólo aceptación voluntaria (no violentada)*”.

Según ALFARO⁷⁴, los presupuestos que han de darse para determinar que la adhesión equivale a un consentimiento libre en el sentido del artículo 1261 CC serían: a) que se trate de un ámbito reservado por el legislador a la libre decisión de los particulares; b) que los acuerdos se adopten de modo voluntario; c) que es irrelevante que haya existido o no negociación; d) que el contratante haya tenido como alternativa disponible la renuncia a contratar y e) que el acuerdo, en consecuencia, se haya celebrado en un ámbito de competencia real.

⁷² LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit.* p. 42; ORDUÑA MORENO, J. *Contratación y consumo*. Tirant lo Blanch, Valencia 1998. p. 260, este autor señala que “...desde el punto de vista del iter negocial, la adhesión no puede ser distinguida de la aceptación de la oferta”.

⁷³ ALFARO AGUILA-REAL, J, “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas” en https://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion_precio_prestacion_J_Alfaro.pdf [Consulta: 30 septiembre de 2016]

⁷⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*. Ed. Civitas. Madrid, 1991, pp.68-69

No obstante, podemos señalar que el elemento diferenciador entre los contratos individuales y los de adhesión se encuentra, no tanto en el consentimiento contractual, si no en la fase preparatoria del contrato.

Así, mientras en los contratos individuales hay unos tratos preliminares, en los de adhesión, esta fase brilla por su ausencia dado que una de las partes se adhiere al contenido predispuesto por la otra, lo que supone una desigualdad de las partes intervinientes. Esta desigualdad se concreta en que en los contratos de adhesión el adherente no tiene opción de discutir y pactar el contenido del contrato.

Para solventar tal desigualdad, los poderes públicos intervienen a través de una normativa protectora y surge el concepto de “*contratante débil*”⁷⁵, de modo que, la desigualdad se intenta salvar a través de normas de control de contenido que tratan de garantizar el justo equilibrio de las prestaciones cuando se contrata con un consumidor.

1.3.2. CONFIGURACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

Como ya hemos apuntado al comienzo del presente trabajo, una de las principales características que tiene el préstamo hipotecario es que, en la actualidad, el acreedor es una entidad de crédito que ocupa, frente al prestatario, una posición dominante que viene reflejada en la redacción unilateral y en serie, en muchas ocasiones, de los contratos de préstamo y cuyas cláusulas vienen impuestas al prestatario de modo que éste se limita a adherirse al mismo sin tener la oportunidad de poder discutir ni una sola de las citadas cláusulas.

⁷⁵ LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit.* p.61

Como apunta CALVO GONZALEZ-VALLINAS⁷⁶, las características del préstamo hipotecario, como contrato de adhesión con base en condiciones generales, derivan fundamentalmente del hecho de que el contrato se redacta conforme a minuta presentada por la entidad prestamista, vulnerándose en ocasiones el propio artículo 147 del Reglamento Notarial (en adelante RN⁷⁷) que impone la obligación de hacerlo constar así en la escritura.

ROCA SASTRE⁷⁸, afirma que muchas veces el préstamo hipotecario no se encuentra presidido por el principio de libertad contractual, de modo que una parte impone a la otra las cláusulas del contrato de forma que el prestatario no tiene más opción que aceptarlo o no, sin que dependa de su voluntad introducir modificación alguna.

⁷⁶ CALVO GONZALEZ-VALLINAS, R. *op. cit.* pp. 10-11

⁷⁷ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. BOE» núm. 189, de 07/07/1944.

Artículo 147.

El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, **siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico** y sean conformes a la voluntad de las partes.

Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Los incisos destacados en negrita fueron declarados nulos por STS de 20 de mayo de 2008BOE» núm. 145, de 16 de junio de 2008, páginas 27217 a 27219

⁷⁸ ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Vol. I, Barcelona 1979, p. 286

Para YSÁS SOLANES⁷⁹, “la generalización de este tipo de contratos que ofrecen la seguridad de la garantía real para el acreedor, generalmente una Entidad de Crédito, ha hecho que se hayan convertido en contratos *standard*, las condiciones de los cuales el prestatario no puede negociar, ya que vienen impuestas unilateralmente por el prestamista a través de condiciones generales”.

Es por ello que el préstamo hipotecario debe de incluirse dentro de los contratos de adhesión, considerando que esta calificación no es algo negativo, sino que sólo supone una especial manera de formación de la voluntad contractual.

BLASCO GASCÓ⁸⁰ resalta que la propia Ley 41/2007 de Regulación del Mercado Hipotecario reconoce que en la actualidad el préstamo hipotecario es un supuesto de contratación en masa, y, por tanto, de contratación adhesiva. Este autor, afirma que las entidades crediticias suelen redactar las cláusulas financieras y reales que conforman el préstamo hipotecario.

No obstante, GARCÍA ESCÁRZAGA⁸¹ no se muestra totalmente de acuerdo con esta caracterización al considerar que el préstamo hipotecario y su eficacia requiere una forma determinada y la participación de un fedatario público como es el notario; añade que además, en la actualidad, existe una normativa que tiende cada vez más a la protección de la parte más débil y a favorecer una cierta negociación previa a la conclusión del contrato.

⁷⁹ YSÁS SOLANES, M, *op. cit.* p 81

⁸⁰ BLASCO GASCÓ, F. “El crédito y las hipotecas...”*op. cit.* pp.44-45

⁸¹ GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F. *op. cit.* p. 94

Para este autor, la normativa referida a la contratación bancaria fomenta que la negociación se extiende a los elementos más importantes del préstamo hipotecario. El préstamo hipotecario contempla un contenido legal mínimo-sobre el que no cabe negociación- y el resto es donde se produce cierta negociación como puede ser plazo de amortización, intereses y el tipo aplicable, periodos de carencia, etc, lo que le lleva a rechazar la calificación del préstamo hipotecario como contrato de adhesión.⁸²

Hay que tener en cuenta que el hecho de que consideremos el préstamo hipotecario como contrato de adhesión, no implica que el prestatario no pueda elegir entre la oferta de préstamos hipotecarios que existe, e, incluso, que se pueda elegir entre determinadas circunstancias como la duración del préstamo, cantidades, entre otras, lo que revela, como afirma con YSÁS SOLANES⁸³, que son variados los contratos de adhesión en este caso, pero lo que cierto es que la oferta es cerrada y el prestatario lo que hace es adherirse a la que mejor se adapta a sus intereses o incluso, en ocasiones, a la del único prestamista que le concede el préstamo.

I.3.3. NORMATIVA PROTECTORA DEL CONSUMIDOR-DEUDOR HIPOTECARIO Y CONTENIDO DEL CONTRATO

I.3.3.1. NORMATIVA PROTECTORA DEL CONSUMIDOR-DEUDOR HIPOTECARIO

Relacionado con el contenido del contrato y su configuración como contrato de adhesión, en el que la mayor parte de las cláusulas son redactadas unilateralmente por la entidad prestamista, y en donde ésta ocupa

⁸² *Ibid.*, pp. 105-109

⁸³ YSÁS SOLANES, M. *op. cit.* p. 82

la posición dominante, se ha desarrollado por parte de los poderes públicos todo un complejo normativo que intenta proteger al consumidor⁸⁴.

La gran mayoría de estas normas protectoras de la parte más débil del contrato ha ido surgiendo, a raíz de los diferentes vaivenes y circunstancias económicas que se han producido a finales del S XX y comienzos del presente.

Dejando a un lado la LCGC como el TRLGDCU que son objeto de tratamiento en otros puntos del presente trabajo, haremos una breve referencia, por la incidencia que han tenido en la estructura y contenido del préstamo hipotecario, en orden a la protección del deudor, a la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios⁸⁵ modificada por la Ley 41/2007⁸⁶, de 7 de diciembre; a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁸⁷; a la Ley 2/2009, de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito⁸⁸, y a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de

⁸⁴ Entre ellas, podríamos citar la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito; Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (hoy TRLGDCU); LCGC; Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios modificada en 2007, o, la normativa de transparencia bancaria representada por la Orden de 5 de mayo de 1994 la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

⁸⁵ BOE» núm. 80, de 04/04/1994.

⁸⁶ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. BOE» núm. 294, de 8 de diciembre de 2007, páginas 50593 a 50614

⁸⁷ BOE» núm. 112, de 11 de mayo de 1994, páginas 14444 a 14449

⁸⁸ BOE núm. 79/2009, de 1 de abril.

octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁸⁹, que derogó la OM de 1994.

I.3.3.1.1. La Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios

La causa de su promulgación fue, fundamentalmente, la bajada de los tipos de interés que tuvo lugar en los años previos a su aprobación.

La Exposición de Motivos lo justificaba señalando, “*el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se ve agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del «cambio de hipoteca»: la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo.*”

Pues bien, esta norma, que fue sustancialmente modificada por la ley 41/2007 en beneficio del consumidor, establece la posibilidad de que una vez concertado un préstamo hipotecario, cualquiera que fuera su fecha y aun cuando no estuviera prevista en el mismo, la amortización anticipada, el prestatario pueda llevarse el préstamo a otra entidad o modificar con la misma entidad determinadas condiciones de su préstamo.

⁸⁹ BOE núm 261, de 29 de octubre de 2011, páginas 113242 a 113283

En la línea de avanzar en la protección de los prestatarios, la ley 41/2007, amplió las previsiones de la ley de 1994 y con ello, las circunstancias que podían ser objeto de modificación, alcanzando a la ampliación o reducción del capital; la alteración del plazo; las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; y la prestación o modificación de las garantías personales⁹⁰.

Por lo demás esta normativa estableció un régimen fiscal beneficioso para los prestatarios a fin de favorecer las operaciones reguladas en la misma.

1.3.3.1.2. La Orden de 5 de mayo de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Como señala LOPEZ JIMÉNEZ⁹¹, esta Orden inesperadamente se ha convertido, a pesar de estar derogada, en una de las bases fundamentales de la discusión sobre la cláusula suelo, si tenemos en cuenta que buena parte de los préstamos hipotecarios con cláusula suelo fueron firmados bajo su vigencia.

⁹⁰ Artículo 13 .2 de la Ley 41/2007 modifica el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo dándole la siguiente redacción: 1. *En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.* 2. *Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:*

i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales.

⁹¹ LOPEZ JIMENEZ, J.M “El contrato de préstamo hipotecario” en LOPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014 pp. 202-203

La Orden de 5 de mayo de 1994, se dictó con el fin, expresado en su Preámbulo, de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios.

En este sentido, se centraba especialmente en la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo la entrega, por la misma, de un folleto informativo en el que se especificaran con claridad las condiciones financieras del préstamo⁹², con el fin de facilitar la comparación entre diferentes ofertas; además se centraba en facilitar la comprensión, por parte del consumidor, de las implicaciones financieras del contrato, en la que debía de colaborar el notario autorizante.

En cuanto al ámbito de aplicación, el artículo 1.1 de la Orden establecía como requisitos concurrentes que se tratara de préstamo hipotecario y que la hipoteca recayera sobre una vivienda, que el prestatario fuera persona física y por último, con la salvedad antedicha de su derogación tácita por la ley 41/2007, que el importe del préstamo no excediera de 25.000.000 ptas o su equivalente en divisas.

Podemos afirmar, en cuanto al contenido de la Orden, siguiendo a BALLUGUERA GÓMEZ⁹³, que, en consonancia con el contenido general de la normativa sectorial bancaria, puede ordenarse en tres apartados: información precontractual; normas de protección o documentación contractual y ejecución del contrato.

Siguiendo esta estructura, en la Orden de 5 de mayo, el capítulo II bajo la rúbrica “*Actos preparatorios*”, se refería a la información precontractual diferenciando entre el folleto informativo (art. 3) y la oferta

⁹² *Cfr.* El preámbulo de la O. de 5 de mayo de 1994 párr 4º a 6º

⁹³ *Cfr.* BALLUGUERA GÓMEZ, C. “Cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria”, en Revista de Derecho Mercantil, 2001-2, p. 1807

vinculante (art. 5). Respecto al folleto informativo, era obligación de la Entidad la entrega gratuita del mismo con un contenido mínimo establecido en el Anexo I de la Orden⁹⁴, este folleto tenía carácter orientativo, y así debía de hacerse constar en el mismo.

En este folleto, a decir de LÓPEZ JIMÉNEZ⁹⁵, no se debía de hacer referencia a la existencia de cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo o techo).

Una vez llevadas a cabo el estudio de la capacidad financiera del solicitante, la tasación de la vivienda y la comprobación de la situación registral de la misma, la entidad estaba obligada a entregar al prestatario una oferta vinculante del préstamo, salvo que se le notificase la denegación del mismo.

Esta oferta vinculante, con una vigencia de diez días hábiles desde su entrega, que se formulaba por escrito, contenía, con arreglo al ANEXO II⁹⁶, las condiciones financieras del préstamo y el derecho del prestatario a examinar en la notaría el proyecto de escritura. En esta oferta vinculante como se puede observar en el número 3º del apartado 3 bis “Tipo de interés variable”, sí que debía de hacerse referencia a la existencia de la cláusula suelo o techo.

⁹⁴ *Vid.* el ANEXO I de la Orden establece el contenido que debía de recoger, plasmando con claridad las condiciones financieras del préstamo..

⁹⁵ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. *op. cit.* p. 215

⁹⁶ ANEXO II Cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden. Destacar que dentro de las condiciones que establecía ente Anexo, unas debían de aparecer siempre en la oferta, y el resto, sólo cuando tuvieran aplicación.

La siguiente fase es aquella en la que, una vez aceptada la oferta por el interesado, se procede a la preparación del contrato y al otorgamiento, que se encontraba regulado en el art. 7⁹⁷ de la Orden.

En este artículo se establecía: a) la libertad de elección del notario autorizante por parte del solicitante; b) el derecho, que debía de constar en la oferta vinculante, de poder examinar el proyecto de la escritura en la notaría salvo renuncia del solicitante; c) deberes que, conforme al RN, recaen sobre el notario autorizante en orden a informar a las partes del valor y alcance de la escritura, y en concreto, por lo que aquí nos interesa, el deber de los notarios de advertir expresamente al prestatario de la existencia de *“los límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes.*

Especial atención merece el deber de información por parte del notario. En atención al revuelo que se está produciendo con la cláusula suelo y las últimas sentencias judiciales, cabría plantearse si no podría existir algún tipo de responsabilidad en aquellos notarios que no cumplieron fielmente su deber de información respecto de las citadas cláusulas.

En relación con esta posibilidad, habría que tener en cuenta los arts. 146 y 147 y 194 del RN. El primero de ellos establece la responsabilidad civil del notario por los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de su función por dolo, negligencia o ignorancia inexcusables.

⁹⁷ Cfr. Artículo 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994.

El art. 147.5 RN establece varios deberes al respecto: a) informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra; b) comprobar que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales; c) prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella; y d) También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Por su parte, el 194 RN establece el deber de hacer las advertencias y reservas precisas establecidas en las leyes.

De acuerdo con ello, y, tras la derogación de la Orden de 1994, a lo establecido por la Orden de 2011, el incumplimiento de los deberes de informar adecuadamente de la existencia de las limitaciones a las variaciones de los tipos de interés, podría suponer, siempre que se dieran los requisitos exigidos por la ley, la existencia de responsabilidad civil en el notario autorizante. En este sentido, se podría citar la SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2012, que, si bien no es un caso referido a cláusulas suelo, hace una aplicación de la infracción del deber de informar que recae sobre el notario autorizante de la escritura.⁹⁸

⁹⁸ La SAP de Barcelona núm. 62/2014, de 19 de febrero (TOL4.491.920), declaró la responsabilidad civil del notario autorizante de una escritura de compraventa de vivienda como libre de cargas, cuando en realidad figuraba gravada con una hipoteca y sin informar al comprador, del riesgo que suponía, ya que permitió que la compradora entregara la totalidad del precio, sin retención, para que fuera cancelado el préstamo por la vendedora de acuerdo con lo pactado en la escritura. La AP confirma la sentencia del Juzgado de Primera instancia que condenó al notario por responsabilidad civil “*declarando la existencia de una infracción grave en su conducta, que dicha actuación es insuficiente a tenor de lo establecido en el artículo 147 del Reglamento Notarial y del 194 del mismo Cuerpo Legal , siendo la cláusula de que los gastos de cancelación los asumía la parte vendedora, mercantil dedicada a la actividad inmobiliaria, cuando menos sorprendente ante la entrega por la parte compradora, particular ajena a la actividad inmobiliaria, de la*

Hecho este inciso, y continuando con la Orden de 1994, el artículo 6º se refería al documento contractual y, en concreto, a las cláusulas financieras del préstamo hipotecario, que debían de aparecer separadas del resto de cláusulas y ajustándose a lo dispuesto en el Anexo II.

Llegados a este punto, hay que poner de manifiesto que pronto esta regulación se mostró insuficiente, cuando no ineficaz, a la hora de hacer frente a los excesos que se produjeron, por buena parte de las entidades de crédito, en los años previos al estallido de la burbuja inmobiliaria. En este contexto, se fue abriendo paso la idea de llevar a cabo una reforma normativa presidida por una mayor transparencia y supeditada a criterios de una mayor seguridad e información a los consumidores.

Consecuencia de ello, surgió el denominado “principio de préstamo responsable” que fue introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible⁹⁹ que dio lugar a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y que derogó la Orden de 5 de mayo de 1994.

A la luz de ambas normas, podemos definir el préstamo responsable como *“aquel préstamo o crédito concedido por un prestamista (ya sea éste una entidad de crédito o no), en cumplimiento de las obligaciones de concesión de crédito recogidas en dicha normativa, y habiendo evaluado éste, de manera diligente, la capacidad del cliente de hacer frente a las obligaciones de pago asumidas.”*¹⁰⁰

totalidad del precio, lo que debió motivar una actuación más activa del Notario para mayor instrucción de la misma, como otorgante más necesitado y evitar un consentimiento o voluntad viciados en la compradora.”

⁹⁹ BOE» núm. 55, de 05/03/2011.

¹⁰⁰ DE LA PEÑA, L. Y LÓPEZ FRÍAS, J. “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro Ordenamiento” en Revista de Derecho Bancario y Bursátil núm. 130, 2013.

1.3.3.1.3. La Ley 2/2009, de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La presente Ley viene a completar, a decir de su Exposición de Motivos, la amplia normativa existente en el ámbito de protección al consumidor, en un sector, el financiero, que tiene especial importancia, ya que entran en juego no sólo sus intereses económicos, sino también, la estabilidad financiera.

El origen del dictado de esta Ley se encuentra, por un lado, en el auge que, en los últimos años, se está produciendo de préstamos hipotecarios concedidos por empresas distintas a las entidades de crédito- éstas están sometidas a la supervisión del Banco de España y cuentan con una normativa propia- y, por otro, por el aumento de servicios de intermediación del crédito.

Cuando estos préstamos o créditos son concedidos por empresas que no son entidades de crédito, se sujetaban sin más, a la normativa general de consumidores y usuarios, sin contar con un marco normativo específico que garantice la transparencia y la seguridad de tales operaciones.

El ámbito de aplicación de la norma queda restringido, desde un punto de vista objetivo, a *“la concesión de préstamos o créditos hipotecarios y a la intermediación o asesoramiento en la concesión de préstamos o créditos.*

http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Paginas_desdeRevista_de_Derecho_Bancario_y_Bursatil__N%C2%BA_130_Abril-Junio_2013.pdf [Consulta 2 de octubre de 2016]
Por su parte el préstamo responsable aparece regulado en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Desde un punto de vista subjetivo se limita a las empresas que no sean entidades de crédito.”¹⁰¹

Esta norma viene a poner el acento en todas las cuestiones relativas a la transparencia de la información que debe de proporcionarse a los consumidores, declarando expresamente aplicable, en relación a los préstamos hipotecarios, la OM de 5 de mayo de 1994.

I.3.3.1.4. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Esta Orden de 2011 viene a aumentar el nivel de protección del cliente bancario en relación al sistema establecido en la normativa de transparencia anterior. En el análisis de la presente Orden nos centraremos en la regulación relativa al préstamo hipotecario y las exigencias que se establecen al respecto.

El Título III de la Orden de 2011 se refiere, entre otras cuestiones, a los créditos y préstamos hipotecarios. Esta Orden fue desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España y a ella haremos también referencia.

Después de determinar en su artículo 19 el ámbito de aplicación de la Orden en lo referente a los préstamos hipotecarios en que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre la vivienda, el artículo 20 establece que el Banco de España elaborará una Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario con el fin *de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de*

¹⁰¹ *Vid.* Considerando IV de la EM de la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación.

Por otra parte, como novedades introducidas por la Orden que estamos analizando, nos encontramos con:

- La Ficha de Información Precontractual (FIPRE) mediante la cual, las Entidades van a proporcionar, de modo gratuito y con carácter orientativo, información clara y suficiente sobre los préstamos que oferten, a través de la ficha que figura en el Anexo I de la Orden;

- La Ficha de Información Personalizada (FIPER), mediante al cual, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a éste la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta ficha, que figura en el Anexo II, se entregará a todos los clientes de préstamos, de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta.

Hemos de destacar que en ambas fichas, como veremos, habrá de hacerse mención a los tipos variables limitados que pudieran incluirse en la oferta, en clara referencia a las cláusulas suelo y techo. En este sentido en la Ficha de Información Personalizada, en su apartado 14 establece que cuando se haya pactado una limitación de la bajada del tipo de interés se informará al prestatario de los posibles efectos adversos.

Por otro lado, se regula la oferta vinculante (art. 23) que se entregará a través de una Ficha de Información Personalizada del Anexo II en la que se añadirá que se trata de una oferta vinculante y su plazo de duración, que no será inferior al de 14 días naturales contados desde la entrega.

Por su parte, respecto al documento contractual y al acto de otorgamiento, el artículo 7 de la Orden establece con carácter general el contenido que dicho documento debe de tener, de forma clara y explícita.

Centrándonos en el préstamo hipotecario, el artículo 29 de la Orden establece la estructura a la que deben de sujetarse las escrituras de préstamo hipotecario de modo similar a como lo hacía la orden de 1994, en este sentido, la nueva regulación establece que *contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. En particular, con las peculiaridades previstas en los siguientes apartados, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés.*

Por lo demás, el artículo 30, hace una extensa regulación del acto de otorgamiento estableciendo ampliamente las obligaciones de información que recaen sobre el notario autorizante a favor del prestatario. Fruto de esas amplias obligaciones y funciones de intervención que se les imponía, se establecía en el art. 30. 3 que *los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente.* Sin embargo, este inciso junto con el apartado 4 del mismo artículo, fueron declarados nulos por la Sentencia de la Audiencia

Nacional de 5 de marzo de 2013, sentencia confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de marzo de 2016¹⁰².

*1.3.3.1.5. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*¹⁰³.

Por último, dentro de la exposición de la normativa que se ha ido dictando para proteger en lo posible al contratante débil en los préstamos hipotecarios, merece atención el artículo 6 de la Ley, referido al fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de préstamos hipotecarios.

Este precepto, que supone un mandato dirigido al notario autorizante de la escritura, presume, a decir de LÓPEZ JIMÉNEZ¹⁰⁴, que si además de firmar, el prestatario escribe de su puño y letra que ha ido debidamente informado de los posibles riesgos derivados del contrato, su voluntad se habrá formado y exteriorizado de modo adecuado con lo que su consentimiento será perfecto.

Sin perjuicio de su estudio más detallado en el apartado correspondiente, consideramos dudoso que por la simple manifestación manuscrita¹⁰⁵ se logre realmente la protección que se pretende

¹⁰² STS núm. 528/2016, de 7 de marzo (CENDOJ Roj: STS 782/2016 - ECLI:ES:TS:2016:782) Vulneración del principio de legalidad de los artículos 30.3 y 30.4 por falta de habilitación legal para regular una competencia de los Notarios para ejercer un control de legalidad sobre los préstamos hipotecarios pudiendo denegar la autorización del préstamo y para regular un recurso administrativo contra esta decisión.

¹⁰³ BOE num. 116, de 15 de mayo de 2013, pp. 36372- 36398

¹⁰⁴ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. *op. cit.* p. 263

¹⁰⁵ La Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario fue publicada por el Banco de España el día 15 de julio de 2013. En su anejo IX establece el modelo de expresión manuscrita que debe de copiar el prestatario y dice lo siguiente: Anejo IX Expresión manuscrita de advertencia

En la mayoría de los casos, cuando un prestatario llega a la firma del préstamo lo que quiere es que éste se le conceda para poder adquirir la vivienda que pretende y, por tanto, firma lo que se le ponga por delante, aun cuando no comprenda las implicaciones o riesgos de lo que está firmando, aun cuando la información suministrada, como ha ocurrido en múltiples ocasiones, no haya sido todo lo clara que hubiera sido deseable.

Una vez vistas estas normas sectoriales que han incidido e inciden en el contenido de los préstamos hipotecarios y con las que se pretende acentuar la protección del contratante más débil, pasaremos a analizar el concreto contenido del contrato.

1.3.3.2. CONTENIDO DEL CONTRATO

Dentro del contenido del contrato de préstamo hipotecario, tal y como señala BLASCO GASCÓ¹⁰⁶, se pueden individualizar varios tipos de cláusulas, y así podemos distinguir: a) las cláusulas de vencimiento anticipado; b) las demás cláusulas financieras; c) cláusulas con transcendencia real; d) cláusulas obligacionales no financieras.

de los riesgos del contrato (artículo 6 de la Ley 1/2013: “*Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario: ii(i) establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés; i(ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál], y (iii) está concedido en la/s siguiente/s divisa/s [indicar cuál/es]. Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que: a) el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]; ...”*.” http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf [Consulta realizada el 9 de agosto de 2016].

¹⁰⁶ BLASCO GASCÓ, F. “El crédito y las hipotecas...”*op. cit.* p. 50. El autor a la hora de clasificar las diferentes cláusulas que figuran en las escrituras de préstamo hipotecario sigue el orden del art. 12 LH

Para determinar el contenido del contrato de préstamo hipotecario seguiremos la estructura fijada en las Órdenes anteriormente analizadas y que siguen la mayor parte de escrituras públicas. Por ello, a pesar de la clasificación, anterior, incluiremos, tal y como establece el apartado 2º del art. 12 de la LH, la cláusula de vencimiento anticipado dentro de las cláusulas financieras.

1.3.3.2.1. Cláusulas financieras

BLASCO GASCÓ¹⁰⁷, señala que las cláusulas financieras son las que configuran el préstamo cuyo cumplimiento garantiza la hipoteca. Si bien no tienen trascendencia real, afectan al derecho real de hipoteca, en cuanto que definen la obligación garantizada con la misma.

- En primer lugar, como no puede ser de otra forma, se establece el contenido de la obligación principal garantizada con la hipoteca que es el capital del préstamo.

Como señala AVILA¹⁰⁸, aunque la hipoteca, a decir del art. 105 de la LH, puede constituirse en garantía de todo tipo de obligaciones, lo ordinario es que se trate de una obligación presente y dineraria. En este sentido, siguiendo a este autor hemos de señalar que, de acuerdo con la RDGRN de 4 de julio de 1984¹⁰⁹, es necesario que se determine en este caso no sólo el importe de la obligación asegurada, sino también la causa de la obligación, que será, por lo general, en este caso, el préstamo y el vencimiento con los plazos de amortización.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 57

¹⁰⁸ AVILA NAVARRO, P. *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1990 p. 63

¹⁰⁹ BOE de 7 de septiembre de 1984 (VLEX 18539504). <http://vlex.com/vid/resolucion-4-18539504> [consulta 9 de agosto de 2016]

Otra de las referencias que ha de hacerse en la cláusula correspondiente al capital del préstamo es la entrega del capital, necesaria para que surja en el deudor hipotecario la obligación de restitución, entrega que puede ser anterior, en cuyo caso se hará constar mediante una confesión del prestatario en la escritura de haber recibido con anterioridad el importe del capital; o bien realizarse en el mismo acto o, posteriormente, mediante su ingreso en cuenta.

- En segundo lugar, se determina la duración, la amortización e incluso la posibilidad de reembolso anticipado.

Así, una vez determinada la duración del préstamo, se fijarán los plazos de devolución y ello puede hacerse fijando un día determinado, con el pago de intereses al final del plazo o periódicamente, antes de determinado día, lo que implica la posibilidad del deudor de anticipar el pago, o mediante, la que resulta la forma ordinaria de los préstamos hipotecarios, por amortizaciones periódicas mediante cuotas que pueden ser fijas o progresivas, de forma que al inicio del préstamo la mayor parte de la cuota corresponde a intereses y una pequeña porción al capital y al final del periodo ocurre lo contrario.

En cuanto al reembolso anticipado se prevé con carácter ordinario la posibilidad de que el prestatario amortice parte o todo de la deuda, en determinadas condiciones. Por otro lado, se suele establecer un importe mínimo de amortización con lo que se intenta evitar que el deudor pueda obligar al acreedor a recibir cantidades insignificantes con el consiguiente incremento de gastos de gestión. Además se suele establecer, asimismo, una indemnización, en forma de comisión, por el reembolso anticipado que

suele ser un porcentaje respecto del capital amortizado anticipadamente y a la que haremos referencia más adelante.

- En tercer lugar, dentro de las cláusulas financieras nos encontramos con la cláusula de intereses ordinarios. Son las cláusulas financieras 3ª y 3ª bis

En este punto resulta interesante destacar que los préstamos hipotecarios en España se conceden fundamentalmente y en una mayoría aplastante, a tipos de interés variable¹¹⁰.

Dentro de esta cláusula hay que tener en cuenta que con carácter general, y salvo los préstamos a interés fijo, se suelen establecer dos periodos en el devengo de intereses, un primer periodo, que suele coincidir con el primer año de duración del préstamo en el que se establece un tipo fijo de intereses estableciéndose la fórmula para el cálculo de los mismos, y el resto de duración del préstamo para el que se establece un interés variable.

Hay que tener en cuenta que al establecerse la cláusula de interés variable en un contrato de adhesión, será necesario controlar cualquier cuestión que pueda ser perjudicial a la parte prestataria, debiendo estar redactadas tales cláusulas con claridad, concreción y sencillez conforme al artículo 80.1.a) TRLGCU.

¹¹⁰ La Asociación Hipotecaria Española, en el informe titulado “*Un análisis de la cartera hipotecaria de España*” de marzo de 2016, manifiesta, tomando los datos a diciembre de 2015 que casi la totalidad de los préstamos contratados en España son a tipo de interés variable, representando un 95,5 %, mientras que el resto, son a tipo fijo. <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/informes/ahe/archivos/analisis-cartera-hipotecaria-marzo-2016.pdf> [consulta 10 de agosto de 2016]

En este sentido y respecto al interés variable, hemos de tener en cuenta que la Orden de 5 de mayo de 1994, venía a establecer en su artículo 6.2 que en este tipo de préstamos solo podían establecerse índices o tipos de referencia que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Por su parte, la Orden EAH/2899/2011, de 28 de octubre, en su art. 26, exige como condiciones de los tipos o índices de referencia que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades, y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Además, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada a la que se refiere el artículo 22, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor.

La DGRN en resolución de 31 de octubre de 2013¹¹¹ ha venido a reiterar su doctrina de que la admisibilidad de las hipotecas que garanticen

¹¹¹ BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2013, pp. 93180-93193

intereses variables está subordinada a que los intereses puedan ser determinados en su día, por un factor objetivo y que se señale un límite máximo de la responsabilidad hipotecaria.

Por lo general los tipos de interés utilizados son los oficiales, publicados mensualmente en el BOE y en la página web del Banco de España y, según el artículo 27 de la Orden son:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.

c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

d) Referencia interbancaria a un año (Euribor).

e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.

f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Hay que señalar¹¹², que la orden suprimió tres índices anteriormente utilizados que eran el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros, y el tipo activo de referencia de las Cajas de ahorro.

La desaparición de estos tres tipos oficiales produjo problemas respecto de préstamos hipotecarios que los habían establecido, lo que se resolvió por la Disposición Adicional Décimo quinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹¹³ considerándose que la referencia a los mismos quedaba sustituida, en la siguiente revisión, por el índice de referencia sustitutivo establecido en el préstamo.

No obstante, en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato, o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

¹¹² Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. *op. cit.* pp. 240-241

¹¹³ BOE» núm. 233, de 28/09/2013

En esta cláusula es donde se suelen incluir las limitaciones a la variación de los tipos de interés, como cláusula suelo y techo y a las que haremos referencia más adelante.

- En cuarto lugar, encontramos las cláusulas relativas a comisiones y gastos.

Dentro de las comisiones que suelen establecerse en los préstamos hipotecarios a cargo del deudor hay que tener en cuenta que, de conformidad con el art. 3 de la Orden EAH/2899/2011, de 28 de octubre, se establece un principio de libertad de pacto respecto a las mismas, pero que deberán de responder a servicios efectivamente prestados, y, siempre, previa información al cliente.

En los préstamos hipotecarios, de conformidad con el artículo 22 y el anexo II de la Orden citada, en la Ficha de Información Personal se deberá de hacer constar los costes no incluidos en la cuota hipotecaria, distinguidos por categorías y con indicación de su importe, a quién ha de abonarse y en qué momento, información que ha de aparecer asimismo en el documento contractual según el artículo 7.3. letra c de la Orden.

1º.- Las comisiones que suelen establecerse en los préstamos hipotecarios son:

a) La comisión de apertura, que, comprenderá los gastos por estudio, concesión y tramitación, sólo se devengará una vez, debiendo de especificar su importe y fecha de liquidación (apartado 4 Anexo II OM de 1994). Con la Orden de 2011, no se hace referencia a la misma, por lo que

algunos autores¹¹⁴, considerando la obligación de las Entidades de evaluar la solvencia del deudor, entienden que cabría plantearse la licitud de dicha comisión ya que la evaluación de solvencia la hace la entidad en cumplimiento de una obligación legal y en su propio interés.

b) Comisiones relativas a la modificación de las garantías o subrogación por transmisión de dominio de la vivienda hipotecada; comisión por amortización parcial o total del préstamo o comisión por reclamación de saldo deudor.

2º.- Por otro lado, dentro de los gastos a cargo del prestatario encontramos:

a) Gastos de tramitación por servicios accesorios que se ofrecen por las entidades, tales como liquidación de tributos, presentación de escrituras en el Registro de la Propiedad. Estos gastos, no pueden ser impuestos al consumidor teniendo libertad para aceptarlos o bien encargarlo a un tercero o hacerlo por sí.

b) Gastos relativos a los seguros que debe de contratar el prestatario, pues bien, tal y como señala la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario del Banco de España¹¹⁵, en los préstamos hipotecarios más habituales, la entidad exigirá que suscriba un seguro de daños sobre el bien hipotecado, que cubra, como mínimo, los que puedan producirse por razón de incendio, elementos naturales y otros daños, y ello con el fin de asegurar la conservación de su valor y la garantía que implica, ya que si

¹¹⁴ SOLER SOLÉ, G.; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. e IZQUIERDO BLANCO, P. *Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Ed Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014. p. 186

¹¹⁵ http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf [consulta el 10 de agosto de 2016]

se destruye en un siniestro y no existe este seguro, dicha garantía desaparece.

Salvo el seguro de daños, no hay ninguna obligación de contratar ningún otro tipo de seguro, de modo que la contratación de cualquier otro tipo de seguro entraría dentro de la libertad contractual.

- En quinto lugar, las cláusulas relativas a los intereses de demora, expresado en un tanto por ciento anual o añadiendo un margen al tipo de referencia, debiendo de establecerse la base sobre la que se aplicará y la forma de liquidación.

- Por último, dentro de las cláusulas financieras, se encuentra la cláusula de vencimiento anticipado.

Esta cláusula es, junto con la cláusula suelo y la de los intereses de demora, las que más problemas han planteado por su posible carácter abusivo.

En la presente cláusula, se determina las causas concretas, diferentes a las legales, por las que puede procederse, por la entidad generalmente, a resolver anticipadamente el contrato e incluso el importe de la penalización, por resolución anticipada, si ésta se basa en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato.

Como decíamos, esta es una de las cláusulas que más reclamaciones de abusividad está provocando, y si bien, su análisis requeriría de una monografía, podemos apuntar que tras la STJUE de 14 de marzo de 2013¹¹⁶,

¹¹⁶ STJUE de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11. Caso Aziz, <http://curia.europa.eu> (ECLI:EU:C:2013:164)

habrá que tener en cuenta si el consumidor ha incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; si ese incumplimiento es suficientemente grave en relación a la duración y cuantía del préstamo; si se prevén medios que puedan evitar los efectos del vencimiento anticipado- p. ejem. la enervación del art. 693 LEC- etc.

1.3.3.2.2. Cláusulas no financieras

Las cláusulas no financieras del préstamo son, por un lado, las que se refieren a la configuración del derecho real de garantía, es decir, las que conforman el contenido de la hipoteca, y que tienen transcendencia real, y, por otro, aquellas que tienen un contenido obligacional, es decir, contienen ciertas obligaciones para el prestatario que, por lo general, carecen de transcendencia real.

Dado que donde más se suelen incluir cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario es en las cláusulas financieras, en el presente apartado nos limitaremos a hacer una referencia somera a las cláusulas no financieras.

1º.- Cláusulas con transcendencia real.-

Estas cláusulas son, como decimos, pactos o estipulaciones con carácter real que configuran contenido del derecho real de hipoteca, constituyéndose sobre el bien ofrecido en garantía. Así nos encontramos con las siguientes:

a) En base al principio de determinación, debe de especificarse, de modo separado, el alcance de la responsabilidad para la devolución del capital y además para intereses remuneratorios, moratorios, costas y gastos.

En virtud de tal principio, se debe de respetar el límite máximo de responsabilidad por intereses, establecido en el artículo 114 de la LH, que es de cinco años.

Como apunta CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS¹¹⁷, dentro de ese límite hay libertad de pacto, sea fijando un número de años al tipo pactado o una cantidad máxima, no obstante respecto de esta última forma el principio de especialidad quedaría mejor respetado si junto a esa cantidad se fijara o el número de anualidades o el tipo máximo de interés.

Por su parte, el párrafo 3º de dicho artículo, establece un límite máximo para los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, de tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹¹⁸

b) Por lo demás, deberá de especificarse la extensión objetiva de la hipoteca con arreglo a los artículos 109 a 111 LH¹¹⁹. Respecto a esta cláusula, siguiendo a AVILA¹²⁰, podemos señalar que el juego de reglas, excepciones y contra-excepciones, hace complicada la redacción de la cláusula, por lo que se considera conveniente que la extensión de la hipoteca se refiriese, no sólo a las accesiones, mejoras e indemnizaciones por siniestro o expropiación de los artículos 109 y 110 LH, sino, también, a

¹¹⁷ CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R. *op. cit.* p.89

¹¹⁸ El párrafo tercero del artículo 114 LH fue introducido por el artículo 3º de la ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. BOE» núm. 116, de 15 de mayo de 2013, páginas 36373 a 36398

¹¹⁹ Vid. Arts. 109 a 111 LH

¹²⁰ AVILA NAVARRO, P. *op.cit.* p. 137

cualquier agregación de terrenos o construcción de nuevas edificaciones y a los muebles colocados de modo permanente en la finca, frutos, y rentas a los que hace referencia el artículo 111 LH.

Para este autor, es importante cuidar la descripción de la finca en la que se refleje perfectamente el estado físico de la misma, ya que la extensión de la hipoteca, bien naturalmente, por pacto, a las obras y construcciones, o su no extensión a las mismas, depende del momento en que se haya realizado la obra.

c) Otra de las cláusulas que suelen incluirse en el presente apartado es la de conservación de la garantía, en la que se establecen ciertas obligaciones a cargo del prestatario en las que se incluirían la obligación de pago de los impuestos que recaigan sobre la finca, la contratación del seguro de daños en los términos ya vistos o informar a la entidad de procedimientos de expropiación forzosa de la finca.

2º.- Cláusulas obligacionales:

Dentro de las cláusulas no financieras podemos encontrar también determinadas cláusulas relativas a prohibiciones de disponer, de volver a hipotecar o incluso de arrendar la finca hipotecada, que tienen carácter obligatorio y no acceden al Registro. Así podemos distinguir:

a) Cláusula de prohibición de disponer de la finca hipotecada.

Esta cláusula puede incluirse, bien de modo directo o bien dentro de la cláusula de vencimiento anticipado.

Podemos señalar con AVILA¹²¹, que dicha cláusula es ineficaz desde el punto de vista registral de conformidad con el artículo 27 LH, pero además, dicha cláusula sería abusiva por ser desproporcionadas al riesgo asumido según el artículo 88.1 TRLGDCU o suponer un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, ya que la enajenación de la finca en nada disminuye la garantía del acreedor.

b) Cláusula de prohibición de arrendar la finca.

Hay que tener presente, tal y como señalan SOLER SOLÉ y otros¹²², que el propio Tribunal Supremo ha declarado que dicha cláusula no es inscribible ni válida¹²³. A mayor abundamiento, tal y como señalan los anteriores autores con la reforma llevada a cabo en el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos¹²⁴ por la ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas¹²⁵, tratándose de arrendamientos de vivienda, si el derecho del arrendador se resolviera por enajenación forzosa de la vivienda en virtud de una ejecución hipotecaria, el arrendamiento se extinguiría, salvo que haya accedido al Registro de la Propiedad antes que los derechos determinantes de la resolución.

c) Cláusula prohibitoria de volver a hipotecar.

¹²¹ *Ibid.* p. 181

¹²² SOLER SOLE, G; SERRA RODRÍGUEZ, A, FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I Y IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* pp.116-117

¹²³ STS núm. 792/2009, DE 16 de diciembre (RJ 2010/702), en su F.D: Duodécimo señala *el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca*

¹²⁴ BOE» núm. 282, de 25/11/1994

¹²⁵ BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2013, páginas 42244 a 42256

Podemos afirmar con AVILA¹²⁶ que carece de eficacia por contravenir lo dispuesto en el artículo 107 LH, sea impuesta bien directamente, bien a través de la cláusula de vencimiento anticipado, por ser contraria al principio de libertad de contratación y por ser inútil, ya que no otorga mayor firmeza a la garantía hipotecaria.

Por lo demás y para terminar el presente apartado, apuntar que se incluyen otras cláusulas en las escrituras relativas a procedimiento ejecutivos, imputación de pagos, cesión del crédito en las que no entraremos por exceder del tema del presente trabajo.

¹²⁶ AVILA NAVARRO, P. *op. cit.* pp. 185-186

CAPÍTULO II. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

II.1. MARCO NORMATIVO

II.1.1. DERECHO COMUNITARIO

La preocupación por la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas ha sido una constante en la Unión Europea que se manifestó, prácticamente, desde sus inicios.

Como señala EVANGELIO LLORCA¹²⁷, la política de la Unión Europea se ha caracterizado durante mucho tiempo por dos notas: a) Armonización, a través de directivas de mínimos; b) Enfoque vertical, que implica dar soluciones concretas a problemas específicos. Ha sido en el S. XXI cuando se inicia un procedimiento de revisión del acervo comunitario en materia de consumo.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹²⁸ pone de manifiesto que, la tendencia europea hacia una unificación en materia contractual ha sido y es creciente, confluyendo, en dicho objetivo, varios aspectos como son: a) el conjunto de Directivas aprobadas a partir de los años ochenta en defensa de los intereses de los consumidores; b) las iniciativas dirigidas a la elaboración de un

¹²⁷ Cfr. EVANGELIO LLORCA, R. “La revisión de la Directiva 1999/44/CEE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo” en BLASCO GASCÓ, F; CLEMENTE MEORO, M. ORDUÑA MORENO, J; PRATS ALBENTOSA, L. y VERDERA VERVER, R. (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 1028-1029*

¹²⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “La Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, nueve años después: balances y perspectivas” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.; MONTES PENADÉS, V.L.; MORALES MORENO, A.M. y PANTALEÓN PRIETO, F. (Coord.), Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003. p. 2491.

futuro Código Europeo de Derecho de los Contratos; y c) un impulso político, cada vez más decidido en esa misma dirección.

A estos aspectos, habría que añadir, la doctrina sentada por el TJUE, en orden a la interpretación uniforme de la normativa dictada en materia de defensa de consumidores y usuarios.

Por todo ello, podemos afirmar que uno de los ejes fundamentales, en materia de protección del consumidor, son las Directivas que, al respecto, se han ido dictando desde las instancias europeas y que han ocasionado su trasposición, con mayor o menor éxito y celeridad, en los Derechos nacionales de los Estados miembros.

La existencia de regulaciones en diversos Estados en materia de cláusulas abusivas utilizadas por los profesionales y las diferencias entre ellas, suponían un obstáculo para el establecimiento de un mercado común, obstáculo que las Directivas han venido a remover, a fin de intentar establecer un sistema, uniforme, en algunos de los principales aspectos.

En este contexto, y en el ámbito de protección que estamos analizando, son esenciales la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles para uso residencial

Sin perjuicio de un análisis más detallado en los correspondientes apartados de este trabajo, no podemos comenzar el desarrollo del presente epígrafe sin hacer, una somera referencia introductoria a estas dos

Directivas por ser piezas clave en el ámbito de la contratación con consumidores.

II.1.1.1. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993, SOBRE LAS CLÁUSULAS VISIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES

Como apunta CARBALLO FIDALGO¹²⁹, la regulación de las cláusulas abusivas y, en consecuencia, la protección de los consumidores en dicho ámbito, constituyó una preocupación temprana en la Unión Europea (UE) que se plasmó en la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 relativa a un Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores¹³⁰ y que tuvo su reflejo en la Directiva 93/13/CEE.

En este sentido, el objetivo de la citada Directiva es eliminar las cláusulas abusivas de los contratos con consumidores, ya que, como apuntan algunos de los considerandos de la misma,

a) existían Estados que contaban con regulaciones relativas a cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y que presentaban diferencias considerables;

b) que corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan tales cláusulas abusivas;

¹²⁹ CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*. Ed. Bosch. Barcelona 2013, p.21

¹³⁰ Diario Oficial n° C 092 de 25/04/1975 p. 0001 - 0001

c) que, generalmente, los consumidores no conocen las normas que regulan los contratos de venta de bienes o de prestación de servicios en los Estados miembros distintos del suyo;

d) que esta dificultad puede disuadirles de realizar transacciones de adquisición de bienes o servicios de modo directo en otro Estado miembro y

e) que para facilitar el establecimiento de un mercado único y proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios, mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo, es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos.

La Directiva 93/13/CEE presenta un sencillo esquema en el que se determina su ámbito de aplicación, el concepto de cláusula abusiva, y el mandato a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias a fin de excluir, de los contratos con consumidores, todas las cláusulas abusivas. Por su parte establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer una normativa más estricta que la establecida en la misma a fin de dotar al consumidor de un mayor grado de protección.

*II.1.1.2. DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE FEBRERO DE 2014 SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL*¹³¹

La presente Directiva es el colofón a la preocupación de la UE en determinar y evaluar el impacto de los obstáculos al mercado interior de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial iniciado en el año 2003 y que, en un primer momento, tuvo su reflejo en el Libro Blanco

¹³¹ DOUE» nº. 60, de 28 de febrero de 2014, páginas 34 a 85

sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión de 18 de diciembre de 2007¹³².

La Directiva muestra su preocupación acerca de la pérdida de confianza de los consumidores en el sector financiero, derivada del comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado, y que ha llevado a que numerosos prestatarios, con la crisis económica, hayan experimentado cada vez más dificultades a la hora de hacer frente a sus préstamos y se hayan incrementado tanto los impagos como las ejecuciones forzosas¹³³.

Como objetivos fundamentales de la Directiva podemos determinar que se trata de facilitar un mercado interior satisfactorio, en el que exista un alto grado de protección de los consumidores y que garantice el comportamiento profesional y responsable de las entidades con las que aquellos contraten, para lo que se hace necesario la creación de un marco jurídico armonizado a escala comunitaria, desarrollando un mercado interior más transparente y eficiente mediante unos contratos de crédito en materia de bienes inmuebles de uso residencial más coherentes, flexibles y equitativos.¹³⁴

¹³² El Libro Blanco anunciaba la intención de la Comisión de evaluar la incidencia de, entre otras cosas, las distintas opciones de actuación en relación con la información precontractual, las bases de datos sobre créditos, la solvencia, la tasa anual equivalente (TAE) y el asesoramiento sobre contratos de crédito.

¹³³ El considerando tercero de la Directiva pone de manifiesto que “La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas.”

¹³⁴ Los considerandos quinto y sexto de la Directiva disponen. “(5) Para facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes

No obstante esa pluralidad de objetivos, la Directiva, se centra fundamentalmente, según RONCERO SÁNCHEZ¹³⁵, en la lucha contra la concesión irresponsable de préstamos tanto desde la perspectiva de la oferta (evaluación de solvencia y normas de actuación de intermediarios) como de la demanda (información precontractual, periodo de reflexión, etc.).

Merece especial atención el carácter obligatorio de la presente Directiva que ordena, expresamente, a los Estados miembros que velen por la irrenunciabilidad de derechos por parte del consumidor y que las medidas que se adopten en cumplimiento de las mismas no puedan ser eludidas de modo que el consumidor pierda su protección (art. 41); por otro lado, se establece la obligación a los Estados de trasposición de esta Directiva en el plazo máximo de 21 de marzo de 2016 (art. 42), debiendo de destacar que nuestro país ya ha incumplido dicho plazo máximo; y, por último, se declara la irretroactividad de la Directiva a contratos de crédito en curso antes de 21 de marzo de 2016 (art. 43.1)¹³⁶.

inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable, es necesario establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión en una serie de ámbitos, teniendo en cuenta las diferencias existentes en los contratos de créditos, que derivan en particular de las diferencias existentes en los mercados nacionales y regionales de bienes inmuebles.

(6) La presente Directiva debe desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores”

¹³⁵ RONCERO SÁNCHEZ, A. “La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios, protección del (futuro) prestatario y desatención del (actual) deudor hipotecario” en ALCALÁ DÍAZ, M. A. *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*. Dykinson, S.L. Madrid, 2014, pp. 48-49

¹³⁶ Artículo 41. Carácter obligatorio de la presente Directiva

Los Estados miembros velarán porque:

a) el consumidor no pueda renunciar a los derechos que se le confieren en virtud del Derecho nacional que transponga la presente Directiva;

A modo de crítica, podemos afirmar con FORTEA GORBE¹³⁷, que la Directiva no se ocupa de “*cuestiones de gran trascendencia como la validez de los contratos, consecuencias del incumplimiento contractual y todo lo referente al sistema registral*”, “*ni medidas para evitar problemas de endeudamiento y protección de los deudores hipotecario.*”

En este sentido, como señala RONCERO¹³⁸, la Directiva pone el énfasis en la protección de los futuros deudores, dejando de lado medidas para paliar la situación de los que ya habían concertado un préstamo hipotecario y no pueden hacer frente a su devolución.

II.1.2. DERECHO NACIONAL

El artículo 51 de la Constitución establece, como uno de los principios que regulan la política económica y social, la promoción y defensa de los

b) las medidas que adopten para transponer la presente Directiva no puedan eludirse de un modo que pueda dar lugar a que el consumidor pierda la protección que le otorga la presente Directiva de resultas del modo en que se formulen los contratos, especialmente como consecuencia de la integración de contratos de crédito sujetos a la presente Directiva en contratos de crédito cuyo carácter u objetivo permita sustraerlos al ámbito de aplicación de dichas medidas.

Artículo 42. Transposición

1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 21 de marzo de 2016, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

2. Los Estados miembros aplicarán las medidas a que se refiere el apartado 1 a partir del 21 de marzo de 2016.

Cuando los Estados miembros adopten dichas medidas, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 43. Disposiciones transitorias

1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos de crédito en curso antes del 21 de marzo de 2016.

¹³⁷ FORTEA GORBE, J.L. *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*. Tesis doctoral defendida en la Universidad de Alicante. Enero 2016. p. 216. En la actualidad pendiente de publicación.

¹³⁸ RONCERO SÁNCHEZ, A. *op. cit.* p. 49

consumidores y usuarios, y ordena a los poderes públicos que garanticen la defensa de los mismos protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos, y promuevan la información y educación de los mismos.¹³⁹

En cumplimiento de dicho precepto constitucional, el legislador promulgó dos normas fundamentales en materia de protección de consumidores y usuarios, a saber: La ley 7/1998, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)¹⁴⁰ y el 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 (TRLGCU)¹⁴¹, modificado por la ley 3/2014, de 27 de marzo¹⁴².

II.1.2.1.1. LEY 7/1998, DE 3 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN (LCGC)

La LCGC ha venido, como decimos, a desarrollar el precepto constitucional en materia de protección de consumidores en relación a los contratos en los que se incorporen condiciones generales de contratación, a

¹³⁹ Constitución Española. BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Art. 51. 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

¹⁴⁰ Ley /1998, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE» núm. 89, de 14 de abril de 1998, páginas 12304 a 12314

¹⁴¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE» núm. 287, de 30/11/2007

¹⁴² Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE nº 76, de 28 de marzo de 2014.

la vez que supone la trasposición a nuestro derecho interno de la Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, modificando, asimismo la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, esta última refundida en el TRLGCU.

La Exposición de Motivos (EM) de la LCGC, después de declarar la protección de la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y como uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica, determina el concepto de condición general y su diferencia con la cláusula abusiva.

Así la Exposición de Motivos señala que *“una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva”*. *“Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.”*

Por su parte, declara la citada EM que, *“una cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe*

negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

Por tanto, el carácter abusivo de una cláusula viene determinado en el ámbito de los consumidores y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas de un contrato particular al que el consumidor se adhiere.

II.1.2.2. 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

El 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, refunde, en un único texto, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios.

Como señala CARBALLO FIDALGO¹⁴³, debe de observarse que el TRLGDCU, mantiene vigente y sin modificación alguna la LCGC y para la coordinación de ambas normas, hay que acudir al artículo 59.3 que establece que aquellos contratos celebrados con consumidores que incorporen

¹⁴³ CARBALLO FIDALGO, M. *op.cit.* pp.46-47

condiciones generales se someten además de al propio TRLGDCU a la LCGC¹⁴⁴.

Pero la cuestión que se plantea es como hacer frente a esta superposición de regímenes ya que el encaje de ambas normas resulta, cuando menos, un tanto complejo.

En este sentido, como manifiesta la autora citada¹⁴⁵, la disciplina aplicable a los contratos celebrados con consumidores que incorporan condiciones no negociadas se recoge en el Título II del Libro II del TRLGDCU bajo la rúbrica “*Condiciones Generales y Cláusulas abusivas*”.

En dicho Título, después de determinar los requisitos que deben de reunir las cláusulas predispuestas y las normas de interpretación, se procede a regular aquellas cláusulas incorporadas que no cumplen el requisito de equilibrio contractual, y que son las cláusulas abusivas.

Sin embargo la técnica legislativa deja mucho que desear ya que en vez de llevarse a cabo, tal y como prevé el artículo 59.3, una remisión a la LCGC, viene a establecer normas de incorporación que anteriormente no se contenían en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

II.2. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Como ya hemos señalado, el contrato de préstamo hipotecario aparece configurado como un contrato de adhesión con condiciones generales de la contratación, y en el que la mayor parte de las veces, son las entidades

¹⁴⁴ Art. 59.3 LCGC: 3. “*Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.*”

¹⁴⁵ CARBALLO FIDALGO, M. *op.cit.* p. 48

prestamistas las que redactan su clausulado, dejando un escaso margen a la negociación, de modo que el juego de la autonomía de la voluntad del consumidor, queda constreñido a la decisión acerca de celebrar o no el contrato.

Por otro lado, nuestro TS, en la sentencia del 9 de mayo de 2013¹⁴⁶, ha venido a configurar a la cláusula suelo, objeto de estudio en este trabajo, como una condición general de la contratación.

Es por ello que, una vez visto el marco normativo fundamental sobre el que se va centrar la materia, nos ocuparemos en el presente apartado de determinar el régimen jurídico al que quedan sometidas las Condiciones Generales de la Contratación, y, por ende, la cláusula suelo.

II.2.1. AMBITO OBJETIVO

El art. 1º de la LCGC nos proporciona un concepto legal de condición general y, en particular, el ámbito objetivo de la misma, centrándose en los presupuestos necesarios para que una cláusula contractual pueda ser considerada como condición general.

Así, las cuatro características que debe reunir una cláusula para ser considerada como condición general son: a) predisposición; b) imposición; c) generalidad y d) contractualidad. Además, se prescinde, para calificar una cláusula como condición general, de cuestiones como su autoría material,

¹⁴⁶ STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (CENDOJ: ROJ: STS 1916/2013). *Vid.* Párr. 136 y ss. y 179.

aparición externa, extensión o cualesquiera otras circunstancias¹⁴⁷, línea seguida por nuestra jurisprudencia¹⁴⁸.

Hay que destacar, como apunta BERCOVITZ¹⁴⁹, que “*la ley aplica el concepto a todo tipo de contratos como se desprende del art. 3, siempre que quien predisponga tales condiciones sea un profesional, con independencia de quien sea el adherente (art. 2), con excepción de los contratos excluidos en el art. 4.1*”.

Nuestro Tribunal Supremo¹⁵⁰ ha desarrollado los cuatro requisitos antes mencionados para que una cláusula pueda ser considerada condición general, así en la sentencia de 9 de mayo de 2013 se resume la línea jurisprudencial mantenida sobre la materia, al afirmar:

“La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

¹⁴⁷ MARÍN LÓPEZ, J.M., “El ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación” en NIETO CAROL, U., *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 125.

¹⁴⁸ STS de 13 de noviembre de 1998. RJ 1998\8742. F.D. 2º: “La calificación de este contrato es de *contrato de adhesión* entendiéndose por tal aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)... Lo cual viene relacionado directamente con la cuestión de las *condiciones generales de los contratos*, inmersas en los contratos de adhesión, que no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que imponen a todos los que quieran celebrarlos.

SAP Madrid de 3 de mayo de 2007. AC 2007/898. F.D. 3º: “Ya hemos dicho que son condiciones generales de la contratación las cláusulas ya preparadas previamente, predispuestas por un profesional para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad profesional o empresarial e impuestas por dicho profesional a sus clientes en los contratos que celebre (artículos 1 y 2.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación)”

¹⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *op. cit.* p. 24

¹⁵⁰ *Vid.* STS 9 de mayo de 2013. Fundamento de Derecho Séptimo

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

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.”

En relación a estos requisitos, podemos hacer las siguientes consideraciones:

- Respecto de la contractualidad de las condiciones generales, del concepto legal se desprende que las cláusulas serán tales, en la medida en que queden integradas en el contrato, por lo que, como señala ALFARO¹⁵¹ han de ser destinadas a tener fuerza de ley entre las partes contratantes.

¹⁵¹ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*. Ed. Civitas. Madrid 1991. p. 118

De acuerdo con tal requisito, el mismo autor entiende que, también, deben de considerarse condiciones generales de contratación las relativas a la celebración del contrato, es decir, “*las destinadas a producir efectos antes o en la celebración del contrato*”, así, menciona, entre ellas, las cláusulas de confirmación en las que el cliente manifiesta haber conocido y aceptado las condiciones generales¹⁵².

Por último, hay que tener en cuenta que, en relación a los contratos celebrados con consumidores, señala LLODRÁ¹⁵³ que, las condiciones generales deberán de presentarse a éste en el momento previo a la celebración del contrato, en el momento de la oferta, nunca después, es decir, ni el mismo momento de celebración del contrato, ni posteriormente.

- En cuanto al requisito de la predisposición, podemos señalar que, como apunta BALLEGUERA GÓMEZ¹⁵⁴, esta nota aparece como “*un antes de la celebración del contrato concreto*”, es decir, que las condiciones generales se han redactado con carácter previo a la negociación y para aplicarlas a todos los contratos que la empresa celebre.

Por su parte, otra de las cuestiones que resalta la sentencia antes mencionada, es que para que una cláusula sea considerada como condición general resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y que el adherente sea un profesional o un consumidor -.

Así, la Exposición de Motivos LCGC indica en el Preámbulo que “*la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y*

¹⁵² *Ibid.* p. 119

¹⁵³ LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit.* p 112

¹⁵⁴ BALLEGUERA GÓMEZ, C. *El contrato no-contrato*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España., Madrid, 2006. p. 75

usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

Como podemos observar, la sentencia recoge lo que ya ponía de manifiesto la doctrina, por todos, BERCOVITZ¹⁵⁵, al señalar que el requisito de la predisposición no implica que sea el profesional predisponente el autor de la cláusula, lo relevante es que la haya asumido y las utilice para contratar, pero es que, además, no basta sólo la predisposición, sino que es necesario que esa cláusula, sea impuesta por el profesional a los adherentes con quienes contrata, obligándoles a aceptarla como contenido del contrato.

Como señala la STS de 9 de mayo de 2013, el elevado coste de los recursos a invertir en todo proceso de negociación individualizado que suponen un encarecimiento del producto o del servicio prestado, junto con el alto número de operaciones que se realizan en determinados sectores, ha llevado a que la contratación en masa, a través de condiciones generales, haya sustituido a la contratación por negociación¹⁵⁶.

¹⁵⁵BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *op. cit.*p. 25

¹⁵⁶ STS núm 241/2013, de 9 de mayo. F.D. Séptimo. 2.2: *"los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , califica como "un auténtico modo de*

En palabras de BALLUGUERA¹⁵⁷, “*el requisito de la predisposición se presenta, con frecuencia, no como un requisito más, si no como el requisito sobresaliente del concepto legal de las condiciones generales de la contratación.*”

- Por su parte, la imposición, como requisito, tiene su reflejo en la inexistencia de negociación individual, en este sentido, como dice la Directiva 93/13/CEE, en su art. 3.2, no se da dicha negociación cuando el adherente no ha podido influir en su contenido.

Este es el requisito más problemático de las condiciones generales, una de las partes incorpora las condiciones, sobre la base de “lo toma o lo deja”¹⁵⁸, y la otra las acepta. Como señala ARROYO MARTÍNEZ¹⁵⁹, de esa dualidad parte el legislador cuando establece que la negociación individual de una o varias cláusulas no excluye la aplicación de la ley al resto del contrato.

Señala ALFARO¹⁶⁰, que este requisito es necesario si se interpreta del siguiente modo: a) no es necesario que el predisponente sea un monopolista; b) la función del requisito es excluir aquellas cláusulas predispuestas negociadas y aquellas que recogen los elementos esenciales del contrato; c) permite apreciar, en el caso de dos empresarios contratantes, quien es la parte predisponente.

contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". (CENDOJ: Roj: STS 1916/2013)

¹⁵⁷ BALLUGUERA GÓMEZ, C. *op. cit.* p.75

¹⁵⁸ ALFARO ÁGUILA- REAL, J. *op. cit.* p. 126

¹⁵⁹ ARROYO MARTÍNEZ, I. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999. p. 26

¹⁶⁰ Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *op. cit.* p. 129

Centrándonos, por su relación con la configuración de la cláusula suelo, en la cuestión de las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato, como pone de manifiesto DE CASTRO¹⁶¹, la doctrina hace mucho que advirtió de los peligros de los contratos de adhesión y, una de las cuestiones capitales sobre los mismos, en concreto sobre las condiciones generales de la contratación, es la relativa a si las mismas pueden referirse a un elemento esencial del contrato.

En este sentido DE CASTRO, lo relaciona con el consentimiento, afirmando que “se consiente sobre lo conocido y entendido” y que las condiciones generales, por su complejidad, no pueden ser entendidas por los clientes, faltando por tanto, la base para que puedan formar parte del contenido del contrato, que es el consentimiento.

No obstante, la doctrina más moderna y nuestra jurisprudencia entienden que las condiciones generales de la contratación pueden referirse tanto, a las que se ocupan de las partes esenciales del contrato como, a las que tratan de asuntos más accesorios o secundarios¹⁶².

¹⁶¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.* p. 53

¹⁶² BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. *op. cit.* p. 34. “Así resulta del art. 1.1 cuando establece que las mismas son tales con independencia...de cualesquiera otras circunstancias y así resulta del art. 9.2 cuando prevé la posibilidad de nulidad o no incorporación de las condiciones generales del mismo afecte a uno de los elementos esenciales del mismo (contrato) en los términos del artículo 1261 del Código Civil”. Por su parte la STS de 9 de mayo de 2013, F.D. Séptimo: *En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos"*

En este sentido, en relación al conocimiento de las condiciones generales de la contratación, nuestro Tribunal Supremo entiende que 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, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos esenciales del contrato, desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC, como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC¹⁶³

De acuerdo con lo expuesto, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye:

a) El hecho de que 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 definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- 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 - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

¹⁶³ Art. 5 LCGC: según el cual " Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo".

c) 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.

- Respecto al último de los requisitos, la generalidad, ha de entenderse en el sentido de que las condiciones generales han de ser prerredactadas para ser aplicadas a un número indefinido de contratos, sin que la posterior adaptación de alguna de ellas a las circunstancias del caso o, su no utilización en algún supuesto, les haga perder su configuración de condición general.¹⁶⁴

De conformidad con lo analizado, y en relación con la cláusula suelo y su configuración como condición general de la contratación, sin perjuicio de un estudio más detallado en el apartado correspondiente, podemos adelantar nuestra opinión en el sentido de considerarla como una condición general de la contratación ya que reúne todos los requisitos para ello.

Destacar que en el caso resuelto por la STS de 9 de mayo de 2013 y otras posteriores, algunos de los argumentos alegados por las entidades demandadas, han sido que la cláusula suelo no era condición general de la contratación, a) por haber sido negociadas con el cliente- lo que excluye el requisito de la predisposición e imposición- y b) que tampoco cumplían el requisito de la generalidad –en algunos préstamos de la misma entidad figuraba la cláusula y en otros no-.

Como destaca ARROYO MARTÍNEZ¹⁶⁵, la generalidad- como pluralidad de contratos- y la predisposición- como redacción previa y unilateral- “*son las dos caras de la misma realidad: el contrato de adhesión*

¹⁶⁴ LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit.* p. 125

¹⁶⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I. *op. cit.* p.29

y las condiciones generales son los expedientes técnicos del fenómeno de la contratación en masa.”

Dado que el aspecto subjetivo, tanto de los contratos de adhesión como de las condiciones generales de la contratación, lo trataremos a la hora de abordar las cláusulas abusivas, entendemos importante, para el objeto de nuestro estudio, el centrar nuestro análisis en el primero de los controles aplicables a las citadas condiciones generales, el control de incorporación.¹⁶⁶

II.2.2. CONTROL DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Como apunta ALFARO¹⁶⁷, hablar del régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de su contenido, esta afirmación, que procede de un ámbito temporal anterior a la promulgación de la LCGC, no ha perdido su vigencia.

Como señala este autor, una de la diferencias más importantes entre las condiciones generales y las cláusulas típicas de la contratación por negociación viene definida en que, mientras éstas últimas se encuentran limitadas por la ley, la moral y el orden público proclamados en el artículo 1255 CC, aquellas deberán de cumplir unos requisitos de incorporación al contrato que funcionarán como un límite legal a la libertad de autorregulación del mismo.

¹⁶⁶ Son dos los controles legalmente previstos, en nuestra legislación acerca de las condiciones generales y cláusulas abusivas. Por un lado, el control de incorporación que regula la LCGC y que resulta aplicable a toda condición general con independencia de los sujetos que intervienen en el contrato- empresario y empresario o empresario y consumidor- y por otro, el control de contenido, llamado también de abusividad, que se aplica cuando el contrato, con condiciones generales, es celebrado con un consumidor.

¹⁶⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J. *op. cit.* p. 81

Esto no quiere decir que los contratos celebrados bajo condiciones generales no deban de someterse a los límites generales de la autonomía de la voluntad, más bien al contrario, lo que ocurre es que, además, en estos contratos se deberá de respetar los límites de la específica regulación existente al respecto.

Esta materia viene regulada en el artículo 5 de la LCGC¹⁶⁸ en el que se establecen los requisitos para la válida incorporación de las condiciones generales de contratación.

Respecto a este control, se han planteado dos líneas doctrinales en relación a la función que el mismo supone, así:

a) La tesis contractualista, defiende que la función que cumple el citado control de incorporación se circunscribe a lo que se ha denominado “función de transparencia”, lo que supone, en palabras de ALFARO¹⁶⁹,

¹⁶⁸ Artículo 5. Requisitos de incorporación.

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. 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.

3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

¹⁶⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J. *op. cit.* p. 192

proporcionar al cliente la información necesaria, en la fase de formación del contrato, para que pueda tomar una “decisión racional”.

Esta idea es rechazada por el citado autor que considera que los requisitos de incorporación no consiguen cumplir dicha función de transparencia, ya que las condiciones generales no actúan sobre la decisión del adherente porque normalmente, éste no se molesta en leer y comparar las citadas condiciones.

b) Por su parte, la tesis que podríamos denominar declarativa, y cuyo máximo exponente sería el autor anteriormente citado, entiende que la función del control de incorporación de las condiciones generales es una función de publicidad, es decir, no se trata de garantizar que la adhesión equivalga al consentimiento contractual, sino que el adherente conoce que el contrato se regula por condiciones generales de contratación y cuál es el contenido de las mismas.

No obstante, tal y como manifiesta LLODRÁ¹⁷⁰, lo que se pretende con el control de incorporación es que el predisponente haya cumplido con el deber de buena fe exigido en todos los contratos y que se manifiesta, en los contratos concertados con condiciones generales, en el cumplimiento de los requisitos de incorporación. En absoluto puede considerarse que tales requisitos se encarguen de garantizar que la adhesión sea un consentimiento contractual.

En relación a los requisitos legales que, se exigen para la válida incorporación de las condiciones generales de contratación, podemos señalar que los mismos se proyectan en dos sentidos, en primer lugar, lo que se ha venido a denominar como reglas de incorporación positiva, o en

¹⁷⁰ LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit.* 262

palabras de LLODRÁ¹⁷¹, la cognoscibilidad objetiva; y, en segundo lugar, las reglas de incorporación en sentido negativo –que se recogen en el art. 7 LCGC.

Dentro de los requisitos de incorporación positiva del art. 5 LCGC, encontramos los siguientes:

1º.- Aceptación por el adherente sobre su incorporación al contrato y firma de todas las partes.

2º.- Referencia en el contrato a las condiciones generales.

3º.- Información por el predisponente al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y entrega de un ejemplar de las mismas al adherente.

4º.- Transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las condiciones generales.

De todos estos requisitos, en relación con el tema objeto de este trabajo, merecen especial atención los que se han venido a llamar por la doctrina¹⁷² requisitos de formulación, esto es, la transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las condiciones generales, y, de todos ellos, ha alcanzado máxima importancia el requisito de la transparencia, llegando a considerarse los demás como manifestaciones de esta última.

¹⁷¹ *Ibid*, p. 271

¹⁷² GONZALEZ PACANOWSKA, I. “Artículo 5. Requisitos de incorporación en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999. p. 185

La exigencia de la transparencia viene unida a la información, así, en palabras de GONZALEZ PACANOWSKA¹⁷³ *“presupone una situación contractual en la que existe una asimetría informativa entre las partes”* y *“esas normas de transparencia contemplan la información que debe proporcionar una de las partes desde dos perspectivas: aquellos extremos sobre los que se debe informar y la formulación del contenido.”*

El Tribunal Supremo¹⁷⁴ ha considerado que *“el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que, en conjunto, el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”*.

Sin embargo el propio Tribunal Supremo, va un paso más allá en relación a este requisito de transparencia y, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, viene a hacer referencia a un doble control de transparencia.

Así, mantiene el TS que *“además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del <error propio> o <error vicio>, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la <carga económica> que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga*

¹⁷³ *Ibid.* p.186

¹⁷⁴ STS 406/2012 de 18 junio. (Cendoj ROJ. STS 5966/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5966).

*jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*¹⁷⁵.

De este modo concluye que, *“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 y que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.*”¹⁷⁶

En cuanto a los requisitos de concreción y claridad podemos señalar con RUIZ DE LARA¹⁷⁷ que no se ajustarán al requisito de la concreción “aquellas que contienen sólo en términos parciales los efectos de las mismas, no detallan sus características u omiten de forma total o parcial su contenido”, y respecto a la claridad se hace referencia a la claridad visual, a que el texto sea legible y al lenguaje empleado.

Por otro lado, como decíamos, nos encontramos con las reglas de incorporación en sentido negativo, recogidas en el art. 7 LCGC¹⁷⁸ y que

¹⁷⁵ STS de 9 de mayo de 2013, párr. 210

¹⁷⁶ STS de 9 de mayo de 2013, párr. 215. El análisis detallado de estas afirmaciones serán objeto de estudio en los apartados correspondientes de la cláusula suelo.

¹⁷⁷ RUIZ DE LARA, M. *op. cit.* p. 30-31

¹⁷⁸ Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

hacen referencia a dos supuestos, el primero es la no incorporación por falta del adherente de oportunidad de conocerlas al tiempo de celebrar el contrato o por falta de firma y el segundo se refiere a la no incorporación de cláusulas ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras.

En relación al primero de los requisitos negativos, esto es, cuando el adherente no tiene la oportunidad de conocerlas al tiempo de celebrar el contrato, ha de relacionarse, tal y como apunta GONZALEZ PACANOWSKA¹⁷⁹, con los deberes de redacción y de información impuestos al predisponente de las condiciones generales.

En cuanto a la firma, el artículo 7 se remite a lo dispuesto en el artículo 5, y en este sentido, la firma ha de referirse al contrato que contiene las propias condiciones generales o la referencia expresa a las mismas.

Respecto al segundo de los requisitos, es decir, la no incorporación de cláusulas ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras, podría reconducirse al requisito de la transparencia.

En relación a la oscuridad de las condiciones podemos afirmar que el legislador lo que hace es imponer al predisponente que sea claro, haciendo recaer sobre el mismo el riesgo de la oscuridad¹⁸⁰;

Por su parte, en relación con las cláusulas incomprensibles, el precepto permite la incorporación de las mismas cuando han sido

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren 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.

¹⁷⁹ GONZALEZ PACANOWSKA, I. *op. cit.* p. 238

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 239

expresamente aceptadas 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.

No obstante, respecto a los requisitos negativos se puede considerar que sería suficiente que existieran los requisitos positivos de incorporación de modo que, si estos no se cumplieran, la condición general no quedaría incorporada al contrato.

Por último, y como efecto consecuente de la falta de los requisitos que hemos analizado, el artículo 8 de la LCGC, establece que aquellas condiciones que contradigan, en perjuicio del adherente, la LCGC o cualquier norma imperativa o prohibitiva serán nulas, salvo que se establezca un efecto diferente para el caso de contravención, mientras que cuando intervenga un consumidor como adherente y sean abusivas serán nulas, lo que significa que, cuando el adherente no sea consumidor la condición general será nula si contraviene una norma imperativa o prohibitiva, mientras que, si se trata de un consumidor habrá que acudir a la regulación de las cláusulas abusivas del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios para determinar su nulidad.

II.2.3. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

El artículo 6 de la LCGC contiene unas normas hermenéuticas que suponen, a decir de RUIZ DE LARA¹⁸¹, una modulación de las normas generales de interpretación de los contratos, y que se basarían en la relación de inferioridad en que se encuentra el adherente en los contratos con condiciones generales con el fin de restablecer el equilibrio contractual entre las partes.

¹⁸¹ RUIZ DE LARA, M. *op. cit.* p.31

La primera de las reglas interpretativas que se establece es que, en caso de contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares del contrato, prevalecerán éstas sobre aquellas, salvo que sean más beneficiosas para el adherente las condiciones generales. Esta regla, como apunta LÓPEZ JIMÉNEZ¹⁸² es de elaboración jurisprudencial¹⁸³.

De acuerdo con la forma de manifestarse el precepto, nos encontramos ante una norma imperativa. No obstante, algún autor¹⁸⁴, considera que a pesar de ser imperativa, cabría la posibilidad de que la prevalencia de las condiciones particulares no se aplique cuando, pese a que las condiciones generales no sean más beneficiosas para el adherente, éste renuncie expresamente a la misma.

¹⁸² LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. “La contratación Bancaria” en López Jiménez, J.M. *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. Ed Bosch. Barcelona 2014. p. 151

¹⁸³ STS num. 774/1965, de 19 de noviembre (Cendoj Roj: STS 3275/1965 - ECLI:ES:TS:1965:3275): la exégesis contractual, presenta dos facetas o aspectos, según que la labor interpretativa, implique descubrir o desentrañar el sentido de una cláusula dudosa o que el problema afecte a dos o más estipulaciones, contenidas en el mismo contrato, que aparezcan como contradictorias y, por tanto, incompatibles, bien sean de la misma clase, o las partes, las hayan respectivamente denominado con los rótulos de "general" o "especial"; en este último evento, no bastará para resolver el conflicto atender a ese distinto carácter que aparezca señalado en el contrato, máxime si se trata de alguno de los denominados de "adhesión", sino que habrá de penetrarse en el fondo del problema, teniendo presentes, como normas de orientación, las siguientes: Primera. Que el carácter "general" o "especial" de una cláusula, no depende de la denominación que se la de en el contrato, sino del propio contenido de ellos, en su virtud será cláusula "especial" la que contempla alguna circunstancia no prevista en las cláusulas generales o que, por razones especiales, reglamente de diverso modo, si algún aspecto de lo prevenido en la cláusula general, constituyendo una excepción limitada o de carácter parcial; a lo estatuido en aquélla. Segunda. En consecuencia, si la pretendida cláusula especial, tiene la misma materia y alcance de la que, como general, fue rotulada por las partes y los términos de la misma, no implican una derogación parcial de éste, en razón o evento o circunstancia no contemplados en la misma, se estará en presencia de dos cláusulas de la misma naturaleza y valor, pero en términos contradictorios, sin poder resolverse, sin más, el conflicto a favor de la que sólo es nominalmente "especial", como habría de efectuarse si, tal especialidad fuese realmente efectiva. Tercera. La contradicción habrá de dirimirse a la vista de las reglas de interpretación, contenidas en los Códigos substantivos y a favor de la cláusula en que mejor se defina la posición jurídica de las partes y el alcance del contrato, conforme a la naturaleza y finalidad de éste, teniendo en consecuencia como inoperante lo estipulado en contradicción con aquélla.

¹⁸⁴ RUIZ DE LARA, M. *op. cit.* p. 33

En relación a tal postura, no podemos mostrarnos de acuerdo, ya que bastaría que se incluyera como una condición general más, a modo de fórmula de estilo tal renuncia expresa, para que quedara excluida la aplicación de dicha norma interpretativa, produciéndose nuevamente lo que se quiere evitar, que es el desequilibrio contractual entre predisponente y adherente.

Por otro lado, la segunda regla interpretativa se refiere a que, en caso de duda, se interpretarán las condiciones generales a favor del adherente y por último, se produce una remisión a las reglas generales de interpretación de los contratos.

II.2.4. CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Como señala PAGADOR¹⁸⁵, “*el régimen jurídico de las condiciones generales se traduce en modulaciones del contenido obligacional de los contrato celebrados mediante ellas, es decir, en consecuencias negativas*”.

Podemos afirmar que el control del contenido es la vía por la que se determinará si las condiciones generales, que se han incorporado al contrato, pueden ser ineficaces o inexistentes por vulnerar los preceptos legales o por su carácter abusivo.

Por tanto, existe un doble control respecto al contenido de las condiciones generales en función de la condición del adherente, es decir, de si este es o no consumidor.

¹⁸⁵ PAGADOR LÓPEZ, J. “Requisitos de incorporación de las condiciones generales” en NIETO CAROL, U. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2000, p. 271

Así, al regular el control del contenido, la LCGC distingue entre ineficacia por no incorporación y nulidad y las consecuencias en el contrato; por su parte, el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, en su artículo 83 se ocupa de las consecuencias negociales del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente, cuando el adherente es un consumidor.

La cuestión fundamental que se plantea es si se produce la nulidad total o parcial del contrato y su integración en relación a lo no anulado. Como ya apuntaba DE CASTRO¹⁸⁶ *“El Derecho español no ha repugnado nunca la figura de la nulidad parcial, como mutilación sanadora del contrato y ha aceptado como regla el axioma del derecho común, <utile per inutile non vitiatur>... y se ha estimado imprescindible para aplicar debidamente las leyes dictadas para proteger a los contratantes en situación de inferioridad económica o social y la jurisprudencia, salvo alguna desviación ocasional la utiliza constantemente.”*

Como ya hemos señalado, el art. 8.1 LCGC determina la nulidad de aquellas condiciones generales que contradigan la ley o cualquier norma imperativa o prohibitiva, salvo que, para el caso de contravención, se establezca un efecto diferente.

Este apartado primero ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina por todos, BERCOVITZ¹⁸⁷, dado que lo que establece el precepto ya lo hace, la propia ley en otros artículos, o el propio Código Civil *“y se limita a repetir lo que resulta obvio a partir de los artículos 1255 y 6.3 CC: las condiciones generales , como cualquier otra cláusula contractual y como*

¹⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.* p. 88

¹⁸⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Artículo 8. Nulidad” en *Comentarios...*, *op. cit.* pp. 261-263

cualquier otra manifestación (declaración de voluntad) propia de la autonomía privada, tienen que respetar las normas imperativas y prohibitivas”, dado que de lo contrario serán nulas de pleno derecho.

La única particularidad, señala el autor anterior¹⁸⁸, es que si la contravención sólo perjudica al predisponente no se aplica la nulidad, considerando que el requisito de que la contravención sea en perjuicio del adherente se limita a la propia LCGC, no al resto de normas imperativas a prohibitivas respecto de las cuales habrá que acudir a su específico régimen jurídico.

De la regulación de la materia, arts. 7 a 10 LCGC, podemos señalar que nos encontramos ante dos vías de control o, en su caso, de impugnación, esto es la inexistencia (art. 7) y la nulidad (art. 8), así, el art. 9 de la LCGC señala que la declaración de no incorporación o de nulidad de las condiciones generales podrá ser instada por el adherente, remitiéndose en este punto a las normas de la nulidad contractual.

Por su parte, el artículo 9.2 señala que la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso derivado del ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas, y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del mismo, cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

Hay que tener en cuenta, que la declaración de no incorporación o de nulidad no supone la nulidad del contrato siempre que pueda subsistir sin las

¹⁸⁸ *Ibid.* pp. 262-263

mismas, de modo que la parte del contrato afectada por dicha declaración se integrará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1258 CC y normas de interpretación contenidas en el contrato, la cuestión que se plantea es qué ocurrirá cuando la nulidad sea de una cláusula que afecte a un elemento esencial del contrato.

Por último, el art. 8.2 LCGC, respecto a la nulidad de las condiciones generales abusivas cuando el adherente sea consumidor, se remite a la normativa de protección de consumidores (remisión que hay que entender hoy al TRLGDCU) y que estudiaremos en el apartado correspondiente.

II.2.5. REGLA GENERAL: LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO

Como ya hemos señalado, son dos las vías para tratar el control sobre el contenido de las condiciones generales, la no incorporación y la nulidad. Además, la sentencia que declare la inexistencia o la nulidad de la cláusula, aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10; o, declarará la nulidad del propio contrato, cuando la nulidad de aquellas, o su no incorporación, afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

El artículo 10 de la LCGC¹⁸⁹, establece con carácter general la nulidad parcial y la integración del contrato. No obstante, tal y como apunta

¹⁸⁹ Artículo 10. Efectos.

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

PASCUAU LIAÑO¹⁹⁰, en nuestro ordenamiento no existe una norma que con carácter general establezca la nulidad parcial y ha venido a ser la jurisprudencia¹⁹¹ la que ha ido perfilando y admitiendo esta posibilidad.

Parte de la doctrina entiende que, no nos encontramos ante una nulidad parcial de corte tradicional fundamentada en el consentimiento contractual, sino en una nulidad parcial coactiva¹⁹². En palabras de GETE-

¹⁹⁰ Cfr. PASCUAU LIAÑO, M. “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentarios, *Op. Cit.* p. 292

¹⁹¹ STS nº 101 de 4 de marzo de 1975 (Cendoj ROJ: STS 1957/1975):” *...la cuestión de si la nulidad de una parte determina la invalidez de todo el negocio jurídico, por tener que apreciarse que los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la Ley, un problema de interpretación de tal negocio, que solamente pueden abordarse en casación si se ponen en juego por el recurrente las reglas de hermenéutica contractual incorporadas a los artículos 1.281 y siguientes del repetido Código.*” La STS nº 313/1977 de 10 de octubre (Cendoj ROJ: STS 804/1977) dispone que “*...a falta de una norma jurídica general sobre la materia, ha de estarse para solucionar el problema, en primer término, a la disposición legal concreta -a alguna de las cuales se hará referencia después- que encierre la norma especial aplicable a la institución particular objeto del debate, y, en defecto de ella, deberá acudirse a la hermenéutica negocial, según proclama la sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1975 , teniendo presente para ello además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o la invalidez total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe”...*” **CONSIDERANDO** que dicha regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro Derecho, aun a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: *Primero. En la aplicación analógica admitida por el artículo 4.º, 1, del Código Civil , de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o desparte de aquél (artículos 641, párrafo segundo, 737, párrafo segundo, 767, 781, 786, 793, 1.116 --interpretado en este sentido por la sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1975 -, 1.155 párrafo primero, 1.376, 1.377, 1.476, 1.691, párrafo primero, etc.). -Segundo. Que el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro Ordenamiento y proclamado por la doctrina - legal establecida por las sentencias de 30 de octubre de 1944 y 7 de noviembre de 1967 .-Tercero. En la jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de invalidez parcial, como es de ver en las sentencias de 30 de marzo de 1950 , 11 de noviembre de 1955 , 22 de enero y 17 , 21 y 27 de mayo de 1958 y 7 de junio y 6 de diciembre de 1960 , cuya regla es la procedente a menos que la exégesis negocial revele que, el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiesen concluido sin la parte nula, como se estimó en las sentencias de esta Sala de 17 de mayo de 1958 , 29 de abril de 1965 y 30 de noviembre de 1973 , como se previo en la antes mencionada de 4 de marzo de 1975”.*

¹⁹² DIEZ-PICAZO, L. *op. cit.* p. 356

ALONSO Y CALERA¹⁹³ “*el contrato, sin las cláusulas no incorporadas o declaradas nulas, no se mantiene en base al consentimiento..., el interés del predisponente no se toma en consideración, no importa si subsiste o no su voluntad negocial, pues si así se hiciera podría provocar la nulidad total, lo que no sucede. Al contrario, la ley impone la ineficacia parcial cuando sea posible procediendo, además, a integrar el contenido del contrato de manera imperativa*”.

En cuanto al fundamento de esta nulidad parcial de tipo imperativo que en cierto modo prescinde de la presunta voluntad de las partes, lo encontraríamos, según ALFARO¹⁹⁴ en que se trata de evitar el absurdo que se produciría, en la parte adherente a la que se trata de proteger con la norma que impone la nulidad parcial, de las consecuencias negativas que tendría para la misma la declaración de nulidad total del contrato, ya que de lo que se trata es de “*la eliminación de la cláusula en cuestión para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada*”.

Nos encontramos en estos casos de nulidad parcial, ante una situación en la que se produce una sustitución automática de las cláusulas nulas, por contravenir una norma imperativa, por el contenido de dicha norma, que viene a ocupar el lugar de la voluntad de las partes¹⁹⁵.

Por ello, como señala LLODRÁ¹⁹⁶, se produce, en estos casos, una tensión entre el principio de autonomía de la voluntad y el de conservación

¹⁹³ GETE ALONSO Y CALERA, M^a C. “No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales” en ARROYO MARTÍNEZ, I y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Ed. Tecnos. Madrid, 1999. p. 99

¹⁹⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. *op. cit.* p.341

¹⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. I Parte General. Teoría general del contrato*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000. p. 562.

¹⁹⁶ LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit.* p. 369.

del negocio jurídico, por eso se dice que “el contrato deja de ser fuente de regulación autónoma, para convertirse en una mera ocasión de aplicación de una composición heterónoma de intereses”¹⁹⁷.

De todo lo dicho, parece que, para los defensores de esta postura, ni la voluntad del adherente ni la del predisponente se toma en cuenta, en este caso, el legislador impone como solución la conservación del contrato y sólo la imposibilidad objetiva supondrá la nulidad total del contrato¹⁹⁸.

En nuestra opinión, estas afirmaciones han de tomarse de modo un tanto relativo, ya que, si, en base a la idea de conservar el contrato por todos los medios, se ignora la voluntad negocial de las partes, sustituyéndola por el contenido de la norma imperativa, se elimina uno de los elementos esenciales de todo contrato que es el consentimiento, y esa pretendida conservación del negocio no se logra.

Lo que se estaría produciendo, en ese caso, sería la imposición, de un contrato, con un contenido diferente, que nada tendría que ver con aquel que las partes quisieron celebrar, lo que supondría un ataque, más intenso si cabe, al principio básico de la autonomía de la voluntad, ya, bastante menguado, en el seno de la contratación bajo condiciones generales.

Entendemos que no es jurídicamente correcto, en base a la obligada conservación del negocio, amputarle a éste uno de sus elementos esenciales, como es el consentimiento, ya que en este caso, de conformidad con el art. 1261 del CC, el contrato deja *per se* de existir, produciéndose el efecto contrario que se intenta conseguir.

¹⁹⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. *op. cit.* p. 563

¹⁹⁸ *Cfr.* PASQUAU LIAÑO, M. “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios... op. cit.* p.297

Por otro lado, la justificación de que, lo que se pretende con la nulidad parcial coactiva, que prescinde del consentimiento, es lograr una regulación equilibrada, podría ser aplicable, quizá, al contrato celebrado con el consumidor, en el que el equilibrio de las prestaciones es base esencial de la protección del mismo. Pero no puede decirse lo mismo, para un contrato con condiciones generales celebrado entre dos empresarios, al que no se aplica el control de abusividad sobre la base del citado equilibrio.

II.2.6. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Todas estas cuestiones a las que hemos hecho referencia, no terminan, como señala DIEZ-PICAZO¹⁹⁹, con la declaración de nulidad parcial, ya que habrá que determinar cómo se integran las cláusulas que se hayan declarado nulas y si es posible su integración.

Siguiendo a este autor, hay que señalar que, si la nulidad parcial, como ocurre con el caso de las condiciones generales de la contratación, es ordenada expresamente por la ley, el contrato se integrará con las normas que dicha ley imperativa establece. En este sentido el artículo 10.2 LCGC se remite, para la integración del contrato, al artículo 1258²⁰⁰ del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

En este sentido, tal y como señala PAGADOR²⁰¹, la integración de las lagunas surgidas por la nulidad de una condición general se producirá conforme a las siguientes reglas: a) se aplican en primer lugar, las normas

¹⁹⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO, L. *op. cit.* pp. 446-457

²⁰⁰ Artículo 1258.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

²⁰¹ Cfr. PAGADOR LOPEZ, J. "Requisitos de incorporación de las condiciones generales" en NIETO CAROL, U. *Condiciones generales... op. cit.* pp. 283-284

imperativas correspondientes o la solución prevista en la norma imperativa aplicable; b) si existen indicios de la regulación que las partes habrían dado en el caso concreto, se acudirá a ella, y c) por último, habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 1258 del CC.

Respecto a la remisión que se hace, como criterio de integración, por la LCGC al artículo 1258 del CC, podemos señalar con ALFARO²⁰² que se pueden tomar en consideración dos cuestiones:

a) Por un lado, la interpretación conjunta que la doctrina mayoritaria hace de los arts. 1258 y 1287 del CC, y que diferencia entre la función interpretativa de los usos de la función supletoria, admitiendo la prevalencia de estos sobre el Derecho dispositivo en la primera función, y

b) Por otro, el art. 57 del CCo, que se remite, tras la interpretación literal, a los elementos que, naturalmente, se deriven del modo en que las partes manifestaron su voluntad.

De acuerdo con ello, señala el autor que se pueden extraer las siguientes conclusiones respecto a la relación entre dicho artículo y las normas de interpretación contractual:

1º.- Según este autor, el artículo 1258 del CC se refiere a los elementos naturales del contrato, es decir, aquellos que, sin estar pactados, forman parte del contrato. De acuerdo con ello, deduce que en dicho artículo se encuentra la sede de la integración del contrato.

2º.- La buena fe y los usos se consideran, no sólo criterios de integración, sino también, de interpretación.

²⁰² ALFARO AGUILA-REAL, J. *op. cit.* pp392-393.

Señala GETE ALONSO²⁰³, que los usos que actúan en la integración son los usos normativos, y el uso que servirá para integrar un contrato concreto será el que corresponda al tipo de contrato de que se trate, y que dado su carácter de regla objetiva, no tiene por qué coincidir con el uso del lugar de celebración del contrato.

En relación a la buena fe, como criterio de integración, entiende la autora que no debe de entenderse por tal el principio general del art. 7.1 del CC, sino como aquel que hace “*derivar deberes y comportamientos exigibles a las partes contratante*” y actúa, como los usos, en función del tipo de contrato de que se trate.

Por lo demás podemos señalar que la remisión hecha por el artículo 10.2 LCGC se hace a los artículos 1281 a 1289 CC, cuyo artículo 1284 regula el principio de conservación del contrato y los artículos 1283, 1286 y 1289 relativos a las reglas interpretativas de la conservación del contrato.²⁰⁴

II.3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

II.3.1. CUESTIONES PREVIAS

- El contrato de consumo

El Libro II del TRLGDCU regula los contratos con los consumidores. El artículo 59.1 declara que “*son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario.*”.

²⁰³ GETE ALONSO Y CALERA, M^a C. “No incorporación...” en ARROYO MARTÍNEZ, I y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *op. cit.* p 104

²⁰⁴ LLODRÁ GRIMAL, F. *op. cit.* p.377.

Podemos considerar con CASTILLO MARTÍNEZ²⁰⁵ contrato de consumo, como “*aquel que tiene su objeto destinado a una finalidad no profesional, por tratarse al menos una de sus partes intervinientes de un destinatario final del bien o el servicio en cuestión*”.

No obstante, un sector doctrinal²⁰⁶ defiende que el contrato de consumo no viene definido por su objeto, sino, más bien, por la naturaleza de los sujetos que intervienen en el mismo, así, una de las partes es un empresario y la otra un consumidor. Este vínculo contractual encuentra su razón de ser en el artículo 51 CE²⁰⁷ como principio informador, así como en la legislación que lo desarrolla.

Desde el punto de vista de la Unión Europea, el Derecho comunitario también se ha encargado de regular esta relación contractual, cuyo objetivo es lograr una intensa protección de los consumidores, así, podemos mencionar, entre otras, además de la Directiva 93/13/CEE, la Directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo²⁰⁸, o, la más reciente Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial.

²⁰⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C. *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016. p. 87

²⁰⁶ SOLER SOLÉ, G; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I.; IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* p. 27

²⁰⁷ Constitución Española. BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Artículo 51 CE:

1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

2. *Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.*

3. *En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.*

²⁰⁸ DOCE, L 133/66, de 22 de mayo de 2008

Por su parte y dentro de nuestro Derecho interno, de acuerdo con el TRLGDCU, las fuentes normativas por las que se regirán estos contratos son, el propio Texto Refundido, y en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos. Además, la normativa sectorial debe de respetar el nivel mínimo de protección que se establece en el TRLGDCU y, siempre que incorporen condiciones generales de contratación, se regirán además por la LCGC²⁰⁹.

Por otro lado, y dentro de las normas que regulan los contratos celebrados con consumidores, merecen especial atención los siguientes deberes que se deben cumplir, a saber:

a) Se establece el deber de proporcionar al consumidor, de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en concreto las condiciones jurídicas y económicas²¹⁰;

b) Deber de que la voluntad de contratar del consumidor conste de forma inequívoca en el contrato y prohibición de cláusulas que impongan obstáculos desproporcionados para el ejercicio de derechos reconocidos en el contrato al consumidor, en especial el derecho a poner fin al contrato²¹¹;

c) Deber de entregar al consumidor un documento que recoja las condiciones esenciales de la operación y las condiciones generales si existieran²¹².

²⁰⁹ Vid. Artículo 59 TRLGDCU.

²¹⁰ Vid. Artículo 60 TRLGDCU. .

²¹¹ Vid. Artículo 62. TRLGDCU

²¹² Vid. Artículo 6 TRLGDCU.

Por su parte el Título II se refiere a las condiciones generales y cláusulas abusivas a las que haremos referencia más adelante.

- El consumidor y el empresario predisponente.-
- El consumidor.

Si como hemos señalado, el contrato de consumo es un tipo contractual que viene definido, no tanto por su objeto, sino, por los sujetos que intervienen, empresario y consumidor, es necesario acotar ambas nociones.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores²¹³, define al consumidor en la letra b de su artículo 2º como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

De un modo similar el TRLGDCU en su artículo 3º define al consumidor como las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, considerando asimismo como consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.²¹⁴

²¹³ DOCE núm. L 095 de 21-4-1993 p. 29-34

²¹⁴ **Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.**

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

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

En este sentido la Exposición de motivos del TRLGDCU señala que *“pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario.*

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas».

El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.”

Uno de los problemas que se plantan dentro de la noción de consumidor es qué ocurre con quien adquiere un bien o contrata servicio con una finalidad mixta, es decir, en parte, con un fin privado, y, en parte, con un fin de destinarlo parcialmente al desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

Mientras, en nuestro ordenamiento no existe acuerdo acerca de dar prevalencia a uno u otro fin a efectos de calificar o no como consumidor a quien realiza dicha operación, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores²¹⁵ establece en su artículo 2º que se considera consumidor

²¹⁵ DOUE, L 304/64, de 22 de noviembre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del

“toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión;”,

Este precepto es interpretado por el considerando 17 que dispone que *“La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.”*

Por lo demás, y en la línea seguida por la Directiva mencionada, la Directiva 2014/17 sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, restringe la definición de consumidor a la persona física que, en las operaciones reguladas en la misma, actúa con fines que se encuentran al margen, de su actividad comercial o profesional, por lo que quedaría excluida, en este caso, cualquier persona jurídica como las personas físicas que actúen en el ámbito empresarial o comercial²¹⁶.

Merece destacar que el ATJUE²¹⁷, aplica el concepto de consumidor, y por tanto lo somete a la Directiva 93/13/CEE, en un contrato de fianza prestado por dos personas físicas en garantía de un préstamo hipotecario concedido a una Sociedad anónima, sobre la base de considerar que, aun

Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

²¹⁶ SOLER SOLÉ, G; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I.; IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* p. 31

²¹⁷ ATJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-534/15 <http://curia.europa.eu> (ECLI:EU:C:2016:700)

cuando el contrato de fianza es accesorio respecto del contrato principal del que emana la deuda, desde el punto de vista de las partes contratantes se considera un contrato diferente, y atendiendo al carácter en que intervienen las personas físicas en el mismo, los considera dentro del concepto de consumidor y por tanto el contrato queda sometido al nivel de protección de la Directiva.

- *El empresario predisponente*

La Directiva 93/13 CEE no da una definición propiamente dicha de empresario predisponente, sino que se limita a establecer en su artículo 2, la noción de profesional, considerándolo como “*toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.*”.

Por su parte en el párrafo 2º de la LCGC se define al profesional como aquella “*persona física o jurídica que actúe en el marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*”. Como señala BADENAS CARPIO²¹⁸, con tal definición se está tratando de delimitar quien es la contraparte de quien es el adherente en los contratos celebrados al amparo de condiciones generales.

El TRLGDCU, en su artículo 4, por oposición al concepto de consumidor, define al empresario como “*toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*”. Este artículo fue

²¹⁸BADENAS CARPIO, J.M. “Artículo 2. Ambito subjetivo” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios...*, op. cit. p. 83

modificado por la ley 3/2014, de 27 de marzo²¹⁹, con el objeto de trasponer, al igual que la definición del consumidor, una noción armonizada con el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE²²⁰.

Dentro de la presente materia, pueden plantearse problemas en aquellos casos el profesional actúa como intermediario de una operación entre particulares, actuando en nombre y por cuenta de uno de ellos, en principio y, ante la ausencia de referencia expresa al respecto en las normas, habrá de considerarse como contratos entre particulares excluyéndose la normativa protectora del consumidor.

II.3.2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como señala CARBALLO FIDALGO²²¹, dentro de los elementos objetivos del contrato de consumo, y, por lo que aquí nos interesa, dentro del ámbito del régimen de las cláusulas abusivas, nos encontramos, a decir del artículo 82 del TRLGDCU, con aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente.

De acuerdo con ello, dentro de la noción de cláusula abusiva, se incluyen, a decir de esta autora, dos realidades distintas, por un lado, las

²¹⁹ Ley 3/2014, de 27 de marzo por el que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014, páginas 26967 a 27004

²²⁰ Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE» núm. 304, de 22 de noviembre de 2011, páginas 64 a 88. Art. 2.2: *comerciante»: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva*

²²¹ CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p. 72

denominadas estipulaciones, y por otro, las llamadas prácticas comerciales que quedan sometidas al mismo régimen jurídico.

Una de las características fundamentales de las que se deriva el control de las cláusulas abusivas, es, tal y como se desprende de los artículos 80 y 82 del TRLGDCU, que se traten de cláusulas y estipulaciones no negociadas individualmente, debiendo de acudir para aclarar este concepto a la Directiva 93/13, de cuyo artículo 3º se desprenden, como apunta CARBALLO²²², dos notas fundamentales, a saber: predisposición, es decir, “*cuando haya sido redactada previamente*” e imposición, o lo que es lo mismo, en palabras del citado artículo, que “*el consumidor no haya podido influir sobre su contenido*”²²³.

Por tanto, de acuerdo con ello, existirá negociación cuando el consumidor tenga la oportunidad seria y efectiva de poder discutir, modificar, suprimir o incluir nuevas estipulaciones o términos del contrato, de manera que el mismo haya sido resultado de una auténtica libertad negocial²²⁴.

En este sentido, hay que tener presente que el artículo 82.2.2 del TRLGDCU, hace recaer sobre el empresario predisponente la carga de la prueba de que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, careciendo de validez aquellas declaraciones incluidas en el mismo contrato

²²² *Ibid*, p. 76

²²³ Directiva 93/13/ CEE del Consejo, Artículo 3. 2. “*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. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*”

²²⁴ Cfr. CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p. 77

por la que el consumidor manifiesta que dichas cláusulas han sido objeto de negociación, como tampoco es suficiente, a efectos de probar la existencia de tal negociación, el hecho de que en el otorgamiento de la escritura exista intervención notarial.

Por su parte, y dentro de los requisitos formales de las cláusulas, los artículos 80 a 90 del TRLGDCU vienen a establecer un doble control de las cláusulas que se integran en los contratos celebrados con los consumidores, en primer lugar, se les somete a un control de incorporación y, una vez superado este primer filtro, se les somete a un control de contenido.

El artículo 80.1 a) exige en primer lugar para aquellas cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores, *“concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.”*

La reforma del TRLGDCU llevada a cabo por la Ley 13/2014, de 27 de marzo²²⁵, añade un nuevo apartado al artículo 81.1, el b) introduciendo como novedad dos requisitos para las citadas cláusulas, que son la *“accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.”*

El tercero de los requisitos exigidos es el de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que en todo caso excluye las cláusulas abusivas.

²²⁵ BOE» núm. 76, de 28 de marzo de 2014, páginas 26967 a 27004

Por tanto, de acuerdo con ello, en primer lugar se exige que, previa o simultáneamente, a la celebración del contrato, se faciliten al consumidor las cláusulas contractuales, bien mediante su inclusión completa y antes de la firma en el propio contrato, bien mediante su incorporación en otro documento al que se hará referencia expresa en el contrato y que deberá de entregarse al consumidor antes de la firma.

Como apunta CARBALLO FIDALGO²²⁶, hoy es incontrovertida la exigencia de entrega del clausulado que, además, debe de ir firmado por el consumidor.

Otro de los requisitos exigidos a los que y hemos hecho referencia, es el de la transparencia, lo que se traduce, en palabras del artículo 81 citado, en concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, lo que excluye las cláusulas incomprensibles, vagas u oscuras, ya sea por sus características tipográficas en el contrato, o porque sean incomprensibles intelectualmente. La transparencia como manifestación del deber de buena fe contractual alcanza a todo el clausulado del contrato.

La violación de este deber de transparencia que, en puridad, debería suponer la nulidad de pleno derecho de la cláusula, según los artículos 8 LCGC y 83 del TRLGDCU, ha sido reconducido por la jurisprudencia más actual que limita el control de los elementos esenciales del contrato a su redacción clara y comprensible y a la normativa que regula las cláusulas abusivas, exigiendo dos requisitos, a saber: desequilibrio significativo entre las partes y vulneración del deber de buena fe.²²⁷

²²⁶ Cfr. CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p. 85

²²⁷ *Ibid.* pp. 91-92

Un vez analizados las nociones de condiciones general de contratación y de contrato de consumo, es necesario adentrarse en la materia y determinar en qué casos, el clausulado de un contrato, sea o no condición general, puede considerarse abusivo.

Para ello, se puede acudir, tal y como apuntan SOLER SOLÉ/SERRA RODRÍGUEZ/FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA Y IZQUIERDO²²⁸, por un lado, a unos criterios generales recogidos en la legislación de consumo y que son aplicables, con carácter abstracto y general, a todas las cláusulas potencialmente abusivas, y por otro, a unos criterios más particulares, aplicables a cada tipo especial de cláusula que, si bien están previstos, en ocasiones, por las propias normas, otras se han venido estableciendo, principalmente, por la jurisprudencia tanto interna como comunitaria.

Hemos de comenzar señalando que, la noción de cláusula abusiva ha adquirido, en los últimos tiempos, tanta actualidad que ha hecho que nos encontremos ante un concepto de los más usados en el ámbito de protección del consumidor.

Sin embargo, autores como PÉREZ HEREZA²²⁹ destacan la dificultad de encuadrar, dentro del concepto genérico de cláusula abusiva, las concretas cláusulas que proliferan en la práctica, por lo que habrá que acudir a cada caso concreto para determinar la abusividad o no de una determinada cláusula.

²²⁸ SOLER SOLÉ, G; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I.; IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* p. 101

²²⁹ PEREZ HEREZA, J. “Los mecanismos de protección del consumidor bancario” [en línea] El Notario del S. XXI. 30 de marzo de 2010.
<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-30/opinion/opinion/1263-los-mecanismos-de-proteccion-del-consumidor-bancario-0-5046687261244922> [Consulta: 3 de agosto de 2016]. .

Dentro de los criterios generales para determinar la abusividad de una cláusula a los que hacíamos mención anteriormente, en primer lugar, podemos mencionar los recogidos en la Directiva 93/13/CEE en sus artículos 3 a 5²³⁰ y que vienen referidos, entre otros, a: a) las exigencias de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; b) la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato; c) circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa, d) a la falta de negociación individual de una cláusula que ha sido pre redactada por el

²³⁰ Artículo 3

1. 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.

2. 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.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Artículo 4

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Artículo 5

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.

predisponente y respecto de la cual, el consumidor no ha podido intervenir sobre su contenido y todo ello dentro del marco del principio de interpretación pro consumidor.

Estos criterios generales deben de combinarse necesariamente con lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 4º de la Directiva, que excluye de la apreciación de abusividad a las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

También quedan excluidos según el artículo 1.2. las estipulaciones que se limiten a reproducir normas de naturaleza imperativa.

En todos estos casos, únicamente cabe llevar a cabo un control de transparencia, que se verá más adelante, tanto desde el punto de vista formal o de incorporación, como desde el punto de vista material o de comprensión real, modulado, todo ello, con el ajuste de las cláusulas a las exigencias de la buena fe y al deber de evitar un desequilibrio importante para el consumidor.

Por tanto, como apunta CASTILLO²³¹ el marco de control de la Directiva parte de la consideración de que el consumidor es la parte débil del contrato en relación con el profesional predisponente, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como a la información utilizada.

²³¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C de C, *op. cit.* p 89

El eje central de la noción de cláusula abusiva viene determinado, según PARDO GATO²³², por dos factores fundamentales, el primero de ellos es que, como ya se ha apuntado, las cláusulas abusivas no pueden referirse al objeto principal del contrato (prestación y contraprestación), sino que deben de referirse a aspectos secundarios del mismo que, si bien son relevantes, no pueden equipararse a la cosa, el servicio o precio; el segundo, viene determinado por la concurrencia de un desequilibrio importante y notorio entre los derechos y obligaciones de las partes, vulnerándose, por parte del profesional, el principio de la buena fe.

De acuerdo con lo expuesto, el Considerando 17 de la Directiva nos arroja luz sobre que debe de entenderse por buena fe al disponer que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula *“necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes”*,... y que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;”

Por otro lado, y respecto al segundo de los factores, esto es, el desequilibrio importante y notorio entre los derechos y obligaciones de las partes, es necesario tener presente que dicho desequilibrio debe de apreciarse en el conjunto de la relación contractual obligatoria, ha de ser importante y ha de ser, siempre, en perjuicio del consumidor.

²³² PARDO GATO, J.R. *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Dijusa, Madrid, 2004. pp. 88-89

Estos aspectos fueron abordados por el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013 asunto C-415/11²³³, caso Aziz, que en los considerandos 67 a 69 y 76²³⁴, después de manifestar el carácter abstracto de la delimitación que de estos factores hace la Directiva, señala que, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio, «pese a las

²³³ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 Caso Aziz y CatalunyaCaixa (infocuria ECLI:EU:C:2013:164)

²³⁴ La STJUE antes citada dispone en sus Considerandos: 67 *Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, Rec. p. I-3403, apartado 19, y Pannon GSM, antes citada, apartado 37).*

68 *Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.*

69 *En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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.*

En virtud de las consideraciones anteriores, procede responder lo siguiente a la segunda cuestión prejudicial: El artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

– *el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;*

– *para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.*

exigencias de la buena fe», ...*el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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.*

Por lo demás, hemos de destacar que la Directiva se remite, en su artículo 3.3, a un Anexo que recoge una lista meramente indicativa de cláusulas que, en función de su objeto o efecto, pueden ser abusivas y si bien son criterios más particulares, cabe extraer de ellos algunos aspectos que pueden ser objeto de generalización²³⁵, así podemos citar:

a) Las relativas a la limitación de la responsabilidad legal del empresario como ocurre en casos relativos a la limitación de derechos del consumidor en caso de incumplimiento por el profesional;

b) Las que obligan al consumidor a cumplir sus obligaciones a pesar de que el empresario no haya cumplido con las suyas;

c) Las que imponen a cargo del consumidor una indemnización desproporcionada en caso de incumplimiento;

d) Las que permiten al empresario a resolver discrecionalmente el contrato o modificarlo, etc.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, podríamos afirmar que en el mismo existe un doble control, en la LCGC y TRLGCU, así en palabras de CAÑIZARES²³⁶, se establece, por un lado un control de

²³⁵ Cfr. SOLER SOLÉ, G; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I.; IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* p.102

²³⁶ CAÑIZARES LASO, A. “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo.”, en Revista de Derecho Civil, nº 3(julio-septiembre, 2015), Vol. II. p. 71

incorporación o inclusión que deberán de traspasar las condiciones generales, independientemente de que de que los contratantes sean consumidores o empresarios, y, por otro, un control de contenido que deberán de traspasar aquellas cláusulas que figuren en un contrato en el que una de las partes sea consumidor y que son aquellas para las que queda reservado el calificativo de abusivas cuando no traspasen este segundo control.

El TRLGDCU, en clara correspondencia con la Directiva define las cláusulas abusivas *todas 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.*

Por su parte, el apartado 4 del artículo 82 TR establece una enumeración de cláusulas que pueden considerarse abusivas, y que con carácter general, según SOLER SOLÉ/SERRA RODRÍGUEZ/FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA/IZQUIERDO BLANCO²³⁷, serían las que limitan los derechos del consumidor, vinculan el contrato a la voluntad del empresario o implican una falta de reciprocidad.²³⁸

²³⁷ SOLER SOLÉ, G; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I.; IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* p.103

²³⁸ Art. 82.4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

En este sentido, es necesario hacer referencia a la STS de 9 de mayo de 2013 que ha venido a señalar que para declarar acerca del carácter abusivo de una cláusula, ha de tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de suscripción del contrato, así como la evolución previsible de las circunstancias si fueron tenidas en cuenta o debieron de serlo, con los datos de que disponía o podía disponer un empresario diligente, debiendo de valorarse asimismo las demás cláusulas del contrato o contenidas en otro del que dependa²³⁹; por otro lado, según nuestro más Alto Tribunal, no impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación; y que las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo²⁴⁰.

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

²³⁹ STS de 9 de mayo de 2014, establece en su FD 14 que “*para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 238. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.*”

²⁴⁰ La STS de 9 de mayo de 2013, establece en u fundamento de Derecho 14, bajo la rúbrica “Elementos para valorar el carácter abusivo de las cláusulas”, en el apartado 2º “Valoración de la Sala”, punto 2.4 relativo a conclusiones que: 246. *De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores: a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes. b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente. c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en*

Del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82 TRLGDCU, se pueden extraer las siguientes notas que, con carácter general, permiten apreciar una cláusula como abusiva, así, a) han de tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente en el sentido de que hayan sido predisuestas y el consumidor no haya podido intervenir en su negociación para modificar su contenido, eliminarlas o incluir alguna nueva; b) se requiere que no hayan sido consentidas expresamente por el consumidor; c) que contravengan las exigencias de la buena fe; d) se estipulen en perjuicio del consumidor y que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

Volviendo, desde el punto de vista del Derecho interno, al concepto de buena fe, podemos señalar que la doctrina jurisprudencial sobre esta materia se centra en considerar que el deber de actuar con arreglo al principio de buena fe del artículo 7.1 del CC, constituye un principio informador del Ordenamiento, que exige rechazar aquellas actuaciones que no se ajusten a un comportamiento justo y honrado²⁴¹.

contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo

²⁴¹ Vid. STS nº 189/2001, de 1 de marzo de 2001, FD QUINTO (CENDOJ Roj: STS 1582/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1582) dispone: “*la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento honrado y justo (S. 11 de diciembre de 1.989). El ejercicio de los derechos conforme a las reglas o exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil; y para procesal arts. 11.2 LOPJ y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000) equivale a sujetarse en su ejercicio a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo (Sentencias 4 marzo 1.985, 5 julio 1.989, 6 junio 1.991). Implica la necesidad de tomar en cuenta los valores éticos de la honradez y la lealtad (Sentencias 21 septiembre de 1987, 8 marzo 1991, 11 mayo 1992, 29 febrero 2000), es decir los imperativos éticos que la conciencia social exige (Sentencia 11 mayo 1.988).*”

El concepto de buena fe, según doctrina reiterada, es un concepto objetivo que exige una actuación coherente y de protección de la confianza ajena²⁴².

Una vez expuestos los criterios generales de abusividad establecidos por la normativa aplicable, podemos apreciar que, los más importantes, como son la buena fe, desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, perjuicio al consumidor, son, comunes a la normativa comunitaria y estatal y, en ambas, se formulan de un modo tan general y abstracto que requieren de una ulterior concreción por parte de los tribunales.

En este sentido, como apuntan SOLER SOLÉ/SERRA RODRÍGUEZ/FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA/IZQUIERDO BLANCO²⁴³, es de especial interés la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (caso AZIZ), a la que ya hemos hecho referencia, y en la que se afirma que, dado que la Directiva 93/13 sólo fija los conceptos abstractos, habrá que *“tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en*

²⁴² Vid. STS núm. 718/2002, de 12 de julio de 2002, en cuyo FD CUARTO pfo. 3º establece: *“La buena fe a que se refiere el art. 1.258 es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal..., (Sentencias 26 octubre 1.995, 6 marzo 1.999, 30 junio y 25 julio 2.000, entre otras) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (S. 22 septiembre 1.997). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (Sentencias 16 noviembre 1.979, 29 febrero y 2 octubre 2.000); de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SS. 26 enero 1.980, 21 septiembre 1.987, 29 febrero 2.000).”*

²⁴³ SOLER SOLÉ, G; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I.; IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* p.103

una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”.

Según estos autores, de acuerdo con la sentencia, habrá que hacer una exclusión imaginaria de la cláusula en cuestión para determinar cuál sería el régimen supletorio aplicable, y fijado éste, compararlo con el que se deriva de la cláusula y poder apreciar, así, si realmente se produce en detrimento del consumidor un perjuicio que lleva a un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe.²⁴⁴

No obstante, como señala ORDUÑA²⁴⁵, *“la descripción tradicional de las directrices de buena fe y de equilibrio de las prestaciones ya no responde a la fundamentación técnica que debe de articular modernamente la construcción jurídica del fenómeno de las condiciones generales de la contratación, en el sentido de que ya no se trata, con la aplicación de estos principios, de resolver cuestiones de interpretación e integración del contrato, sino, más bien, de la forma de control de eficacia de la reglamentación contractual predispuesta.*

Como expresa este autor, este control de eficacia alcanza a todo el sistema de las condiciones generales, tanto a los requisitos de incorporación como al control de contenido, y la buena fe se extiende a ambos controles, ya que, por un lado, sirve de base a los deberes de transparencia y comprensión que se imponen al empresario predisponente, y, por otro, justifica la exigencia del cumplimiento que quepa esperar del adherente, y todo ello como proyección de la confianza de este tipo de contratos.²⁴⁶

²⁴⁴ *Cfr. Ibid*, p. 103

²⁴⁵ ORDUÑA MORENO, F.J., *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 33

²⁴⁶ *Ibid*. p. 34

Por lo demás, como decíamos, existen unos criterios particulares, de elaboración, fundamentalmente, jurisprudencial, que se aplican, como parámetros de valoración, a determinadas cláusulas incorporadas a los contratos de consumo, y que han originado que, algunas de ellas hayan sido declaradas nulas.

La cuestión que hemos de tener en cuenta es que ambos parámetros, esto es, los criterios generales y los particulares, no son excluyentes entre sí, sino que, como señalan algunos autores, en un primer nivel, el análisis de la cláusula en cuestión habrá ponderado los criterios generales y es, en un segundo momento, cuando se acude a los criterios particulares; cuando realmente se podrá determinar si la cláusula en cuestión tiene la entidad suficiente para ser declarada abusiva, así, a modo de ejemplo podríamos mencionar, entre otras dentro del préstamo hipotecario, la cláusula de vencimiento anticipado²⁴⁷; o la relativa a intereses de demora²⁴⁸, o la cláusula suelo.

²⁴⁷ La STJUE de 14 de marzo de 2014, ya citada, expresa en relación con la cláusula de vencimiento anticipado en el punto 73: *“En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está 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 y 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.”*

²⁴⁸ La STJUE de 14 de marzo de 2014, ya citada, expresa en relación con la cláusula de intereses de demora en el punto 74: *En segundo lugar, en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado*

ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

CAPÍTULO III. LA TRANSPARENCIA COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA ABUSIVIDAD

III.1. LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA TRANSPARENCIA

III.1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como ya es sabido, cuando nos encontramos ante contratos celebrados con condiciones generales de contratación, se establecen legalmente dos tipos de controles respecto de las mismas, uno es el control de incorporación, y el otro el control de contenido, recogidos respectivamente en los artículos 5 y 7 LCGC y 80, 82 y sig. TRLGDCU.

A este respecto, tal y como apunta CAÑIZARES²⁴⁹, el control de contenido sólo cabe cuando una de las partes del contrato es un consumidor, de modo que, en principio, sólo podrá hablarse de cláusulas abusivas cuando se traten de condiciones generales insertas en aquellos contratos celebrados con consumidores y que no hayan pasado el citado control de contenido del artículo 82.1 TRLGCU.

Sin embargo, tal y como señala la autora citada, en los últimos tiempos parece que se ha ido desarrollando un tercer tipo de control distinto de los anteriores y que sería el denominado control de transparencia.

Como señala CARBALLO²⁵⁰, el deber de transparencia, entendido como la forma en que el predisponente ha redactado y comunicado el contenido del contrato al consumidor, se encuentra ampliamente desarrollado en nuestra legislación, donde los artículos 5 y 7 LCGC y 80 TRLGDCU, vienen a imponer al predisponente una doble obligación

²⁴⁹ CAÑIZARES LASO, A. *op. cit.* p 73

²⁵⁰ CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p. 110

dirigida a garantizar al consumidor el conocimiento de las estipulaciones del contrato.

En este sentido, surgen dos deberes a cargo del predisponente, por un lado, según se desprende de los artículos 63 y 80 TDLGDCU, es necesario que facilite previamente al consumidor, el contenido íntegro de las condiciones a las que se adhiere. Este deber se concreta en la exigencia de insertar dicho clausulado en el documento contractual antes de la firma, bien mediante su inserción literal o mediante la referencia en el contrato al documento que lo contenga. En este último caso, dicho documento, suscrito por el adherente, deberá ser objeto de entrega al mismo; por otro, se exige que la redacción de dichas cláusulas sea clara, concreta, legible y comprensible.

Como sabemos, la vulneración de tales exigencias conlleva la no incorporación de las cláusulas al contrato (art. 7 LCGC), sin que sea necesario ningún control posterior, con lo que el contrato, en principio, se conservará, sin las mismas, siempre que sea posible.

Para algunos autores²⁵¹, este sistema de control constituido por la distinción entre control de inclusión frente a control de contenido, no es del todo completo, al existir zonas de confluencia - como es el caso de las cláusulas sorprendentes o aquellas que definen el objeto principal del contrato- en las que la nulidad de cláusulas concretas, que faltan al deber de transparencia, debe de acometerse, desde el concepto de abusividad del artículo 82 TRLGDCU.

²⁵¹ *Cfr. Ibid.* p. 111

Así surge el llamado principio de transparencia, del que la claridad, concreción, comprensibilidad y sencillez no son más que una mera manifestación.

III.1.2. EL NUEVO CONCEPTO DE TRANSPARENCIA

GONZÁLEZ PACANOWSKA²⁵², señala que “*el concepto de transparencia se encuentra estrechamente vinculado al de información y supone un situación contractual en la que existe una asimetría informativa entre las partes*”. Considera que las normas de transparencia contemplan esta información desde un doble punto de vista, por un lado, en referencia los extremos sobre los que el predisponente debe informar y el momento en que debe de hacerlo, y por otro, el relativo a la formulación del contenido.

Sin embargo, dando un paso más en relación a este control de transparencia, autores como PLAZA²⁵³ consideran que una cláusula que esté redactada cumpliendo los requisitos de claridad, sencillez, etc., y sin entrar a valorar el posible desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, con base a las exigencias de la buena fe, puede ser abusiva cuando afecta a la correcta comprensión de las consecuencias jurídicas y a los elementos esenciales del propio contrato, tanto en relación a la carga económica que ha de soportar el consumidor, como a su posición jurídica en los aspectos básicos que derivan del objeto y de la ejecución del mismo.

²⁵² GONZALEZ PACANOWSKA, I. “Artículo 5 requisitos de incorporación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Coord.) *op. cit.* p.186

²⁵³ PLAZA PENADÉS, J. “Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores” en *Revista Consumo y Empresa*, núm. 2, 2016, pp. 2 y 3. <http://vlex.com/vid/doctrina-judicial-control-transparencia-638432929> id vlex-638432929 [consulta 16 de agosto de 2016]

De acuerdo con ello, podemos afirmar que, frente a la doctrina tradicional que entendía la transparencia en referencia a la forma en que debían de formularse las condiciones generales, esto es, con claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad, hoy, se abre paso una nueva concepción del control de transparencia, independiente y separado del control de inclusión y del control de contenido, y que viene referida a los aspectos jurídicos y económicos fundamentales del contrato.

Esta nueva concepción no ha tenido, hasta el momento, reflejo en nuestro Derecho Positivo, y ha sido la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN, las que han ido construyendo y caracterizando la figura de la transparencia, como medio de control de las condiciones generales de la contratación, de modo independiente al control de incorporación y al control de contenido:

- Desde el punto de vista jurisprudencial, el inicio de la nueva línea conceptual de la transparencia tiene lugar con la STS de 18 de junio de 2012²⁵⁴, al afirmar que el control de transparencia, referido a los elementos esenciales del contrato, tiene como base que el consumidor pueda conocer la carga económica que para él se deriva del contrato y la prestación que recibirá de la otra parte. Esta caracterización se ha visto confirmada en sentencias posteriores como la de 9 de mayo de 2013, y la de 8 de septiembre de 2014, a las que haremos referencia en apartados posteriores.

²⁵⁴ STS núm 406/2012, de 18 de julio (CENDOJ Roj: STS 5966/2012). En su FD 4º señala: *“el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.”*.

Como señala SÁNCHEZ MARTÍN²⁵⁵, el control de transparencia es uno de los mecanismos de control de la contratación seriada, junto con el control de contenido y cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 5 de la Directiva 93/13, los artículos 5.5 y 7 b. de la LCGC y el artículo 80 del TRLGDCU, como una proyección del control de inclusión.

Se trata de un control de legalidad, dirigido a comprobar que la cláusula predispuesta garantiza la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato.

En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 2014²⁵⁶, como continuación a la doctrina iniciada con las SSTs de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013, considera el control de transparencia como un *plus* u obligación que tiene el contratante predisponente.

En este contexto, el TS, en la citada sentencia, desarrolla la idea que de la transparencia debe de suponer, no sólo que la cláusula considerada sea, gramaticalmente, clara e inteligible, para el consumidor, sino que también, resulte transparente en dos aspectos fundamentales:

- El primero, referido a la comprensión de la carga económica que realmente supone para consumidor el contrato celebrado, esto es, comprensión de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener,

²⁵⁵ SÁNCHEZ MARTÍN, C. “El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica.” Diario la Ley 27 de octubre de 2014 [consulta 19 de agosto de 2016]

²⁵⁶ STS núm. 86/2014, de 26 de mayo (CENDOJ Roj: STS 2393/2014)

- Y el segundo, referido a la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, y en la respectiva distribución de los principales riesgos del mismo.

Por su parte, la DGRN también se ha hecho eco de esta nueva concepción del control de transparencia. Así, el Centro Directivo entiende que, además de la claridad y comprensibilidad gramatical, dicho control lo que pretende es que el contrato exponga, de manera transparente, el funcionamiento de la cláusula, así como su conexión con las restantes cláusulas, de forma que el consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tendrá el contrato²⁵⁷.

Si bien es cierto que el concepto de transparencia debe de ampliarse- no sólo al elemento formal de redacción de la cláusula en cuestión, sino, también, al ámbito de la comprensión real por parte de consumidor de las consecuencias tanto económicas como jurídicas que tiene para él el contrato- no estamos de acuerdo en considerar, por las razones que más adelante se dirán, el control de transparencia como un control independiente al de los de incorporación y contenido, sino más bien, entendemos que debe de incorporarse en el control de inclusión.

²⁵⁷ RDGRN de 13 de septiembre de 2013 (TOL3.962.819); 22 de enero de 2015 (TOL4.742.657); 25 de septiembre de 2015 (TOL5.509.013); 9 de marzo de 2016 (TOL5.686.184); 15 de julio de 2016 (BOE núm 196, de 15 de agosto de 2016, pp. 60013-60023)

III.2. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Para abordar la presente cuestión es necesario partir del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril del Consejo de la UE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Este precepto establece que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”*

Sin embargo este artículo no fue objeto de trasposición por el legislador español²⁵⁸, lo que llevó a interpretaciones doctrinales enfrentadas acerca de si las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato pueden ser o no objeto del control de contenido.

La postura mayoritaria entiende que no es posible la fiscalización o control de contenido de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato²⁵⁹. Fundamentalmente, se considera que los pactos del contrato

²⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? Cuadernos de Derecho transnacional, Vol 5, núm. 2. 2013. p 218.

<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815/846> [consulta el 16 de agosto de 2016], señala que la falta de trasposición del artículo 4.2 de la Directiva fue debido a un error negligente en la votación parlamentaria de la LCGC que eliminó del texto legal el tenor literal del citado artículo de la Directiva. GONZALEZ PACANOWSCA, I. “Art. 7 No incorporación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), *op. cit.* p. 250 nota 48 manifiesta asimismo lo ocurrido y el error en la votación parlamentaria que impidió la trasposición del citado precepto comunitario a la legislación española.

²⁵⁹ Por todos, ALFARO AGUILA-REAL, J. *op. cit.* p.138; CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato* Thomson Reuters/Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, pp. 158-160. En contra DUQUE

sobre elementos esenciales han ido objeto de un consentimiento contractual y, por tanto, negociados, de modo que, aunque consten en condiciones generales, quedan excluidas del control de contenido²⁶⁰.

Sin embargo, la afirmación de que una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato y por tanto negociada, pueda estar incluida en una condición general, no deja de ser un tanto contradictoria, ya que chocan dos aspectos, en cierto modo enfrentados, que son, por un lado, el carácter negociado de la cláusula relativa a los elementos esenciales del contrato, en el que se supone que, al existir negociación hay, por tanto, consentimiento del consumidor; y por otro, la caracterización de la misma como condición general, cuya nota fundamental es la ausencia de negociación y en la que se daría la simple adhesión del consumidor.

En este sentido, autores como CARRASCO²⁶¹ ponen de manifiesto el contrasentido que supone firmar que una cláusula que define el objeto del contrato puede ser condición general, pero no puede ser sometida a control de abusividad o contenido, precisamente por su carácter de elemento esencial.

Entiende este autor, que es, realmente, la imposibilidad de ser sometida a control de contenido, la que permite apreciar que nos encontramos ante una cláusula negociada, en la que el consumidor ha prestado su consentimiento y no se ha limitado a adherirse sin más.

DOMÍNGUEZ, J.F., “La cláusulas abusivas en contratos de consumo” en NIETO CAROL, U. *op. cit.* pp. 485-486, en el mismo sentido CARRASCO PERERA, A. “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación” Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 7/2013. pp.174-175.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468459> [Consulta 20 de agosto de 2016].

²⁶⁰ CAMARA LAPUENTE, S. *¿De verdad puede controlarse... op. cit.* pp. 219

²⁶¹ CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 175

Como señala CAÑIZARES²⁶², estas cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato están exentas de control de contenido de acuerdo con la Directiva, siempre y cuando sean claras y transparentes, pero también, de acuerdo con la Directiva, están sujetas al control de incorporación y de transparencia.

ALFARO²⁶³ considera que los contratos celebrados al amparo de cláusulas predispuestas, son contratos completamente normales en lo que se refiere a los elementos esenciales a los que no se aplica el control de contenido sino de transparencia, y especiales o “raros”-dice el autor- en lo que se refiere a las cláusulas predispuestas que se ocupan de elementos accesorios del contrato y que sí son objeto de dicho control de contenido.

En realidad, como ya hemos dicho, parece que se propone una especie de tercer control, independiente del control de inclusión y de contenido, que es el control de transparencia, incluso algún autor ²⁶⁴ ha defendido, que el control de transparencia, basado en la LCGC, debe de aplicarse no sólo a la contratación con consumidores sino a cualquier contrato con condiciones generales, postura ésta que nos parece de lo más acertado.

Con independencia de lo anterior, hay que tener en cuenta que la excepción del control de las cláusulas abusivas del art. 4.2 de la Directiva 93/13, respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por finalidad la aplicación del principio de autonomía de la voluntad a tales elementos

²⁶² CAÑIZARES LASO, A. *op. cit.* p.80

²⁶³ ALFARO ÁGUIL-REAL, J. “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas” en SALELLES CLIMENT, J. R.; GUERRERO LEBRÓN, M.J.; FUENTES DEVESA, R (Coord.) *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2010

²⁶⁴ PLAZA PENADÉS, J. *op. cit.* pp. 11-12

dentro del ámbito de la libertad de contratación²⁶⁵, considerándose que, el derecho de la competencia y la libertad de elección entre las diferentes ofertas, protegen lo suficiente al consumidor.

Estas cuestiones han sido abordadas tanto por la jurisprudencia comunitaria como- posteriormente- por nuestro TS.

- Desde el punto de vista del TJUE, la primera sentencia que se enfrentó a estas cuestiones fue la Sentencia de 3 de junio de 2010²⁶⁶ asunto Caja Madrid /Ausbanc, la cual, en respuesta a una cuestión planteada por el Tribunal Supremo Español sobre la posibilidad de control de contenido de la cláusula de redondeo al alza, declaró no imperativa la disposición del art. 4.2 de la Directiva y consideraba que, en base a principio de armonización mínima del art. 8 de la misma, es compatible con el Derecho Comunitario, la ampliación por los Estados miembros, en su legislación, del control de contenido a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, ya que supondría un grado de protección más elevado al consumidor; por el contrario lo que no admite es una trasposición incompleta que excluya del control de contenido de los elementos esenciales del contrato en todo caso²⁶⁷.

²⁶⁵ Vid. CAMARA LAPUENTE, S. *op. cit.* p. 210-211.

²⁶⁶ STJUE, 3 DE JUNIO DE 2010, ASUNTO 484/08.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81085&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=141858>. [Consulta 22 de agosto de 2016] (ECLI:EU:C:2010:309)

²⁶⁷ La STJUE señala en su apartado 39 que: *“no puede de modo alguno deducirse de la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, que el Tribunal de Justicia considerase que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva constituía una disposición imperativa y vinculante, que los Estados miembros debían obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos.”* Por su parte los apartados 34 y 35 disponen: 34. *“Desde la misma perspectiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 75 de sus conclusiones, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva tiene únicamente por objeto establecer las modalidades y el alcance del control de contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, que describen las prestaciones esenciales de los contratos*

Sin embargo, podemos afirmar con CARBALLO²⁶⁸, que la citada STJUE no acabó con la controversia doctrinal planteada, dado que no dejaba claro el alcance del silencio del legislador español en cuanto a la trasposición del art. 4.2 de la Directiva, ya que se considera por la doctrina mayoritaria²⁶⁹ que el TJUE no es competente para interpretar el Derecho interno, y por tanto, cual es el alcance de ese silencio en dicha transposición.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que esta sentencia no se pronunció sobre la cuestión de qué debe de considerarse objeto principal del contrato y adecuación entre precio y bienes a los que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva.

Posteriormente, el TJUE tampoco ha dado criterios claros para delimitar cuando nos encontramos ante una cláusula que define el objeto principal del contrato. Encontramos en alguna sentencia alguna referencia, si bien, poco precisa al respecto. Así en las SSTJUE de 26 de febrero de 2015 y 23 de abril de 2015²⁷⁰, vienen a distinguir entre cláusulas que

celebrados entre un profesional y un consumidor”. 35. “De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2”; el apartado 40 establece: “no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.”

²⁶⁸ CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p. 114-115

²⁶⁹ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, S. *op. cit.* p. 221

²⁷⁰ STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances SA, (curia.europa.eu: ECLI:EU:C:2015:262) Fundamento 33: *Las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (véanse, en este sentido, la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 34, así como la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 49). En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de la citada disposición (sentencias Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 50, y Matei, C-143/13,*

definen el objeto principal del contrato- como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan- y cláusulas de carácter accesorio, en relación con las anteriores, y que no pueden formar parte del concepto de objeto principal del contrato.

- Desde el punto de vista de la jurisprudencia de nuestro TS, y dentro de este contexto, el problema fundamental se ha caracterizado por múltiples vaivenes y vacilaciones, sobre todo hasta la controvertida STS de 9 de mayo de 2013 que pretende, sin conseguirlo, querer dar una respuesta inequívoca a la cuestión sin que, por su parte, el legislador parezca querer ocuparse de aclarar este asunto.

En este camino jurisprudencial, como decimos, las vacilaciones han sido una constante en nuestro Tribunal Supremo, existiendo diversos pronunciamientos que pueden agruparse del siguiente modo:

- Un primer grupo de sentencias relativas a la cláusula de redondeo al alza, excluye el juego del art. 4.2 de la Directiva, y extiende el control de contenido a toda cláusula no negociada individualmente, declarando su carácter abusivo, pero sin entrar a aclarar si esas cláusulas se refieren o no a elementos esenciales del contrato²⁷¹(SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 2 de marzo de 2011);

EU:C:2015:127, apartado 54). En el mismo sentido la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România SA, (curia.europa.eu: ECLI:EU:C:2015:127) Fundamento 54.

²⁷¹ STS núm. 663/2010, de 4 de noviembre (Cendoj Roj: STS 6062/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6062); STS núm. 75/2011 (Cendoj: Roj: STS 1244/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1244).

- Un segundo grupo de sentencias²⁷², eludiendo caracterizar si las cláusulas enjuiciadas son o no relativas a elementos esenciales del contrato, ni mencionan el art. 4.2 de la Directiva y declaran su abusividad en todo caso, bien a través del principio de la transparencia (STS 17 de junio de 2010 depósitos bancarios de alta rentabilidad); o bien por aplicación de la regulación de las cláusulas abusivas (STS 13 de marzo de 2012 relativa a la imposición del aparato descodificador inserta en contrato de servicios digitales y suministro de canales de televisión);

- Por último, un tercer grupo aplica la teoría de que es perfectamente posible ejercer un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato con base a la STJUE citada, referido a las cláusulas que definen las primas y el alcance de la cobertura del contrato de seguro (STS de 1 de julio de 2010)²⁷³.

Después de todas estas vacilaciones, de un modo sorprendente, el Tribunal Supremo da un giro de 180 grados, con la STS de 18 de junio de 2012²⁷⁴ y por aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, declara la imposibilidad de someter al control de contenido las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato.

Esta sentencia supuso la implantación de los cimientos de la posterior doctrina jurisprudencial plasmada con mayor detalle, al abordar la cláusula suelo, en la STS de 9 de mayo de 2013 y otras posteriores relativas a la contratación seriada.

²⁷² STS núm. 375/2010, de 17 de junio de 2010 (Cendoj Roj: STS 4216/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4216) y STS núm. 118 /2012 (Cendoj Roj: STS 2543/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2543)

²⁷³ STS núm. 401/2010, de 1 de julio (Cendoj STS 6031/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6031)

²⁷⁴ STS núm 406/2012, de 18 de julio (CENDOJ Roj: STS 5966/2012)

- La STS de 9 de mayo de 2013: En relación con el requisito de la transparencia, esta sentencia puede ser considerada como el punto de inflexión donde se establece, con claridad, que el control de contenido no juega en relación a las cláusulas definatorias de los elementos esenciales del contrato, y declara el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, por falta de transparencia y no por ser productora de un desequilibrio entre las prestaciones²⁷⁵.

En dicha sentencia, tal y como apunta CÁMARA²⁷⁶, el TS se enfrenta al problema de aplicar el art. 4.2 de la Directiva 93/13 a las cláusulas suelo, por lo que en consecuencia, no podría controlar su contenido, el equilibrio material, pero sí su transparencia, o, por el contrario, no aplicarlo como se desprendía de la STJUE de 2010 (Caso Caja Madrid), por lo que podría entrar a realizar un control de su contenido aunque la cláusula fuera transparente.

La Sentencia de 9 de mayo de 2013, señala PLAZA²⁷⁷, marcaba un camino en el que en primer lugar había que analizar el control de incorporación, en segundo lugar, el de transparencia, y por último el de abusividad.

Del análisis de esta sentencia -en relación con el control de transparencia- podemos señalar como el Tribunal Supremo desarrolla su razonamiento en diversos tiempos:

²⁷⁵ Esta cuestión la pone de manifiesto CASTILLO MARTÍNEZ, C. *op. cit.* p. 212, al señalar que la STS “*desatiende el criterio sostenido por un destacado sector doctrinal que considera que la cláusula siempre será abusiva, << cuando no tenga una contrapartida proporcional a favor del consumidor y éste no haya podido dar un consentimiento informado es decir, la asimetría unida a la poca claridad del beneficio para el deudor>>*”

²⁷⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. *op. cit.* p.225.

²⁷⁷ PLAZA PENADÉS, J. *op. cit.* pp.3-4

- En primer lugar, se afirma por el Tribunal que, en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, otra cuestión es el grado de control al que pueden ser sometidas, sobre todo, cuando los intereses en juego que se articulan son los de un profesional o empresario y los de un consumidor²⁷⁸.

- En segundo lugar- respecto del limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato- señala la sentencia, con base a la Directiva 93/2013, que no es posible, por aplicación del art. 4.2 de la misma, llevar a cabo un control de abusividad. Y ello, sin perjuicio de que el hecho de que nos encontremos ante una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, no elimina totalmente su control, si su contenido es abusivo²⁷⁹.

- En tercer lugar, considera la Sala que, no obstante lo anterior, nada impide que, a tales cláusulas, se les someta a un doble control de transparencia, o doble filtro, que quedaría circunscrito a un primer control

²⁷⁸ En su F.D. SÉPTIMO párr. 142 señala: *En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos" .*

²⁷⁹ 191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. 192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno 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" , y el artículo 4.2 que "[L]a 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 [...]".

de incorporación de los artículos 5 y 7 LCGC, y, posteriormente, a un control referido a la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo del contrato²⁸⁰.

Como podemos observar, una de las novedades introducidas por esta sentencia, es la separación que hace, dentro de la transparencia, como un doble filtro, del juego de los artículos 5 y 7 LCGC y del artículo 80.1 TRLGCU.

En este sentido, introduce, tal y como señala CARBALLO²⁸¹, un criterio de valoración abstracto que, proyectado sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto, a decir de la propia sentencia, que el adherente conozca o pueda conocer, con sencillez, tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, o lo que es lo mismo, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica, tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Por tanto, podemos observar que, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, por un lado, el control de transparencia aparece configurado como un control propio e independiente del control de

²⁸⁰ 215. *Sentado lo anterior cabe concluir: a) Que 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. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.*

²⁸¹ CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p. 117

inclusión o incorporación y, por otro, que la aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13 a nuestro Derecho interno, queda fuera de toda duda.

De la citada doctrina, se desprende, en consecuencia, que el carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no ha de fundarse en el equilibrio objetivo de las prestaciones, sino que ha de ser un control de transparencia. Transparencia que, como señala PERTIÑEZ²⁸², no se limita a la claridad o comprensibilidad de la cláusula en sí, sino que ha de valorarse si, mediante su inclusión, la onerosidad del contrato es diferente, en perjuicio del consumidor, de la que realmente creía haber pactado.

Desde un punto de vista crítico, y pese al hito que ha supuesto la sentencia que comentamos, la misma no está exenta de claroscuros. Por un lado, puede observarse como contrasta la amplitud del argumentario con el que, en ocasiones, justifica algunos de sus razonamientos, con la parquedad con que en otras, resuelve cuestiones de gran importancia; y por otro, se observa una falta de un fundamento jurídico sobre el que se apoye el control de transparencia.

- Respecto de la primera de las cuestiones, en palabras de CARBALLO²⁸³, la sentencia omite cualquier referencia a la distinción entre cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato y cláusulas accesorias de contenido normativo, y sorprende la parquedad con que resuelve el núcleo central de su decisión, que es enlace que existe entre la falta de transparencia y abusividad de la cláusula.

²⁸² PERTIÑEZ VILCHEZ, F. "Falta de transparencia y la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario". INDRET Revista para el análisis del Derecho, núm. 3 Barcelona, 2013. p. 17.

²⁸³ CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p. 118

- Respecto a la segunda cuestión, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina²⁸⁴ que la sentencia no acierta a establecer cuál es el fundamento normativo de este control de transparencia.

En este sentido, el TS pretende encajar tal fundamento normativo, dentro del artículo 80.1 TRLGCU²⁸⁵, y lo hace de modo erróneo e incoherente, y ello por dos motivos:

- Por un lado, dicho precepto no supone un *plus* a los requisitos de transparencia en relación a los que recoge el artículo 5 LCGC, sino que son coincidentes;

- y por otro, si tenemos en cuenta que el ámbito del citado precepto es el de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, fundamentar en dicho artículo el cualificado control de transparencia de las cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato, supone dar al traste con toda la argumentación que desarrolla la misma sentencia, basada en la distinción entre cláusulas definitorias del objeto principal y el resto de cláusulas, por lo que el control de transparencia sería aplicable a todas las cláusulas del contrato convirtiendo ese *plus* de transparencia en regla general²⁸⁶.

Por tanto, como podemos ver, el control de transparencia se configura como un sistema de control independiente y autónomo del control de incorporación o inclusión, y del control de abusividad del artículo 82

²⁸⁴ Vid. PERTIÑEZ VILCHEZ, F. *op. cit.* pp. 17-18

²⁸⁵ El párr. 210 de la sentencia afirma: *Ahora bien, el artículo 80.1 TRLGCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"*

²⁸⁶ Cfr. PERTIÑEZ VILCHEZ, F. *op. cit.* pp. 17-18

TRLGDCU. Pero además, como apunta CARRASCO²⁸⁷, se configura como independiente de los controles propios del deber de información del derecho general de los contratos y, en concreto, con los defectos de error vicio del art. 1266 del CC.

En relación con el deber de información, algunos autores como PERTIÑEZ²⁸⁸, entienden que este control de transparencia, relativo al objeto principal del contrato, podría residenciarse en el art. 60 del TRLGDCU²⁸⁹, del que se deriva la posibilidad de establecer un deber de información previo a la celebración del contrato sobre los elementos esenciales del mismo, como el precio total del producto o servicio y su contraprestación.

Este autor, en base a lo anterior, llega a la conclusión de la conexión que existe entre dicho supuesto y la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia, de modo que ésta puede ser la consecuencia natural del incumplimiento del deber de

²⁸⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 173.

²⁸⁸ PERTIÑEZ VILCHEZ, F. *op. cit.* p. 18

²⁸⁹ A este respecto y por lo que aquí nos interesa, el art. 60 TRLGDCU establece que

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales...

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

información, ya que “*la defraudación sobre precio y contraprestación mediante la inclusión de condiciones generales, difícilmente puede tener carácter esencial en los términos del artículo 1266 CC y al consumidor, normalmente, no le interesará la nulidad total del contrato*”²⁹⁰.

Sin embargo, no podemos mostrarnos de acuerdo con esta postura que pretende justificar el control de transparencia en el citado artículo 60 TRLGDCU, ya que este precepto lo que regula es la obligación de informar previamente a la celebración del contrato, pero, como señala CARRASCO²⁹¹, no establece las consecuencias para el caso de contravención. Además podría plantearse la cuestión acerca de si el incumplimiento del deber de informar previamente, no influiría en una deficiente formación del consentimiento contractual, y dar lugar a un error en el consentimiento, lo suficientemente relevante, para desembocar en la nulidad total del contrato.

- La STS de 8 de septiembre de 2014²⁹²:

Tras la sentencia del 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo ha intentado perfeccionar y clarificar el control de transparencia en sentencias posteriores.

Podemos señalar que la sentencia de 8 de septiembre de 2014 elude determinados aspectos del control de transparencia de su predecesora y, a diferencia de la misma, ya no habla de un doble filtro de transparencia, sino que se centra en el denominado, por la STS de 9 de mayo de 2013, segundo filtro, es decir, el control de transparencia real o material.

²⁹⁰ Vid. PERTIÑEZ VILCHEZ, F. *op. cit.* p 18

²⁹¹ CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 179

²⁹² STS núm. 464/2014, de 8 de septiembre (CENDOJ: Roj: STS 3903/2014)

Además desaparece el posterior control de abusividad derivado de esa falta de transparencia²⁹³ y vuelve a la senda trazada por la STS de 18 de junio de 2012 que declaraba, como ya hemos señalado, que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato no puede ser declarada abusiva pero sí sometida al control de transparencia.

La STS de 8 de septiembre de 2014, consciente quizá, de los defectos de la sentencia precedente, hace un intento por precisar la fundamentación del control de transparencia, y sale al paso de posibles críticas relativas a los posibles defectos de los elementos esenciales del contrato, mediante la configuración del fenómeno de la contratación en masa como conceptualmente diferente al contrato por negociación, con regímenes y presupuestos causales diferentes.

En este sentido, se afirma en la sentencia que, el fundamento del control de transparencia en la contratación seriada, no es tanto garantizar la validez del consentimiento del adherente desde el punto de vista del error vicio, sino garantizar el cumplimiento, por el predisponente, de unos especiales deberes de configuración contractual que cumplan con el necesario equilibrio de los derechos y obligaciones y otorguen al consumidor una necesaria comprensibilidad real²⁹⁴.

²⁹³ Vid. SÁNCHEZ MARTÍN, C. “El verdadero control de transparencia de las cláusulas predisuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación jurídica” Diario La Ley de 27 de octubre de 2014. p. 3

²⁹⁴ El F.D. SEGUNDO en su apartado 5 en relación a la contratación seriada establece: *“Su calificación como propio y diferenciado modo de la contratación . En atención al contexto descrito conviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica comercial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código*

El TS, a la hora de fundamentar el control de transparencia, afirma que dicho control es ajeno al error vicio, y por tanto a la validez del consentimiento otorgado, por entender que es irrelevante para la eficacia del fenómeno de contratación seriada.²⁹⁵

Como consecuencia de lo anterior, el TS entiende que el cumplimiento del deber de transparencia se ha de verificar en la configuración de las cláusulas y en la reglamentación predispuesta y no en la verificación de un posible error en el consentimiento; valoración que requiere contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles para

Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013, como por las resoluciones más recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014).

²⁹⁵ El apartado 7º del FD 2º de la Sentencia afirma: 7. *Fundamento, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.*

que el consumidor pueda evaluar las consecuencias jurídicas y económicas que se deriven del contrato²⁹⁶.

En este contexto, señala ORDUÑA²⁹⁷, el control de transparencia tiene su nacimiento en la proyección del principio de buena fe, que actúa como presupuesto del control de eficacia de las condiciones generales de la contratación y también, como fuente de creación de determinados deberes de conducta del predisponente, entre los que se encuentran el deber de transparencia y el de comprensibilidad real.

Dentro de esta sentencia de 8 de septiembre de 2014 y dentro de la cuestión del control de transparencia referida a los elementos esenciales del contrato, existe un voto particular del Magistrado SANCHO GARGALLO en el que considera que, en los contratos de adhesión con consumidores también rige la autonomía de la voluntad respecto de los elementos esenciales del contrato, que se traduce en la posibilidad de elegir entre las

²⁹⁶ FD 2º apartado 8º de la STS. 8. *“Alcance . Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere 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 de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: “El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.*

²⁹⁷ ORDUÑA MORENO, F.J. *op. cit.* p.77

diferentes ofertas que existen en el mercado, requiriéndose, en consecuencia, que el consumidor tenga un perfecto conocimiento del precio y de la contraprestación antes de celebrar el contrato.

Considera este magistrado en su voto particular que, si por falta de transparencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, no se puede dar en el consumidor ese perfecto conocimiento antes de su celebración, falta la base para excluir el control del contenido que es la existencia del consentimiento. Por ello, el control de transparencia supone valorar si una cláusula, que afecta a esos elementos esenciales, pasa inadvertida para el consumidor, por la información proporcionada por el predisponente, y afecta a la prestación de su consentimiento.²⁹⁸

En base a los argumentos de las anteriores sentencias, podemos observar que, sin embargo, el TS no viene a determinar qué es lo que debe de hacer concretamente el predisponente para cumplir ese deber de transparencia y conseguir que las cláusulas en cuestión, pasen dicho control, con lo que la inseguridad jurídica está servida.

Podemos señalar que, a la vista de la doctrina sentada por el TS en las sentencias referidas, como apunta CARRASCO²⁹⁹, no hay forma alguna de anticipar si un contrato se verá o no afectado, en su eficacia y validez, por falta de transparencia. Ya que, como ha manifestado reiteradamente el TS, no basta el cumplimiento de la normativa sectorial sino que debe darse en el consumidor, lo que se ha denominado la comprensibilidad real³⁰⁰.

²⁹⁸ *Cfr.* Párr. 3º del voto particular del Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo a la STS de 8 de septiembre de 2014.

²⁹⁹ CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 179-180

³⁰⁰ Este término de “comprensibilidad real” ha sido criticado por algún autor como ALFARO AGUILA- REAL cuando manifiesta que “Sobre el predisponente pesará la carga

A la luz de todo lo expuesto, consideramos necesario hacer algunas precisiones de aspectos que no han resultado aclarados en la doctrina que, sobre la transparencia, ha ido desarrollando el TS.

- En primer lugar, se puede afirmar con CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO³⁰¹, que supone una contradicción considerar una cláusula incorporada al contrato y la vez, considerarla nula por falta de transparencia o información sustancial del consumidor. Esta contradicción se basaría en el hecho de que las normas que regulan la inclusión de las condiciones generales de la contratación (arts. 5 y 7 LCGC), parten de la base del conocimiento que el mismo consumidor tiene de ellas. Si no ha tenido conocimiento de las mismas, la sanción prevista es la no incorporación.

Esta teoría, aplicada al préstamo hipotecario, en el que concurren diversos factores como son: a) que existirá una oferta vinculante de la que el consumidor habrá tenido conocimiento; b) que la escritura se ha otorgado ante notario, que en principio habrá informado al consumidor; y c) que éste ha otorgado libremente el consentimiento, nos permite afirmar que difícilmente puede considerarse que existe falta de conocimiento de las condiciones referidas a los elementos esenciales del contrato, y ello, con independencia que puedan someterse al control de contenido o abusividad.

- Desde otro punto de vista, se plantea la cuestión de cómo puede verificarse que el consumidor ha comprendido lo que ha consentido. La doctrina del TS no arroja luz sobre la cuestión, por lo que quedan en tierra

de expresarse de forma comprensible para el adherente, pero no un deber de comprensibilidad.”

³⁰¹ CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E. *op. cit.* p. 180-181

de nadie los criterios que permitan determinar, de una forma segura, la existencia de esa comprensión real de lo consentido.

Todo ello, nos lleva a plantearnos, si realmente esa falta de transparencia entendida, no tanto como falta de comprensión real sino como falta de información acerca de los riesgos de la operación, puede conducir a un consentimiento viciado por error o dolo, que pueda llevar, de ser lo suficientemente relevante, no sólo a la nulidad de la cláusula en cuestión sino a la nulidad total del contrato y, en consecuencia, a la restitución de las prestaciones.³⁰²

Cierto que, como ya hemos dicho, el TS ha salido al paso de una posibilidad como la que apuntamos, considerando que el control de transparencia es algo abstracto y distinto del error vicio, centrándose no tanto en el consentimiento como en el concepto, un tanto cuestionado, de la comprensibilidad real.

Evidentemente y con independencia de que el contrato por negociación y la contratación por adhesión pueden presentar, en algunos aspectos, diferencias y características propias y específicas, entendemos que en modo alguno pueden dejarse de lado los principios fundamentales del Derecho de los Contratos.

Como hemos señalado, el contrato con condiciones generales, es un contrato normal en cuanto a sus elementos esenciales y por tanto los

³⁰² Autores como CARRASCO PEREA Y CORDERO LOBATO, *Ibid*, p.181, consideran que la omisión de información sobre los riesgos, puede llevar a un consentimiento existente pero viciado, cuestionando, no obstante, que ese error pueda ser sustancial. Consideran asimismo dudoso, sin embargo, que la nulidad del contrato por error no deba de determinar la nulidad total del contrato.

requisitos de consentimiento, objeto y causa han de estar correctamente formados y formulados con arreglo los artículos correspondientes del CC.

Esta línea de considerar la posibilidad de que nos encontremos ante un error del consentimiento, no ha sido abordada de modo detallado por la doctrina científica, salvo algunos apuntes realizados por algún autor aislado,³⁰³ y las iremos desarrollando en las siguientes líneas y en concreto a la hora de tratar la cláusula suelo.

III.3. EFECTOS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA. NULIDAD PARCIAL VERSUS NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO

A la hora de abordar la presente cuestión consideramos necesario distinguir con CAÑIZARES³⁰⁴ los siguientes aspectos relativos al control de incorporación, el de transparencia y el control de contenido:

- En primer lugar, la consecuencia de no traspasar el control de inclusión por parte de la cláusula en cuestión, es su no incorporación al contrato (arts. 5 y 7 LCGC).

³⁰³ Por todos, PÉREZ HEREZA, J. “Repaso a la Jurisprudencia sobre cláusulas suelo: Una visión crítica” en El Notario del S XXI. Núm 59, 9 de febrero de 2015. <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3963-repaso-a-la-jurisprudencia-sobre-clausulas-suelo-una-vision-critica> [Consulta 26 de agosto de 2016]; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. Y GONZALEZ CARRASCO, C. *Derecho de la Construcción y la Vivienda, Aranzadi*, 7ª edición, Pamplona, 2012. P. 626. Consideran que no hay un tercer género entre el control de incorporación y abusividad ya que no hay una exigencia autónoma de transparencia como la establecida por el TS cuyo control pueda dar lugar per se a nulidad. Estos autores consideran que cuando existe una normativa concreta en un ámbito negocial determinado que establece un standard de transparencia como ocurre con las Órdenes del 94 y hoy la de 2011, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas determina la incorporación de las cláusulas al contrato lo que implica el conocimiento del consumidor, lo que no significa que el contrato no pueda contener cláusulas abusivas o ser anulado por error.

³⁰⁴ CAÑIZARES LASO, A. *op. cit.* pp-82-82.

- En segundo lugar, la consecuencia de que una cláusula no traspase el control de contenido es su declaración de nulidad por tratarse de una cláusula abusiva.

- En tercer lugar, y aquí la cuestión se complica, es determina cuál es la consecuencia de que una cláusula que afecte a los elementos esenciales del contrato, no sea clara o no cumpla con los rigores de la transparencia, o, lo que es lo mismo, no traspase dicho control.

En relación con este último apartado, ya se ha hecho referencia, en líneas anteriores, a la doctrina sentada por el TS en las SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, que viene a entender que si bien la cláusula en cuestión, puede traspasar el control de inclusión si cumple los requisitos de transparencia formal establecidos en la normativa de condiciones generales de la contratación, no puede, sin embargo, ser sometida al control de contenido cuando la cláusula se refiera a los elementos esenciales del contrato por impedirlo la normativa comunitaria.

Por ello, para resolver la cuestión, el TS acude a lo que ha venido a llamar la comprensibilidad real o, dicho en otras palabras, a una especie de transparencia material y, en consecuencia, declara nula la cláusula pero no en base al control de contenido, sino en base a esa falta de transparencia material.

La postura del TS no queda exenta de críticas tal y como ya hemos señalado en párrafos anteriores.

Como apunta CAÑIZARES³⁰⁵, las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula deben de apreciarse desde un doble punto de

³⁰⁵ *Ibid.* p. 92

vista: a) En un primer momento hay que determinar si la falta de transparencia es, *per se*, una causa de nulidad de la cláusula que delimita o afecta a los elementos esenciales del contrato, o, por el contrario, la falta de transparencia impone que deba de acudir al control de contenido; y b) en un segundo plano, determinar las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión a efectos de la restitución de las prestaciones.

Hay que tener en cuenta que, como apunta CÁMARA³⁰⁶, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 para el objeto principal y el artículo 5 de la misma, para el resto de cláusulas no negociadas, establecen el mismo deber de redacción clara y comprensible, pero no establecen las consecuencias de su incumplimiento, al contrario que se hace respecto de las cláusulas abusivas en el artículo 6, que dispone que no vincularán al consumidor.

Ello ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales sobre las consecuencias jurídicas de la falta de transparencia.

a) Una de ellas es la que considera que la falta de transparencia supone por sí misma la abusividad de la cláusula, que es la seguida por nuestro TS;

b) otra, entiende que la falta de transparencia, por aplicación del control de inclusión, tiene como efecto la no incorporación de la cláusula al contrato, que es la seguida, entre otros, por CÁMARA³⁰⁷;

c) Por último, un sector doctrinal³⁰⁸ entiende que no se puede hurtar del control de contenido a las cláusulas que definen los elementos esenciales

³⁰⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 2014/2015, pp. 562-563

³⁰⁷ *Ibid.* p. 554

del contrato, y, dentro de esta línea, se encuentra los que consideran que, una vez no traspasado el control de transparencia, debe de someterse a la cláusula en cuestión al control de contenido y evaluar si la misma produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe³⁰⁹.

En este sentido, como ya hemos dicho, el TS, en sus sentencias, no explica ni fundamenta cuales son las consecuencias de la falta de transparencia, o mejor, en qué se basa para declarar directamente, la nulidad de la cláusula en cuestión.

En este contexto, consideramos que la cuestión oscila entre determinar si, una vez que la cláusula definitoria de los elementos esenciales del contrato no traspasa el control de transparencia, debe de aplicarse el criterio de no incorporación³¹⁰, lo que supondría incluir, en el mismo régimen a todas las cláusulas del contrato, sin distinción entre cláusulas principales y accesorias, y encontrar su fundamento en el error vicio, o, por el contrario, entender que la consecuencia no es la nulidad *per se* de la cláusula, sino su sometimiento al control de contenido.

- En este sentido, autores como CAÑIZARES³¹¹, consideran que la consecuencia de la falta de transparencia no es la declaración de nulidad de la cláusula sin más, sino que una vez declarada ésta, debe de llevarse a cabo

³⁰⁸ BALLUGUERA GÓMEZ, C. “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente” Diario La Ley, 4 de julio de 2016 [Consulta 19 de agosto de 2016]

³⁰⁹ CAÑIZARES LASO, A. *op. cit.* p. 94

³¹⁰ CORDERO LOBATO, E. “Sentencia de 9 de octubre de 2013. El control de transparencia de las cláusulas suelo”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 94, 2014, pp. 565-583

³¹¹ CAÑIZARES LASO, A. *op. cit.* p. 94

un control de contenido de la misma y sólo, en caso de no traspasarlo, nos encontraríamos ante una cláusula nula.

Esta autora entiende que la teoría³¹² que establece la conexión entre falta de transparencia y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, como ocurre con la cláusula suelo, y que supone una alteración de la onerosidad para el consumidor, si bien puede ser correcta para dicha cláusula, no puede generalizarse para otras cláusulas, ya que el control de contenido, al que debe de ser sometida la cláusula que no traspasa el control de transparencia, supone un “*análisis bajo los parámetros de la buena fe y el desequilibrio de derechos y obligaciones que quizá no toda falta de transparencia provoque*”, proponiendo, por tanto, una evaluación plena y en función de las circunstancias concurrentes.

- Por su parte, CÁMARA³¹³ que, como ya hemos comentado, sitúa el control de transparencia dentro del control de incorporación, considera que la falta de transparencia, a falta de una norma expresa tanto comunitaria como interna de Derecho positivo, tiene como consecuencia que la cláusula no supere el control de incorporación y se tiene por no puesta en el contrato, no debiendo de acudir a valoraciones de abusividad.

Los argumentos en los que se basa este autor, en nuestra opinión, bastante sólidos, son:

a) En primer lugar, que el carácter abusivo directo de una cláusula no viene establecido ni por la Directiva, ni por la interpretación que, hasta el momento, ha hecho de la transparencia el TJUE;

³¹² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *op. cit.* p. 22

³¹³ CÁMARA LAPUENTE, S. *op. cit.* p.606

b) En segundo lugar, partiendo del esquema de control de inclusión y del control de contenido, diseñado por la normativa referida a las condiciones generales, para alcanzar el resultado de expulsar del contrato a la cláusula no transparente, es más sencillo y coherente con dicho esquema, acudir al control de incorporación;

c) En tercer lugar, si se quisiera conectar falta de transparencia y abusividad, es necesario demostrar el desequilibrio que se produce y tener en cuenta los factores que menciona el art. 4.1 de la Directiva³¹⁴;

d) Por último, y no por ello menos importante, optar por el control de incorporación, permite extender esta posibilidad a contratos de adhesión celebrados entre profesionales, sin vulnerar el régimen de las cláusulas abusivas aplicable sólo a contratos en que interviene un consumidor.

Por nuestra parte, nos inclinamos por esta teoría, por entender que la única forma de poder expulsar del contrato a la cláusula no transparente que define el objeto o los elementos esenciales del mismo, es conectando la falta de transparencia, tanto formal como material, con el control de inclusión.

Si por norma, las cláusulas referidas a esos elementos esenciales, no pueden ser objeto de control de abusividad, si se considera que la falta de transparencia produce *per se* la nulidad de la cláusula, el objeto principal del contrato podría verse afectado de tal manera, que se impondría, como consecuencia necesaria, la nulidad total del contrato por vicio-error del consentimiento del adherente, con la consiguiente y obligada restitución de

³¹⁴ Los factores que menciona el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 son: “*la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*”.

las prestaciones y las importantes y desmesuradas consecuencias que ello produciría.

Hemos de tener en cuenta que, sin perjuicio de que existan diferencias y especialidades entre la contratación por negociación y la contratación seriada, lo cierto es que no puede ignorarse, como hemos dicho, que los principios generales del Derecho de los Contratos, entre los que se encuentran los elementos esenciales que todo contrato debe reunir, esto es, consentimiento, objeto y causa, deben aplicarse a todo contrato, sea este por negociación o por adhesión.

Por ello, consideramos esencial la forma en que se determine si una cláusula afecta a un elemento esencial del contrato, porque de ello dependerá el tipo de control al que debe someterse.

Dentro de esta argumentación, hay que tener en cuenta que, como apunta CÁMARA³¹⁵, hasta la fecha el TJUE no ha dicho, de modo expreso, que la sanción a una cláusula no transparente, sea directamente su consideración de cláusula abusiva, sino que “*podrá ser declarada abusiva*”, entendida esta última apreciación en el sentido de que habrá que llevar a cabo un juicio de ponderación y por tanto, no se debe identificar transparencia con abusividad.

De acuerdo con ello, podemos destacar varias afirmaciones efectuadas en tiempos recientes por el TJUE, en primer lugar, el alcance de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales establecido en los artículos 4.2 (cláusulas relativas al objeto principal del contrato) y el

³¹⁵ CAMARA LAPUENTE, S. *op. cit.* p. 592

artículo 5 (resto de cláusulas no negociadas) es el mismo³¹⁶, de lo que se puede extraer que no hay dos controles diferenciados de transparencia, sino uno para todo tipo de cláusula no negociada³¹⁷.

En segundo lugar, es doctrina constante del TJUE, que el artículo 4.2 establece una excepción al control de contenido de las cláusulas abusivas cuando la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato³¹⁸.

En tercer lugar, el TJUE tiene declarado, en cuanto a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, que pueden ser objeto de apreciación de su carácter abusivo si no han sido redactadas de forma clara

³¹⁶ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai y OTP Jelzálogbank Zrt, (Curia.europa.eu: ECLI:EU:C:2014:282). En sus fundamentos 67 a 69 establece: 67. *Se ha de constatar que esa misma exigencia figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas «siempre» de forma clara y comprensible. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 puntualiza en ese sentido que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato. 68. De ello se sigue que esa exigencia de redacción clara y comprensible se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva. 69 De ello resulta también que esta exigencia, tal como se enuncia en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de esta Directiva. 70. Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 44).*

En idéntico sentido la STJUE de 26 de febrero de 2015. Asunto C-143/13, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei Y SC Volksbank România SA, en su fundamento 73.

³¹⁷ Vid. CÁMARA, *op. cit.* p. 592

³¹⁸ STJUE de 26 de abril de 2015. Asunto C-96-14 Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances SA, El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, toda vez que la citada disposición establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13, dicha disposición debe ser objeto de interpretación estricta (véanse las sentencias Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 42, y Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 49).

y comprensible, de lo que se desprende claramente, que el Tribunal no conecta falta de transparencia con declaración directa de abusividad, sino que, si la cláusula no es transparente, se impone un control de contenido o abusividad.

A modo de conclusión, de lo expuesto, se puede afirmar que en modo alguno es aceptable la consideración de la transparencia como un tercer género de control que implique, sin más, la nulidad directa de la cláusula que afecte a los elementos esenciales del contrato, sino que por el contrario, o bien habrá que acudir al control de inclusión, aplicándose el mismo régimen para todo tipo de cláusula no negociada, con independencia de que afecte o no al objeto principal del contrato o, como tímidamente parece desprenderse de las recientes sentencias del TJUE, cuando la cláusula relativa al objeto principal del contrato no sea transparente habrá de pasar el filtro de la abusividad.

Esta última interpretación, a nuestro entender, no aporta una solución satisfactoria, porque deja sin respuesta diversos interrogantes como ¿qué ocurriría si una cláusula que afecta a un elemento esencial del contrato, no es transparente pero, posteriormente, sometida al control de abusividad resulta que lo supera, es decir, que no es abusiva?, ¿esa falta de transparencia, no sólo gramatical sino también material, que impide al consumidor comprender las verdaderas implicaciones jurídicas y económicas que supone para él el contrato, no tendría efecto alguno y, por tanto, se mantendría?; ¿no se estaría perjudicando los derechos del consumidor que son los que efectivamente se quieren proteger?

Es por ello, que, a efectos de evitar problemas de falta seguridad jurídica, entendemos más conveniente, el someter las cláusulas que definen

los elementos esenciales del contrato al control de inclusión, con el mismo alcance que prevé el artículo 5 de la Directiva para el resto de cláusulas no negociadas, de modo que si una cláusula no es transparente no se incorpore al contrato, con lo que se consigue expulsar dicha cláusula del negocio protegiendo los derechos del consumidor y la transparencia tanto formal como material.

CAPÍTULO IV. LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN A LA VARIABILIDAD A LA BAJA DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON INTERÉS VARIABLE (CLÁUSULA SUELO)

IV.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Los préstamos hipotecarios concedidos en su mayoría por las Entidades Financiera, son préstamos onerosos en los que el deudor, además de obligarse a devolver el principal recibido, resulta obligado a pagar los intereses pactados.

La retribución del capital es el interés, que se calcula aplicando sobre el principal, el tipo de interés pactado en función del tiempo de duración del contrato. El tipo de interés puede ser fijo o constante durante toda la vida del préstamo, o variable en el caso contrario.

Cuando se pacta un interés variable, el tipo de interés a pagar por el prestatario fluctúa a lo largo del tiempo de duración del préstamo y es el resultado, por lo general, de la suma de dos elementos, por un lado, el tipo de interés o índice de referencia que varía en el tiempo, y por otro, un porcentaje o diferencial que se suma al primero.

En este sentido, tal y como apunta NIETO³¹⁹ la normativa de transparencia de préstamos hipotecarios se ha ocupado siempre de la cuestión de los intereses variables y a ello haremos referencia en apartados posteriores.

³¹⁹ NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*. Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 392

Hay que tener presente que, en España, la gran mayoría de préstamos hipotecarios son a interés variable³²⁰, y el cliente está sujeto a la incertidumbre derivada de la evolución de los tipos de interés, al desconocer cuál será el importe de las cuotas a pagar en cada uno de los periodos de revisión del préstamo.

IV.1.1. ANTECEDENTES

En el año 2003, como apunta LÓPEZ JIMÉNEZ³²¹ la preocupación del legislador y de los deudores se centraba en lo elevado de los tipos de interés y las consecuencias que esto tenía en los prestatarios, lo que suponía que cada subida del tipo de interés, implicaba un incremento de la cuota del préstamo en beneficio del prestamista.

En este escenario de escalada, la subida de los tipos de interés se trató de neutralizar, a través de la oferta, por las entidades, de la contratación por los prestatarios de instrumentos financieros, calificados de complejos, como *los swaps, los caps, los floors y los collars*.

El origen de la cláusula suelo y su correlativa, la cláusula techo, se encuentra en los contratos de derivados, llamados *caps y floors*, los cuales,

³²⁰ BANCO DE ESPAÑA, “Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios”, BOCG, Senado, Serie I, 7 de mayo de 2010, núm. 457 pp. 12-13. Establece que el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria son a interés variable y sólo el 3,2 % del saldo vivo a 31 de diciembre de 2009 corresponde a financiación a tipo fijo que en el caso de las familias se reduce a un 2,1%. Por su parte el INE <http://www.ine.es/daco/daco42/daco426/h0616.pdf> [consulta 18 de septiembre de 2016] establece en la nota de prensa de 31 de agosto de 2016 que el 76,6 % de las hipotecas constituidas en junio de 2016 son interés variable

³²¹ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. *op cit.* pp.53-54

junto con los *collars*, son opciones sobre los tipos de interés que se utilizan para la cobertura de riesgos asociados a los intereses variables.³²²

Así, los *caps* son un acuerdo entre las partes, mediante el cual el prestatario se asegura el tipo máximo de interés que se le aplicará a su préstamo a cambio del pago de una prima; los *floors*, por su parte, son la contrapartida de los anteriores, el comprador se asegura la rentabilidad mínima de un depósito, a cambio de una prima; por último, los denominados *collars* son un híbrido de los dos anteriores, en los que se establece un límite superior e inferior frente a las variaciones de los tipos de interés, siendo la prima que corresponde pagar por un *collar* la diferencia entre las primas del *cap* y del *floor*.

Sin embargo, a partir del año 2007, dentro de un escenario en el que, como ya hemos dicho, la mayoría de los préstamos hipotecarios en España eran a interés variable, al invertirse la tendencia y producirse un contexto de bajada de los tipos de interés, la situación comenzaba a inquietar a las entidades bancarias, y fue a partir de entonces cuando la cláusula suelo, contemplada en nuestra normativa desde 1994, comenzó a incluirse en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, o, estando ya incorporada, fue cuando comenzó a aplicarse.

En este momento, cuando los prestatarios constataron que, a pesar de la bajada del Euribor, no podían beneficiarse de la misma y pagaban una

³²² LÓPEZ MARTÍN, M.C.; MONTERO ROMERO, T. “Elementos para una propuesta de cláusulas techo y suelo sin conflicto de intereses” en MIRANDA SERRANO, L., *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*. Ed. Iustel. Madrid, 2015, pp 317-318.

cuota superior a la que les correspondería, es cuando se empezaron a alzar las primeras voces cuestionando la posible abusividad de la cláusula.

En este contexto, el Senado, en fecha de 23 de septiembre de 2009, aprueba una moción por la que se insta al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas de determinadas Entidades en relación con los préstamos hipotecarios, y a solicitar del Banco de España la emisión de un informe en relación, entre otras cuestiones, a: a) la existencia de cláusulas que limiten los derechos del consumidor, b) determinen la falta de reciprocidad, c) sean desproporcionadas.³²³

Merece destacar, en relación a la cláusula suelo, que el informe del Banco de España³²⁴, considera que la catalogación de la misma como abusiva, presenta dificultades en nuestro actual marco legal, ya que considera que, al ser la obligación esencial del prestatario la restitución del capital prestado junto con los intereses pactados -que son el precio del dinero que se presta- éstos se integran dentro del núcleo esencial del contrato.

Consecuencia de ello, por aplicación de la Normativa Comunitaria, el Banco de España, en su informe, entiende que estas cláusulas no son susceptibles de ser catalogadas de abusivas, ya que el legislador considera que, respecto de ellas, debe de jugar la libre autonomía de la voluntad de las partes y las reglas del mercado.

Es decir, los prestatarios han consentido tales cláusulas y sólo, si la parte entiende que ha sufrido algún vicio en el consentimiento, como el error, podrá acudir a los tribunales.

³²³ *Vid.* Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010. Este informe se emite a solicitud de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 26 de enero de 2010

³²⁴ Informe Banco de España, *ibid.* p. 14

IV.1.2. CONCEPTO

La cláusula de limitación a la baja de los tipos de interés, o cláusula suelo, es aquella que, sin fijar de modo directo el precio (tipo de interés remuneratorio) de un préstamo, lo fija de un modo indirecto, al establecer el nivel hasta el que una eventual bajada del índice de referencia pactado, puede tener efectos en el desarrollo del contrato³²⁵.

Por tanto, de acuerdo con ello, podemos observar, que, en ocasiones, se incorporan en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable, determinadas cláusulas que establecen un límite mínimo por debajo del cual, a pesar de las variaciones a la baja del tipo de interés aplicable, éste no se puede traspasar.

De este modo, lo que se produce, en el caso de que el tipo de referencia baje, es una desactivación de la variabilidad establecida en el contrato, convirtiendo, en ese eventual escenario, al préstamo, como un contrato de interés fijo³²⁶.

A este límite mínimo se le conoce con el nombre de cláusula suelo y su fundamento no es otro que garantizar, en beneficio de la entidad prestamista, un interés o retribución mínima para garantizar la razonabilidad económica y sistemática³²⁷, es decir, la sostenibilidad de los

³²⁵ SOLER SOLÉ, G.; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I e IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* p. 157

³²⁶ *Cfr. Ibid.* p. 157

³²⁷ YÉBENES CALVO, E. Y ZMORANO MOYNO, M. “El problema de la cláusula suelo” en MIRANDA SERRANO, L., *op. cit.*, pp 455.

costes del capital y los relativos a gastos de estructura, obteniendo una compensación mínima para producir y mantener el crédito³²⁸.

Como aparente contrapeso, la cláusula suelo podía venir acompañada de un límite máximo con el que se pretende proteger al consumidor, de modo que si el índice de referencia subía, el tipo de interés aplicable al préstamo no podría rebasar dicho límite máximo, es la denominada cláusula techo.

Aunque, como decíamos, el origen de la cláusula suelo y techo se sitúa en los contratos de cobertura del riesgo del interés variable *-caps, floors y collars-*, existen diferencias entre ambas figuras, ya que las cláusulas suelo y techo no se incluyen en un contrato de opciones independiente del contrato de préstamo hipotecario, sino que se tratan de un acuerdo inserto en el mismo, en el que ninguna de las partes paga a la otra una prima o un precio, para obtener la protección frente a la variación de los tipos de interés.

IV.1.3. REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO Y SU LICITUD³²⁹

Hay que poner de manifiesto que la regulación de la cláusula suelo ha sido incluida, fundamentalmente, en la normativa sectorial sobre transparencia bancaria, si bien existen otras normas de rango legal y comunitarias que se hacen eco de la posible existencia de las cláusulas limitativas de los tipos de interés.

³²⁸ LÓPEZ MARTÍN, M.C.; MONTERO ROMERO, T. “Elementos para una propuesta de cláusulas techo y suelo sin conflicto de intereses” en MIRANDA SERRANO, L., *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*. Ed. Iustel. Madrid, 2015, p 318.

³²⁹ Sin perjuicio de que ya se ha hecho referencia a esta normativa en el apartado correspondiente a la normativa de protección al consumidor, nos centraremos, en este apartado a analizar las normas concretas referidas a la cláusula estudiada.

IV.1.3.1. LA ORDEN MINISTERIAL DE 5 DE MAYO DE 1994

La existencia de la cláusula suelo, como ya hemos manifestado en otros apartados del presente trabajo, viene contemplada, en nuestro Ordenamiento jurídico, desde la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su Anexo II, apartado 3 de la cláusula 3 *bis*.³³⁰

Por su parte, el art. 7.3.2. c), en relación al acto de otorgamiento, imponía al notario autorizante de la escritura, la obligación de advertir expresamente al prestatario de la existencia de cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés³³¹.

De acuerdo con ello, se impone, con carácter imperativo, la necesidad de hacer constar, expresamente, en el contrato de préstamo hipotecario, la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés, y como elemento añadido, se imponía, al notario autorizante, el deber de advertir de su existencia, al consumidor, de forma expresa, en el momento de la firma del contrato.

³³⁰ El apartado 3º de la cláusula 3 bis de la OM de 5 de mayo de 1994 señalaba: 3. *Límites a la variación del tipo de interés aplicable.-Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:*

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.

Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

³³¹ Art. 7. 3. *En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario: 2. En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.*

Por tanto, de estas cláusulas, el prestatario podía tener conocimiento en varias ocasiones antes de suscribir el contrato, por un lado, a través de la oferta vinculante que, con arreglo al art. 5 de la OM, la entidad estaba obligada a entregarle, y donde debía de figurar, asimismo, la existencia de tales cláusulas; por otro, a través de la posibilidad de examinar en la propia notaría, en los tres días antes a la firma de la escritura, el proyecto de escritura del préstamo (art. 7.2 OM), y por último, a través de la información que el notario debía de proporcionar en el acto de otorgamiento.

En este sentido, el informe del Banco de España³³² considera que, en el marco de esta normativa, las cláusulas suelo y techo, son válidas siempre que resulten de un acuerdo entre las partes y, expresamente, se reflejen en el contrato, conforme a lo requerido por la OM, considerando que no cabe entrar a analizar el eventual carácter abusivo de las mismas, al referirse al objeto principal del contrato.

IV.1.3.2. ORDEN EHA/2889/2011, DE 28 DE OCTUBRE

El control establecido, en relación a la transparencia, en la presente Orden es superior al anterior. Como ya hemos señalado en otros apartados, esta Orden impone la obligación, por parte de las entidades, de poner a disposición de los clientes la Ficha de Información precontractual (FIPRE) y la Ficha de información personalizada (FIPER).

En este sentido, en el Anexo I de la Orden se establece la obligación de especificar, de forma destacada, en la FIPRE, la existencia de límites a la baja o al alza del tipo de interés variable (cláusula suelo y techo).

³³² BANCO DE ESPAÑA, *op. cit.* p. 15

De acuerdo con ello, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos³³³, que viene a desarrollar la Orden de 2011, declara, en el Anejo 3, aptdo. 1.4.1.c), la necesidad de resaltar, en la FIPRE, la existencia de los límites a las variaciones del tipo de interés.

Por su parte, en el Anexo II de la Orden, en relación a la FIPER, se establece en el apartado B, referido a las instrucciones para cumplimentarla, en varias de sus secciones, las especificaciones que deben de hacer en relación a los intereses variables limitados, así:³³⁴

1º.- En la Sección 2º -referida a “*las características principales del préstamo*”- se establece que debe de indicarse si el tipo de interés es variable limitado, la periodicidad de las revisiones y fórmulas para ello, y, de forma destacada, la existencia de límites a la baja y al alza;

2º.- En la Sección 3ª -referida al “*Tipo de interés*”- impone la obligación de especificar, asimismo, de forma destacada, los límites a la variación del tipo de interés tanto al alza como a la baja. En el mismo sentido se expresa la Circular del Banco de España en el apartado 1.4.2 del Anejo 3, imponiendo la obligación de resaltar esta circunstancia.

³³³ Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012, pp. 48855 a 48906.

Anejo 3 aptdo. 1.4.1. c): Cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, se resaltarán estas circunstancias,

³³⁴ Cfr. Orden EHA/2889/2011

3º.- En la Sección 5ª -referida al “importe de cada cuota hipotecaria”- se establece la obligación, cuando el tipo de interés sea variable o variable limitado, de incluir ejemplos numéricos sobre el modo en que dicha variación puede afectar a las cuotas. Y, en concreto, el importe de la cuota que resultaría de aplicar los límites al alza o a la baja que se establecieran en el préstamo.

La Circular del Banco de España, señala que deben de expresarse las cuotas hipotecarias, calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés, cuando en el préstamo se hay pactado un interés variable o variable limitado.

Por lo demás, en el artículo 25 de la Orden, se hace referencia a la información adicional en relación a las cláusulas suelo y techo, al disponer que “*en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.*”

Por último, el artículo 30 de la Orden se refiere al acto de otorgamiento, y, en su apartado 3, se establece, para los notarios, la obligación de informar al cliente del alcance y valor de las obligaciones que asume, y en concreto, el deber de advertirle, expresamente, de la existencia de cláusulas suelo y techo, los efectos de las mismas, las diferencias entre ambos límites y si se ha establecido únicamente la cláusula suelo.³³⁵

³³⁵ El artículo 30.3.b. 3.º establece la obligación de los notarios de advertir expresamente el cliente : *Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia. ii)*

IV.1.3.3. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS.- LA EXPRESIÓN MANUSCRITA

IV.1.3.3.1. La exigencia de la expresión manuscrita del prestatario en la escritura

El artículo 6 de la Ley 1/2013 bajo la rúbrica, "*Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios*", ha venido añadir un *plus* a toda la normativa sobre transparencia a la que hemos hecho referencia.

De acuerdo con ello, el citado artículo³³⁶ establece que cuando el deudor sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda o se refiera a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, debe de hacerse constar, en la escritura pública, junto a la firma del deudor, una expresión manuscrita del mismo, en los términos que fije el Banco de España, por la que

Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

³³⁶ Artículo 6 de la ley 1/2013, de 14 de mayo: Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios.

1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos 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 concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;

c) que se concedan en una o varias divisas.

manifieste que ha sido debidamente informado de los riesgos que puedan derivarse del contrato, cuando, entre otras circunstancias, se estipulen limitaciones a la variación del tipo de interés del tipo cláusula suelo o techo, y en los que el límite a la baja, sea inferior que el límite al alza.³³⁷

Son muchas las voces críticas que se han alzado en relación a la necesidad de constancia de la citada exigencia. En nuestra opinión, que ya adelantábamos en otros apartados, parece que, para el legislador, en un intento, un tanto excesivo y quizá demasiado paternalista, de proteger a los consumidores, no es suficiente toda la normativa sectorial relativa a la transparencia, y a la labor preventiva que, sobre el control de legalidad, tienen atribuida la función notarial.

Con ello, se pretende dar un paso más para reforzar dicha protección, sin caer en la cuenta que, en muchísimas ocasiones, el deudor copiará lo que le pongan delante sin entender lo que ha escrito, ya que en la mayor parte de los casos lo que el deudor pretende, una vez que va a firmar la escritura, es obtener el préstamo y la vivienda que quiere adquirir con el mismo. Y, a la hora de plantear una reclamación, se sustituirá, como bien apunta NIETO³³⁸, la expresión de “*el notario no me lo leyó*” por la de “*el notario me hizo copiar un texto que no entendí*”.

³³⁷ La Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario publicada por el Banco de España, establece en su Anejo IX, los términos de la expresión manuscrita que debe de figurar en la escritura del siguiente modo en lo referente a las cláusulas suelo y techo: *Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario: ii(i) establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés;... Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que: a) el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]...*

³³⁸ NIETO CAROL, U. *op. cit.* p.409

Otros de los problemas que deja sin solución esta obligatoriedad, como apunta PIZARRO³³⁹, es qué ocurre respecto de las escrituras que se firmaron en el pasado; y, por otro lado, si la expresión manuscrita es o no certeza de garantía, una vez llegada a conocimiento judicial, de que se valide hasta el punto de considerarla apta para que no se produzca un vicio en el consentimiento del prestatario.

Se ha querido justificar, la necesidad de la expresión manuscrita, en que, mediante ella, el consumidor constata personalmente que conoce determinados aspectos de ciertas cláusulas del préstamo. Que es un acto de comprensión, de conocimiento, de las mismas³⁴⁰.

Sin embargo, la cuestión fundamental que debemos plantearnos, es si realmente era necesario incluir una norma como la que estamos estudiando, cuando existen unos requisitos detalladísimos sobre transparencia e información, minuciosamente establecidos en la normativa sectorial, y, una intervención notarial, cuya obligación es la de velar porque el deudor conozca las consecuencias de aquello que está consintiendo.

Algunos autores³⁴¹, consideran, en base a la rúbrica del artículo 6 de la Ley 1/2013, que habla de “comercialización de préstamos hipotecarios”, que, la expresión manuscrita, debería de haberse incluido dentro del proceso precontractual, con la entrega de la FIPRE y la FIPER, dado que la

³³⁹ PIZARRO MORENO, E. “La expresión manuscrita en las cláusulas hipotecarias como símbolo de modernidad” en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. Y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (Dir.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 884

³⁴⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “La cláusula de renuncia a la expresión manuscrita (a propósito de la RDGRN de 12 de marzo de 2015)” en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (Dir.) *ibid.* p. 244

³⁴¹ LLOPIS, J.C. “La expresión manuscrita del artículo 6 de la ley 1/2013”, 19 de junio de 2014. <http://www.notariallopis.es/blog/i/114/73/la-expresion-manuscrita-del-articulo-6-de-la-ley-1-2013-ii>. [Consulta: 19 septiembre 2016]

comercialización es lo que hace la entidad financiera, no lo que se hace en la notaría.

Además, en este caso, la intervención notarial es meramente formal, al limitarse a incorporar en la matriz un folio redactado por el prestatario. El artículo no menciona que deba de escribirse en la propia notaría, en presencia del notario, y que éste deba de preguntar al consumidor si ha entendido lo que ha escrito.

Por su parte, la Dirección General de Registros y Notariado, se ha pronunciado, tímidamente, sobre la necesidad o no de la exigencia de la expresión manuscrita, y decimos tímidamente, porque si bien, en una interpretación literal del artículo 6 de la Ley 1/2013, exige que figure dicha formalidad en la escritura, ha venido a afirmar que, el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia y la labor de información que el notario debe de realizar, a fin de que el prestatario conozca y comprenda el alcance de las cláusulas en cuestión, deberían, *de lege ferenda*, ser suficientes³⁴².

Por otra parte, hay que poner de manifiesto que la norma no aporta solución a otras cuestiones de índole práctica, como son, que el prestatario

³⁴² RDGRN DE 12 DE MARZO DE 2015, BOE núm. 85, de 9 de abril de 2015, afirma: “...si se trata de que el cliente pueda apreciar claramente que el tipo de interés variable tiene un mínimo y conocer los riesgos que dicha circunstancia comporta, el cumplimiento de la normativa sectorial vigente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) y de la legislación notarial debe ser, «prima facie», considerado suficiente.”... “Ciertamente este deber de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias impuestas por la regulación sectorial; de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor puede evaluar directamente, basándose en criterios comprensibles, de las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predisuestas. Si bien, de «lege ferenda», ello debiera ser suficiente, sin embargo, la literalidad del artículo 6 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, de rango superior y posterior a la Orden EHA/2899/2011, se manifiesta en términos imperativos, «se exigirá» dice el precepto, por lo que esta Dirección General debe desestimar el recurso interpuesto”.

no sepa o no pueda escribir, desconozca el idioma español, o incluso, que no comprenda lo que está copiando. ¿Podría plantearse, en estos casos, que no ha prestado un consentimiento válido?; ¿cómo podría suplirse esa circunstancia en la escritura, si se considera, como tiene que ser, que la declaración manuscrita debe de ser personal?

IV.1.3.3.2. Renuncia a la expresión manuscrita

Otra de las cuestiones que se ha planteado, es la posibilidad de que el prestatario, por las razones que sea, renuncie a plasmar, en la escritura, la expresión manuscrita a la que hace referencia el art. 6 de la Ley 1/2013.

En principio, la renuncia a derechos, en el ámbito del Derecho patrimonial, es posible siempre que, con arreglo al artículo 6.2 del CC, no contradiga el interés o el orden público, ni perjudiquen a tercero.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho de consumo, esta renuncia está más restringida, el art. 10 TRLGCU viene a establecer que, cuando se trata de renuncia previa del consumidor a los derechos que la ley le reconoce, dicha renuncia se sanciona con la nulidad de pleno derecho.

Es por ello, que la renuncia, aun justificada, a la expresión manuscrita, se ha considerado nula por parte de la doctrina³⁴³ al entenderla contraria al art. 6.1 de la Ley 1/2013, que tiene carácter imperativo, y ello en base al art. 6.3 CC. Línea mantenida, también, por la RDGRN de 12 de marzo de 2015³⁴⁴.

³⁴³ Por todos, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. *op. cit.* pp. 249-250

³⁴⁴ El caso resuelto por la Resolución se refiere a un supuesto en que los prestatarios renuncian a redactar el texto manuscrito, por considerarse suficientemente informados dada su formación y capacidad y así se hace constar en la escritura. El registrador deniega la inscripción y la Dirección general l considerar el carácter imperativo del art. 6.1 de la

IV.1.3.3.3. Constancia de expresión manuscrita cuando se establece, no la cláusula suelo, sino la cláusula cero

Por último, y para terminar con este apartado, hay que tener presente que, debido al revuelo que ha ocasionado en los últimos años, el gran número de sentencias que se están dictando, en relación a la cláusula suelo, muchas entidades bancarias han optado por incluir en los préstamos hipotecarios la que se ha denominado “cláusula cero”.

En virtud de esta cláusula, lo que se establece es que, en el supuesto de que a la fecha de revisión del tipo de interés aplicable al préstamo, el tipo de referencia sea inferior a cero, en ningún caso se devengarán intereses a favor del prestatario.

Esto, en principio, es lógico, ya que la propia naturaleza del préstamo impide calificarlo como un contrato aleatorio, lo que ocurriría si el prestamista en algún momento debiera de pagar intereses al prestatario. Además, el contrato de préstamo, si conlleva intereses, es considerado, unánimemente, como oneroso para el prestatario, y ello, en base a la regulación del préstamo tanto en el CC (arts. 1754, 1755 y 1756), como en el CCo (arts. 312 y 314).

Efectivamente, si se llegara a un punto en que es el prestamista el que debe de pagar intereses al prestatario, se estaría ante una figura contractual diferente a la del préstamo.

Ley 1/2013 desestima el recurso presentado por el notario, confirmando la calificación registral

En este contexto, la cuestión que se plantea, y que ha ido resuelta por la RDGRN de 15 de julio de 2016³⁴⁵, es si, en estos casos en los que se establece una cláusula cero, es necesario plasmar, en la escritura, la expresión manuscrita a la que hace referencia el art. 6 de la Ley 1/2013.

La DGRN se decanta por la respuesta afirmativa, debe de exigirse la expresión manuscrita en estos casos, ya que entiende que, a efectos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013, es irrelevante que la concurrencia de intereses negativos durante un determinado periodo del préstamo, altere la naturaleza del mismo, considerando, en consecuencia, que la exigencia del citado artículo debe de aplicarse siempre.

Considera el Centro Directivo que, a pesar de que la cláusula cero, no sea propiamente dicha una cláusula suelo, el principio general de interpretación *pro consumidor*, conduce a su asimilación, ya que dicho artículo y sus concordantes, no tienen como ámbito estricto las cláusulas suelo, sino todas aquellas que, de algún modo, limiten la variabilidad de los tipos de interés. Y es por ello, por lo que aplica la exigencia de la expresión manuscrita, aun cuando se trate de una cláusula cero.

³⁴⁵ RDGRN DE 15 de julio de 2016, BOE núm. 196 de 15 de agosto de 2016, pp. 60013-60023

*IV.1.3.4. LA DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL.*³⁴⁶

Como apunta NIETO³⁴⁷, el equivalente a nuestra Ficha de Información Personalizada es la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que recoge la Directiva en su Anexo II.

En el apartado “B” de dicho Anexo, bajo la rúbrica de “*Instrucciones para cumplimentar la FEIN*”, se recogen, en diversos puntos, las referencias a las limitaciones a la variación de los tipos de interés.

Así, en la Sección 3ª bajo el epígrafe de “*Características principales del préstamo*” señala en el punto 6º que, en dicho apartado, se expresará el tipo de interés, si es fijo o variable, y, entre otros elementos, la existencia de limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, en máximos o mínimos³⁴⁸.

³⁴⁶ Esta Directiva, no ha sido, todavía, objeto de trasposición en nuestro Derecho interno. Existe, no obstante, un Anteproyecto de Ley del Ministerio de Economía y Competitividad, que prevé dicha trasposición “*Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*”, cuyo Capítulo II se rubrica “*Normas de Transparencia*” y en el que se establecen diversos deberes a cargo de los prestamistas, facultando al Ministerio para dictar las disposiciones necesarias relativas a la información precontractual que debe de prestarse a los consumidores, para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los préstamos. Entre tales las relativas a “*La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.*”. Por su parte, en la Sección 3ª del citado Capítulo, en el art. 12.3 se establece : “*En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad, los notarios denegarán la autorización del préstamo inmobiliario cuando el mismo no cumpla lo dispuesto en esta ley y en sus normas de desarrollo, que tendrán carácter imperativo y no disponible para las partes contratantes, salvo que expresamente la norma establezca lo contrario.*” <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/sleg7880.pdf>. [Consulta 15 septiembre de 2016]

³⁴⁷ NIETO CAROL, U. *op. cit.* p 410

³⁴⁸ Cfr. Directiva 2014/17/UE, Anexo II apartado B, Sección 3ª punto 6º

Por su parte, en la Sección 4ª, bajo el epígrafe “*Tipos de interés y otros gastos*”, en el punto 2º, párr. 2º b), se establece que deberán determinarse, si el tipo de interés es variable, y, si procede, los límites aplicables al alza y a la baja.³⁴⁹

*IV.1.3.5. LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE LA CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL*³⁵⁰

En relación a la cláusula suelo, hemos de destacar como el artículo 2 de esta Ley, lleva a cabo una modificación del Anexo del Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos³⁵¹, referido al Código de Buenas Prácticas, en la que añade un nuevo apartado IV a la letra b) del punto 1º por el que deja sin efecto dicha cláusula, con carácter indefinido, para los deudores incluidos dentro del umbral de exclusión al que se refieren los arts. 2 y 3 del mismo.

A modo de conclusión, de la normativa analizada, se desprende que las cláusulas suelo y techo se encuentran admitidas en nuestro Ordenamiento Jurídico, siempre que se cumplan los criterios de transparencia y requisitos legales de protección del consumidor.

³⁴⁹ Cfr. Directiva 2014/17/UE. Anexo II, Apartado B, Sección 4ª, punto 2º

³⁵⁰ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

³⁵¹ Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012

Como apunta COROMINAS³⁵², estas cláusulas se establecieron, junto con las cláusulas techo, para evitar cambios importantes en las cuotas de los préstamos hipotecarios.

El TS ha reconocido la licitud de la cláusula suelo, así lo declara en la STS de 9 de mayo de 2013, siempre que se cumpla con el deber de transparencia, incluso cuando no se haya establecido la correlativa cláusula techo³⁵³.

Asimismo, El TS, en base al Informe del Banco de España, considera lícitas las cláusulas suelo y declara que su inclusión responde a razones objetivas, que tales cláusulas no son inusuales o extravagantes, su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, y que la condena establecida en la sentencia, a cesar en el uso de las mismas, no deriva de su ilicitud intrínseca³⁵⁴.

³⁵² COROMINAS BACH, S. “La tutela colectiva de los intereses afectados por las cláusulas suelo” en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. *op. cit.* p. 903

³⁵³ La STS de 9 de mayo de 2013, en su Fundamento de Derecho Decimoquinto, apartado 2.2. párr. 256 y 258 señala: 256. “Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.” 258. “Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo...”

³⁵⁴ La STS, en el Fundamento de Derecho Decimoséptimo, apartado 2.4, párr. 293 dispone: 293. “En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que: a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas. b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-. c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a

IV.2. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y COMO ELEMENTO DEFINITORIO DEL OBJETO DEL CONTRATO.

A la hora de analizar la cláusula suelo, son dos las cuestiones que, en principio, se pueden plantear, a saber: si es una condición general de la contratación, y si puede considerarse como elemento definitorio del objeto principal del contrato que, en el préstamo hipotecario, siendo oneroso, es, junto con la devolución del capital, el precio.

De la contestación a dichas cuestiones, dependerá el control al que puede ser sometida, dentro de la normativa referida a la protección de los consumidores y a las condiciones generales de la contratación.

IV.2.1. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.

Conviene recordar que, de acuerdo con el artículo 1 LCGC, “*son condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato son impuestas por una de las partes con*

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". d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-. e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia. f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia. g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994. h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.”

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”.

Como ya es sabido, los requisitos que se han establecido, desde el punto de vista doctrinal, para considerar que una cláusula es condición general, son los siguientes: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Hasta la STS de 9 de mayo de 2013, que vino a dar uniformidad a la consideración de la cláusula suelo como condición general, la jurisprudencia menor era contradictoria. Antes de entrar a analizar, en este punto, la STS de 9 de mayo de 2013, consideramos conveniente analizar las distintas posiciones jurisprudenciales al respecto.

Apuntamos en otros apartados de este trabajo, que el contrato de préstamo hipotecario se ha convertido en un contrato de adhesión integrado por un importante número de condiciones generales de la contratación.

Señala RODRÍGUEZ DE ALMEIDA³⁵⁵, que el hecho de que una de las partes del contrato sea una entidad financiera, conduce a que tenga un papel predominante en la redacción y establecimiento de cláusulas que constituyen garantías y ventajas para la entidad, de modo que si el deudor quiere obtener la financiación, se ve constreñido a aceptarlas.

³⁵⁵ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G. “Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 739, 2013, pp. 3440-3456 (<http://vlex.com/vid/486351462> Id vLex: VLEX-486351462) [Consulta 30 octubre de 2015]

Ante esta situación, resulta notorio el auge de las reclamaciones planteadas por parte de los deudores hipotecarios que entienden que la cláusula suelo de sus préstamos es abusiva, al haber sido impuesta por la entidad financiera, produciendo un desequilibrio en las prestaciones, que, por lo tanto, desemboca en un perjuicio y debe de ser declarada nula.

En este contexto, como apunta RODRÍGUEZ DE ALMEIDA³⁵⁶, para que la cláusula pueda ser declarada abusiva o no, antes ha de calificarse como condición general de la contratación, es decir, que no haya sido negociada, ya que, en caso contrario no cabe tal declaración de abusividad.

De acuerdo con ello, los pronunciamientos judiciales han sido variados. En este punto, podemos destacar, dentro de la evolución jurisprudencial sobre la cuestión, dos grandes grupos de sentencias, por un lado, las que han declarado la nulidad de las cláusulas suelo, y por otro, las que han declarado su validez y, por tanto, su vigencia, en los préstamos hipotecarios.

A continuación veremos los argumentos y razonamientos utilizados en cada caso:

- Sentencias que han declarado nulas las cláusulas suelo³⁵⁷:

Dentro de este grupo, los argumentos utilizados para declarar la nulidad de la cláusula, han sido los siguientes³⁵⁸:

³⁵⁶ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G, *op. cit.* pp.3442-3443

³⁵⁷ SAP Alicante núm. 368/2012, de 13 de septiembre (TOL2.654.572); SAP Cáceres, núm. 327/2012, de 19 de junio (TOL2.583.925); SAP Burgos, núm. 104/2015, de 14 de abril (TOL4.946.249), Esta última sentencia declara el carácter de condición general de la cláusula suelo y directamente acude a valorar su abusividad.

1º.- La cláusula suelo es una condición general de la contratación, ya que en ella concurren los requisitos de predisposición, generalidad y no ha sido negociada, sino impuesta por el acreedor.

2º.- Sólo, si se trata de una cláusula de este tipo, puede ser considerada abusiva a la vista del art. 82 del TRLGCU.

3º.- La cláusula adolece de falta de reciprocidad y causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, debido a los altos límites en que se suelen establecer las cláusulas techo.

4º.- Se quiebra la buena fe, al romperse la relación de confianza, ya que encubre una situación ventajosa para la entidad.

5º.- La cláusula suelo no constituye un elemento esencial del contrato, sino un pacto accesorio que puede que no se aplique nunca, o, sólo, en determinados periodos de vigencia del préstamo.

- Sentencias que han declarado válida la cláusula suelo³⁵⁹:

Dentro de este grupo, los argumentos utilizados para declarar la nulidad de la cláusula, han sido los siguientes:

³⁵⁸ CADENAS DE GEA, C.; PAREJA SÁNCHEZ, M y CASSASOLA DÍAZ, J.M. “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por donde pisa” en Revista Extoikos, nº 9, 2013, pp. 27-28

³⁵⁹ SAP de Sevilla, de 7 de octubre de 2011, rec. núm. 1604/2011(CENDOJ, Roj: SAP SE 1470/2011), esta sentencia, revocada por la del TS de 9 de mayo de 2013, declaró la validez de la cláusula suelo considerándola, entre otras cosas, no como una condición general de la contratación, sino que forma parte del elemento esencial del contrato. En igual sentido SJM Nº 4 de Jaén, núm. 87/2012, de 24 de abril (TOL 2.655.271); SJM Nº 2 de Alicante, núm. 201/2011, de 23 de junio de 2011 (TOL 2. 165.176). SAP DE Madrid, núm. 387/2012, de 13 de julio (CENDOJ: Roj: SAP M 12932/2012)

1º.- La cláusula suelo no es una condición general de la contratación.

2º.- No son cláusulas abusivas ya que se han pactado en el marco de la libertad contractual.

3º.- Son elementos definitorios del elemento esencial del contrato, que es el precio, por tanto, no son accesorias.

4º.- No hay desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, ya que, por la propia naturaleza del préstamo que es real y unilateral, una vez entregado el dinero por la entidad prestamista, sólo asume obligaciones el prestatario. El pacto de limitación a la variación de los tipos de interés no corresponde a ninguna contraprestación del prestamista, por lo que no se da tal desequilibrio.

5º.- No son cláusulas de adhesión ya que, atendiendo al *iter* negocial, establecido clara y detalladamente en la normativa sectorial, y después del estudio y análisis, por parte del consumidor, de la necesaria oferta vinculante, se pactan libremente.

- La postura del TS:

Como decíamos, dentro de este contexto, hay que llegar a la STS del 9 de mayo de 2013 que pone fin a la controversia y declara que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, doctrina que fue ratificada por la STS de 8 de septiembre de 2014.

Hay que destacar que esta sentencia de 9 de mayo de 2013, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011, a la que hemos hecho referencia y que es representativa de la

tendencia que rechaza la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación.

En este sentido, la STS, a lo largo de varios de sus fundamentos de Derecho, determina cuál es la naturaleza de la cláusula suelo.

En su fundamento de Derecho séptimo, en su apartado primero referido al “*planteamiento de la cuestión*”, afirma que no se cuestiona, ni en la sentencia recurrida, ni por las entidades demandadas, que la cláusula tenga carácter contractual; que sean cláusulas prerredactadas; ni se discute que estén destinadas a aplicarse a una pluralidad de contratos³⁶⁰.

En el apartado segundo del citado fundamento, a diferencia del criterio de la AP de Sevilla, que entiende que la cláusula suelo no es condición general de la contratación por referirse a uno de los elementos esenciales del contrato, nuestro TS no tiene reparos en afirmar que, en nuestro sistema, una condición general puede referirse a un elemento esencial del contrato, y ello, con independencia del control que la ley determine cuando las condiciones generales se refieren al mismo³⁶¹.

Concluye el TS al respecto, en lo que aquí nos interesa, que no es obstáculo, para que se califique la cláusula suelo como condición general de contratación, el que la misma se refiera al elemento esencial del contrato, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; y que tampoco queda excluido tal carácter, por el hecho de que el predisponente haya cumplido con los deberes de información exigidos por la normativa sectorial³⁶².

³⁶⁰ Vid. párr. 131 a 135 de STS de 9 de mayo de 2013.

³⁶¹ Vid. párr. 142 de STS de 9 de mayo de 2013.

³⁶² Vdr. párr. 144 de STS de 9 de mayo de 2013.

Por su parte, en el fundamento de Derecho octavo, hace un análisis de dos afirmaciones de la SAP de Sevilla, objeto de recurso, que señala por una parte, que en las escrituras de préstamo que formalizan las demandadas, en ocasiones, se incluyen pactos de limitación de la variación del interés y en otras no, de lo que deduce la posibilidad de una verdadera negociación, no sólo ilusoria o quimérica, y por otra, que, en base al *iter* negocial que determina la normativa sectorial, queda garantizada la transparencia y la libertad en el desarrollo de la voluntad negocial del prestatario, el cual suscribe la cláusula, con conocimiento y total información.

Por el contrario, el TS llega a la conclusión de que no queda acreditado el carácter negociado de la cláusula, y por tanto, entiende que una cláusula es impuesta cuando el consumidor no puede influir en su contenido, de modo que, o la acepta, o no contrata; entiende que no puede identificarse negociación con la posibilidad de escoger entre diferentes ofertas, sean del mismo o de distintos predisponentes y que es el predisponente, el que debe de probar el carácter negociado de la cláusula.³⁶³

En nuestra opinión, a la vista de lo expuesto, entendemos que la cláusula suelo es, por lo general, siempre que no quede acreditada que ha sido negociada, una condición general de la contratación ya que cumple los requisitos que se desprenden del art. 1 LCGC.

La cláusula suelo viene prerredactada e impuesta por la entidad financiera, de modo que el prestatario lo único que puede hacer es decidir si contrata o no, pero no puede influir en el contenido de la misma.

³⁶³ Vid. párr. 165 de la STS 9 de mayo de 2013

IV.2.2. LA CLÁUSULA SUELO COMO ELEMENTO DEFINITORIO DEL OBJETO ESENCIAL DEL CONTRATO

Una de las cuestiones que apuntábamos, al tratar con carácter general de la transparencia y los elementos esenciales del contrato, es que ni la jurisprudencia comunitaria, ni la interna, han fijado qué debe de considerarse “objeto principal del contrato” y “adecuación entre precio y bienes” a los que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Como ya es sabido, el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, establece que no cabe apreciar el carácter abusivo de las cláusulas que se refieran “*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, siempre que se redacten de modo claro y comprensible.*”³⁶⁴

En este sentido, y centrándonos en la cláusula suelo, consideramos que, si se la configura como condición general de la contratación, podrá ser sometida a los controles legales de inclusión y de contenido o abusividad³⁶⁵, propios de las condiciones generales de la contratación, y si se la configura como elemento definitorio del objeto esencial del contrato, no será posible, de acuerdo con la legislación comunitaria, ser sometida a este segundo control.

³⁶⁴ Como decíamos en el presente trabajo, de la calificación que se haga de la cláusula suelo dependerá del control al que puede ser sometida

³⁶⁵ Hay que considerar que el control de abusividad es posible solamente en los contratos celebrados con consumidores. En el presente trabajo, partimos del préstamo hipotecario celebrado con un consumidor.

En relación a este asunto, el TS, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, llega a la conclusión de que la cláusula suelo constituye un elemento definitorio del objeto principal del contrato que es el precio³⁶⁶.

Asimismo, el propio TS, en la citada sentencia, después de reconocer que la norma no define qué debe entenderse por cláusulas que describen el elemento esencial del contrato, expone las teorías que, al respecto, se habían formulado por la doctrina³⁶⁷:

a) La primera de las teorías diferencia entre las cláusulas "principales" y las cláusulas "accesorias", en función de que definan directamente el "objeto principal" o no lo hagan.

“Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.”

b) Por otro lado, la segunda de las teorías mantiene que, para determinar si una cláusula es definitoria del objeto principal del contrato, hay que acudir la relación objetiva entre dicho objeto principal y la cláusula en cuestión

De acuerdo con ello, *“todo lo que se refiera al precio en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse como definitorio del objeto principal del contrato*

³⁶⁶ El párr. 189 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, señala expresamente que las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

³⁶⁷ Vid. Párr. 186.

y por ende, incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.”

c) Por último, la tercera teoría, considera que habrá que atender a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico.

Como apunta CÁMARA³⁶⁸, el TS no se decanta por ninguna de ellas, y se centra en la literalidad de la Directiva, sin diferenciar entre elementos esenciales y accesorios, y al hecho de si son “*descriptivos*” o “*definitorios*” del objeto principal del contrato, o, por el contrario afectan, al “*método de cálculo*” o “*modalidades de modificación del precio*”.

Una de las cuestiones que han sido criticadas de la STS de 9 de mayo de 2013, han sido las contradicciones en la que incurre. En este sentido, la sentencia, después de afirmar, como ya hemos visto, que la cláusula suelo es una condición general de contratación, declara que ello no es obstáculo para que pueda ser considerada como definitiva del objeto principal del contrato³⁶⁹.

En relación con tales manifestaciones, CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO³⁷⁰, entienden que el TS incurre en un contrasentido al concluir que, a pesar de que la cláusula suelo define el objeto principal del contrato, es una condición general de la contratación, que no puede ser

³⁶⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias, desequilibrios...” *op. cit.* p. 624

³⁶⁹ *Vid.* párr. 142 STS de 9 de mayo de 2013: 142. *En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él*

³⁷⁰ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. “El espurio control...” *op. cit.* p. 175

sometida al control de contenido, precisamente por su carácter de elemento esencial.

Para estos autores, el TS desconoce que el hecho de no ser posible someterla al control de abusividad, es lo que permite apreciar que la cláusula ha sido negociada y que el consumidor ha prestado su consentimiento, sin que exista adhesión.

En nuestra opinión, la cláusula suelo no forma parte del elemento esencial del contrato, en primer lugar, porque consideramos que la excepción a la que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/ CEE debe de ser objeto de interpretación restrictiva³⁷¹; en segundo lugar, porque, como apunta CÁMARA³⁷², si la cláusula suelo fuera un elemento esencial del contrato, eliminada aquella, éste no puede subsistir; de hecho, afirma este autor, que, en caso de eliminar la cláusula suelo, el contrato puede sobrevivir ya que el precio se determinaría, en este caso, por el juego del interés variable, de forma que la cláusula suelo, más que formar parte del precio, es forma de cálculo potencial del mismo.

Por tanto, entendemos que la cláusula suelo es un elemento accesorio, un pacto añadido, que sirve de modo de cálculo del precio, cuando se den las eventuales circunstancias previstas en el contrato. Circunstancias que pueden no darse nunca o darse, sólo, en algún periodo de vigencia del contrato.

³⁷¹ La STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (caso Kásler), ha señalado en el párr. 42: *Toda vez que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta.*

³⁷² CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias...” *op. cit.* p.560

En este sentido, a la hora de determinar cuándo una cláusula puede ser o no considerada como elemento esencial de contrato, algunos autores³⁷³, acuden al criterio de la eventualidad, de modo que, como apunta PAGADOR³⁷⁴, cuando la aplicación de la cláusula constituye una eventualidad, no se considera que regule sustantivamente un elemento esencial.

En este sentido, hacemos nuestros los argumentos utilizados por la jurisprudencia menor³⁷⁵, que ha señalado:

a) Que la cláusula de limitación a la variación de los tipos de interés son un pacto accesorio de control, respecto del tipo de interés aplicable (Euribor más diferencial), que es la verdadera retribución o precio del préstamo, y es accesorio o limitadora de otra cláusula que es la de determinación del tipo de interés aplicable al contrato;

b) El propio Informe del Banco de España destaca el carácter accesorio de la misma al señalar en el apartado 3.3 que *“el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios.”*;

³⁷³ PERTINEZ VILCHEZ, F. “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.17/2003; CÁMARA LAPUENTE, S. *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*. Ed. Aranzadi, Pamplona 2006, pp. 114-115

³⁷⁴ PAGADOR LÓPEZ, J. “De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato”. En Derecho de los Negocios, núm. 268, 2013, La Ley 1235/2013, p. 9. Este autor, sin embargo, y en contra de lo que venimos sosteniendo, considera que la cláusula suelto sí que se refiere al elemento esencial del contrato

³⁷⁵ SAP ALICANTE, núm. 368/2012, de 13 de septiembre de 2012 (CENDOJ: Roj: SAP A 2230/2012); SJM nº 2 de Sevilla, núm. 348/2010, de 30 de septiembre (TOL. 1.971.865); SAP Cáceres, núm. 327/2012, de 19 de junio (TOL2.583.925), entre otras.

c) Hay que tener presente que la misma configuración se ha mantenido respecto de las cláusulas de redondeo al alza de los tipos de interés, considerándose, una condición general de la contratación y no, como definitorias del elemento esencial del contrato, al ser consideradas como pactos accesorios que sirven para cuantificar el tipo de interés exigible.

Es casi unánime, en la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales³⁷⁶, la teoría que ha mantenido que los elementos esenciales del contrato de préstamo son el capital y el precio, y que, en los préstamos a interés variable, por precio hay que entender el índice de referencia más el diferencial³⁷⁷.

En apoyo último, de lo que venimos sosteniendo, tal y como señala CÁMARA³⁷⁸, podemos citar la doctrina establecida en la STJUE de 26 de febrero de 2015, que señala que las cláusulas sobre la contrapartida

³⁷⁶ SAP de Madrid, núm. 71/2006, de 21 de febrero (TOL 949.772): El fundamento de Derecho 3º de la sentencia señala: *Esta cuestión también la abordamos en la sentencia que hemos citado y reproducido en parte, de fecha 10 de octubre de 2002, en la que concluimos que la cláusula del redondeo, en contra de la tesis mantenida por la entidad apelante, es una condición general de la contratación comprendida en el ámbito de aplicación de la LCGC, porque: «..a) El redondeo al alza aplicado con carácter general en los contratos de préstamo hipotecario no constituye un elemento esencial del contrato, conformador del precio de la operación... constituyen elementos esenciales y específicos del contrato de préstamo la prestación, y el precio (SS.AA.PP. de La Coruña de fechas 5 de Marzo de 1.999, 24 de Julio y 10 de Junio de 1.998, y Zaragoza de 22 de Febrero de 1.999, entre otras), esto es, el capital cierto y determinado entregado por la entidad bancaria o financiera, y la contraprestación del cliente consistente en la devolución y remuneración de ese capital, excluyéndose, incluso, como prestación principal, el pago de intereses moratorios por incumplimiento contractual (S.A.P. de Murcia de 31 de Marzo de 2.000).* La STS de 4 de noviembre de 2010, declaró nula por abusiva, la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés por considerarla condición general de la contratación y no definitorio del elemento esencial, sino un pacto Accesorio que sirve para cuantificar el tipo de interés exigible (CENDOJ: Roj: STS 6062/2010); en igual sentido se manifiesta la STS núm. 75/2011, de 2 de marzo (CENDOJ: Roj: STS 1244/2011).

³⁷⁷ Cfr. DÍAZ VALES, F. “La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 719, 2010, pp 964-965.

³⁷⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias...” *op. cit.* p. 626

adeudada por el consumidor, o las que tengan incidencia en el precio efectivo, no pertenecen a la categoría de cláusulas excluidas del art. 4.2 de la Directiva, pudiendo ser sometidas al control de abusividad³⁷⁹

Por todo ello, y a modo de conclusión, podemos afirmar que las cláusulas limitativas a la variabilidad de los tipos de interés, y en concreto, las cláusulas suelo, pueden ser calificadas como condiciones generales de la contratación y, por tanto, sometidas a los controles legales de incorporación y de contenido o abusividad, pero no pueden encuadrarse como integrantes del elemento esencial del contrato ya que funcionan como un modo de cálculo del mismo.

IV.3. CONTROL DE LA CLÁUSULA SUELO

A la hora de analizar los diferentes controles a los que puede ser sometida la cláusula suelo, vamos a partir de la configuración que hemos establecido en los párrafos anteriores, esto es, como una condición general de la contratación y su carácter de cláusula accesoria respecto del objeto principal del contrato.

Asimismo, entendemos fundamental, a la hora de abordar los siguientes apartados, el intercalar, en el análisis, los pronunciamientos y afirmaciones realizadas por nuestro TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 y concordantes.

³⁷⁹ STJUE de 26 de febrero de 2015, Asunto C-143/13, caso Matei. S El párr. 56 dispone: *Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista.*

IV.3.1. CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN Y EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

La configuración de la cláusula suelo como condición general de la contratación, conlleva que quede sometida al primero de los controles que la ley establece respecto de los contratos de adhesión³⁸⁰, el control de incorporación o de inclusión.

Como ya es sabido, el control de incorporación viene establecido, en primer lugar, en la LCGC en dos aspectos, por un lado, el positivo, es decir, cuándo se consideran incorporadas dichas condiciones al contrato, y por otro, el aspecto negativo, o lo que es lo mismo, cuándo no se entenderán incorporadas al contrato. Y, en segundo lugar, también habrá que tener en cuenta el TRLPGCU.

En su aspecto positivo, el art. 5 de la LCGC, viene a establecer que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando sean aceptadas por el adherente y, dicho contrato, sea firmado por todos los contratantes. Estas condiciones generales deben de estar redactadas cumpliendo los criterios de transparencia, concreción, claridad y sencillez.

En el aspecto negativo, el art. 7 LCGC dispone que no se incorporarán aquellas condiciones respecto de las cuales el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer o no hayan sido firmadas, cuando este requisito sea necesario; tampoco se incorporarán las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente, y se ajusten a la

³⁸⁰ *Vid* pp. 29 y sig del presente trabajo sobre la configuración del préstamo hipotecario como contrato de adhesión.

normativa específica que discipline, en su ámbito, la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por tanto, como señala CAÑIZARES³⁸¹, el control de incorporación, también llamado control del consentimiento, supone el cumplimiento, por parte del predisponente, de una serie de requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato.

Por su parte el art. 80 del TRLGDCU, respecto de las cláusulas incluidas en contratos con consumidores, se exige que las mismas estén redactadas con concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa, accesibilidad y legibilidad, que permita al consumidor tener conocimiento previo a la celebración del contrato, de su existencia y contenido y que exista buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

A la vista de lo expuesto, la cláusula suelo deberá de cumplir los requisitos establecidos en los artículos citados, para poder quedar incorporada al contrato.

Son varias las cuestiones que merecen ser destacadas en el presente apartado, por un lado, qué es lo que debe de entenderse por conocimiento real y previo de la existencia y contenido de la condición general en cuestión, en nuestro caso la cláusula suelo, y por otro, como no puede ser de otro modo, qué debemos de entender por transparencia de la cláusula suelo.

En relación a la primera de las cuestiones, relativa a qué se debe de entender por conocimiento de la cláusula suelo, frente a la postura que

³⁸¹ CAÑIZARES LASO, A. *op. cit.* p. 73

mantuvo un sector jurisprudencial³⁸², previo a la STS de 9 de mayo de 2013, que consideraba que la cláusula suelo no es una condición general de la contratación, equiparando desconocimiento de la misma con imposición, el TS, como hemos visto, considera que la cláusula suelo es una condición general de la contratación.

En este sentido, el TS viene a afirmar que el conocimiento de la cláusula suelo, por el consumidor, no excluye su carácter de condición general, ya que, dicho conocimiento constituye un requisito esencial para ser consentida e incorporada al contrato, y ello, por dos razones, por un lado, porque el consentimiento es un elemento esencial del mismo, conforme al art. 1261.1 CC, y por otro, por exigirlo expresamente el art. 5 LCGC³⁸³.

Pues bien, como podemos observar, el propio TS considera que el conocimiento de la cláusula, por parte del adherente, es fundamental para poder prestar el consentimiento, que es uno de los elementos esenciales de todo contrato³⁸⁴, afirmando que, dicho conocimiento, es requisito previo del

³⁸² SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011, en el FD 5º señala: “...Así pues, consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo...”

³⁸³ Vid. párr. 142 STS de 9 de mayo de 2013.

³⁸⁴ En este sentido, apuntábamos en otros apartados de este trabajo que, autores como ALFARO, señalan que los contratos celebrados al amparo de condiciones generales de la contratación son contratos normales en cuanto a los elementos esenciales.

consentimiento y es necesario para su incorporación al mismo, ya que de lo contrario no obligaría a las partes.³⁸⁵

La cuestión que podemos plantearnos es el alcance de ese conocimiento, y la respuesta puede plantearse desde dos planos diferenciados, por un lado, se puede entender que, simplemente, es conocer la existencia de la cláusula aunque no se comprenda, lo que entendemos produciría un consentimiento viciado, o, por el contrario, considerar que el conocimiento implica comprensión de lo que se consiente.

Autores, como GONZÁLEZ PACANOWSCA³⁸⁶, ponían de manifiesto cómo se había producido una relativización de los requisitos de incorporación, rebajándolos a un simple control formal. Entiende esta autora que el control que recoge el art. 5 LCGC es un control del consentimiento que se manifiesta en dos aspectos,

- Un consentimiento formal, que se referiría a los requisitos formales establecidos en dicho artículo, y que es necesario para que exista concurrencia de la oferta y la aceptación y éstas se integren con las condiciones generales predispuestas.

- Un consentimiento material, que procuraría que el alcance de las declaraciones de voluntad no se valoren sólo desde un punto de vista formal, sino dentro de la libre y consciente decisión del aceptante.

Partiendo de estas precisiones, y dando un paso más, consideramos que el conocimiento de la cláusula, a la que el consumidor debe de dar su consentimiento para que quede integrada en el contrato, es un conocimiento que debe de implicar un auténtica comprensión de lo que se consiente,

³⁸⁵ Vid. Párr. 144 b) STS 9 de mayo de 2013.

³⁸⁶ GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., *op. cit.* p.142

máxime si pensamos en una cláusula-suelo-, que, aunque no sea definitiva del objeto principal del contrato, puede, en un momento dado, incidir en él - si se produce la eventualidad para la que se ha establecido-.

Si pensamos que la cláusula suelo puede interferir en el precio a pagar por el consumidor, y éste es un aspecto-el precio del producto o el servicio-, sobre el que el usuario pone, por lo general, la máxima atención, resulta complicado de entender que, pueda llegar a conocer la existencia de la cláusula, pero, sin embargo, no haya intentado, al menos, comprender su funcionamiento.

No hemos de dejar de lado, por otra parte, que las cláusulas suelo y techo, son cláusulas relativamente sencillas de comprender; que, a mayor abundamiento, tal y como exige la normativa sectorial, en la información previa, y en la oferta vinculante, se ha de resaltar la existencia de tales cláusulas; y por último, habrá que tener en cuenta, la importante función de información al consumidor, a la que los notarios, autorizantes de las escrituras, están obligados.

En la STS de 9 de mayo de 2016, se afirma que la detallada regulación de la OM de 5 de mayo de 1994, viene a garantizar la observancia de los requisitos de incorporación exigidos por la LCGC y que la cláusula suelo analizada, considerada aisladamente, cumple con las exigencias legales para quedar incorporadas al contrato.

Sin embargo, tras esta afirmación, todo lo que venimos sosteniendo, no parece ser suficiente para el TS, que acude, como es sabido, a lo que ha denominado el doble control de transparencia, y que podemos denominar transparencia formal y transparencia material.

- El control de transparencia de la cláusula suelo:

A la hora de abordar la presente cuestión, hemos de partir de que, a diferencia de lo que venimos sosteniendo, nuestro TS configura las cláusulas limitativas de la variabilidad de los tipos de interés, como elementos definidores del objeto esencial del contrato, y, por tanto, integrantes del mismo.

Como tuvimos ocasión de analizar al tratar, con carácter general la transparencia, la doctrina mayoritaria³⁸⁷ considera que no es posible la fiscalización del contenido de los elementos esenciales del contrato, en base a lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 13/93 CEE.

Sin embargo, nuestro TS, después de afirmar que la cláusula suelo forma parte del precio, que es el objeto principal del contrato, y ante las limitaciones establecidas en la norma comunitaria a la hora de ponderar, su posible carácter abusivo, acude a la construcción del doble filtro de la transparencia³⁸⁸.

El segundo control de transparencia al que hace referencia la sentencia, se basa, según ella, en el art. 80 TRLGCU, y le lleva a afirmar que, de acuerdo con ello, y con lo dispuesto en la normativa comunitaria, además del control de inclusión, el control de transparencia, “*como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, fuera del ámbito del error vicio, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales*

³⁸⁷ Vid nota 11 del presente trabajo.

³⁸⁸ Los párr. 196 y 197 de la STS de 9 de mayo de 2013, señalan: a) *Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.* b) *Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.* 197. *Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.*

del contrato, tiene como objeto que el adherente pueda conocer tanto la carga económica como jurídica del mismo.”

No olvidemos, que la STS se dicta como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva de cesación, y configura, como hemos visto, el control de transparencia como un control abstracto de validez de la cláusula, distinto del error vicio del consentimiento, el cual supondría un control sobre un caso concreto, pero que resultaría inviable para prejuzgar la cláusula suelo, en el caso resuelto por la sentencia³⁸⁹.

En este sentido, tal y como señalan CARRASCO PERERA Y GONZÁLEZ CARRASCO³⁹⁰, según la sentencia, existirían dos estándares de transparencia exigibles, que los autores denominan la transparencia simple-formal- y la cualificada-material o de comprensión real-.

Estos autores ponen de relieve que, la sentencia fundamenta la transparencia cualificada en el art. 80 TRLGCU, que es el mismo fundamento que el de la transparencia simple.

Por tanto, la norma relativa al filtro de transparencia sería la misma en ambas fases del proceso, es decir, en el control de transparencia formal o simple y en el de la transparencia material o cualificada, y, a pesar de ello, la sentencia considera que no se satisfacen las exigencias de la transparencia cualificada por el hecho de cumplir las exigencias de la transparencia simple.

³⁸⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo” en VV.AA. Cláusulas Suelo: ¿se puede negociar...” *op. cit.* p.24

³⁹⁰ CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional” Diario La Ley, núm 8159, 2013.

Para el TS, “*el cumplimiento de los requisitos de transparencia de una cláusula aisladamente considerada exigidos en la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales de contratación, 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*”; y dicha transparencia, cuando se refiere a contratos con consumidores, “*incluye la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo del contrato*”³⁹¹.

Como podemos observar, el TS, vuele a incurrir en contradicciones, porque, después de considerar que las cláusulas que definen y forman parte del objeto principal del contrato no pueden ser sometidas al control de contenido o abusividad, viene a afirmar lo contrario, y, sin embargo, acude al control de transparencia cualificada para anular tales cláusulas, pero no por abusivas, sino por no transparentes.

Todas estas contradicciones, nos llevan a una inseguridad jurídica absoluta que, nos hace preguntarnos, en primer lugar, si realmente cabe o no control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato; en segundo lugar, como se cuestionan CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO³⁹², si sólo cabe el control de las mismas cuando no son sustancialmente transparentes; y, por último, según estos autores, si cabe el control de oficio de la transparencia de la cláusula suelo³⁹³.

³⁹¹ Vid. Párr. 215 STS de 9 de mayo de 2013.

³⁹² CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. “ El espurio control...” *op cit.* p.174

³⁹³ Hay que tener en cuenta que la demanda colectiva presentada por AUSBANC, interesaba la declaración de nulidad de determinadas cláusulas suelo de las escrituras de préstamo hipotecario de varias entidades, en base a su posible abusividad por desequilibrio y desproporción de la cláusula suelo, en ningún momento se planteó como objeto de debate la transparencia o no de la misma.

Para declarar la nulidad de la cláusula suelo, el TS se basa en la falta de una información adecuada al consumidor, ya que, según la sentencia, la oferta se realizada como un préstamo a interés variable, cuando en un determinado momento –por el juego de la cláusula- puede convertirse en un interés fijo. Ello, unido a dicha falta de información, se revela engañoso, y hace que el consumidor desplace el foco de atención a aspectos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.³⁹⁴

Por todo ello, el TS aprecia la falta de claridad en la cláusula suelo y es por lo que, según afirma en la sentencia, no supera el control de transparencia cualificada.

Finalmente el TS, enumera los criterios para apreciar la falta de transparencia³⁹⁵:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento, razonablemente previsible, del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

³⁹⁴ Vid. párr. 218 y 219 STS e 9 de mayo de 2013.

³⁹⁵ Vid. párr. 225 STS de 9 de mayo de 2013.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Como señala PERTÍÑEZ³⁹⁶, la sentencia establece en unos umbrales muy exigentes la obligación de transparencia, ya que, incluso llega a requerir para la validez de la cláusula, que se hubiera proporcionado al consumidor simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o, incluso, el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo.

Como ya hemos manifestado, la inseguridad jurídica creada por la sentencia es máxima, y deja a las Entidades financieras a los pies de los caballos, porque, hagan lo que hagan respecto de estas cláusulas -salvo, claro está, que las eliminen de todos sus préstamos- serán condenas por falta de transparencia.

En este sentido, como apuntan CARRASCO PERERA Y GONZÁLEZ CARRASCO³⁹⁷, no se puede sostener que las entidades que cumplen con los criterios de la transparencia simple, incumplen las exigencias de la transparencia cualificada, cuando -como es el caso- la razón por la que esta transparencia cualificada se incumple, es porque se cumple la norma sectorial en cuestión.

Señalan los autores citados que tales entidades serán condenadas si hacen constar la cláusula suelo, en la forma exigida por dicha normativa

³⁹⁶ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Falta de transparencia...” *op. cit.* p. 14

³⁹⁷ CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La STS 241/2013...” *op. cit.* p. 3

sectorial, ya que por ello, por cumplir dicha normativa, incurren en algunos de los apartados de no transparencia establecidos en la sentencia en su apartado 225.

Consecuencia de los criterios expuestos, el TS en el apartado séptimo del fallo, declara la nulidad de las cláusulas suelo por los siguientes motivos:

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.

Posteriormente a la sentencia, el TS dictó Auto de aclaración³⁹⁸, a instancia de las entidades condenadas, del apartado séptimo del fallo, y, en concreto,

a) Si la declaración de nulidad de las cláusulas ha de apreciarse caso por caso;

b) Si la nulidad se proyecta sobre las cláusulas en las que concurren todas las circunstancias indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado, o, por el contrario, también se proyecta sobre las cláusulas suelo, cuando tan solo concurren alguna o algunas, pero no todas;

c) Cuales deben de ser los mecanismos por medio de los que puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, de tal forma que, entre las medidas, se hallarían: 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.

El TS, concluye: a) que el fallo establece seis motivos distintos de falta de transparencia cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes; b) que tales circunstancias son parámetros tenidos en cuenta para formar un juicio abstracto referido a las cláusulas concretas analizadas, no constituyendo una relación exhaustiva que excluya cualquier otra y c) que, tampoco determina que la presencia aislada de una de ellas, sea suficiente para que se pueda considerar no

³⁹⁸ ATS de 3 de junio de 2013 (CENDOJ: Roj: AATS 5165/2013)

transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo³⁹⁹.

En nuestra opinión el auto de aclaración no logra su objetivo, ya que afirma que el listado de criterios de la sentencia, por lo que se puede considerar la cláusula suelo no transparente, no tiene carácter de *numerus clausus*, es decir, pueden darse otros, que sin embargo no menciona.

Pero además, el Auto aclaratorio nos sumerge, aún más, si cabe en la duda, al afirmar como colofón, que, aun cuando se den alguno o algunos de los criterios señalados en la sentencia como determinantes de la falta de transparencia, aisladamente, puede no dar lugar a declarar la cláusula no transparente. En definitiva, al final no aclara si es necesario que concurren acumuladamente todos los criterios, o, por el contrario, basta que concorra alguno de ellos.

Por otro lado afirma, que “*no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado*”, y que el conocimiento por parte del consumidor y la consideración de que ha sido suficientemente informado es un resultado insustituible que puede ser alcanzado por múltiples medios.

No obstante las afirmaciones anteriores, viene a señalar por otra parte que “*La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo, lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de*

³⁹⁹ Vid. párr. 11 a 13 del ATS.

falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.”

Esta aclaración que se mueve en “un sí, pero no”, contribuye a incrementar la inseguridad jurídica creada por la sentencia. En este sentido, autores como PERTIÑEZ⁴⁰⁰, señalan que el nivel de transparencia o información, establecido en la sentencia, es tan exigente que se antoja muy complicado que las entidades puedan probar, en los casos concretos, que el consumidor tenía pleno conocimiento sobre la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo, lo que lleva a una “*cuasi universalización del carácter abusivo*” de la misma.

Por su parte, CARRASCO PERERA Y GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁰¹ ponen de manifiesto la falta de lógica de la motivación de la sentencia y de su auto aclaratorio, y, entienden que finalmente no se llega a saber cómo se puede satisfacer, en el futuro, el test de transparencia establecido en los criterios antes apuntados, y ello, porque:

a) La concurrencia de uno de los criterios de no transparencia puede no llevar a la nulidad de la cláusula ya que puede ser compensado con otras cláusulas.

b) El hecho de que concurran todos los criterios de falta de transparencia, tampoco lleva necesariamente a la nulidad, ya que según el auto aclaratorio, el pleno conocimiento del consumidor puede ser alcanzado por múltiples medios.

⁴⁰⁰ PERTIÑEZ VILCHEZ, F. *op. cit.* p.15

⁴⁰¹ CARRASCO PERER, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La STS 241/2013...” *op. cit.* p.3

c) Cabe la posibilidad que una cláusula, aun no incurriendo en ninguno de los parámetros, llegue a ser no transparente porque esté afectada por otra patología no predefinida.

En conclusión, podemos afirmar que son muchos los interrogantes y dudas que plantea la construcción del control de transparencia realizado por el TS, y su encuadre, como un tipo de control independiente y diferenciado del control de inclusión y el control de contenido.

En nuestra opinión entendemos que esta construcción del doble filtro de transparencia es un tanto artificiosa, sin fundamento legal, y que conculca, en alguna forma, el sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Así, como señalan CARRASCO PERERA Y GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁰², esto se produce en la STS, cuando se afirma que las cláusulas no superan el juicio de validez a pesar de haberse satisfecho, por el predisponente, el estándar de transparencia del art. 80 TRLGDCU y la buena fe del art. 82.1 del mismo texto y cuando se afirma, además, que han de cumplir un tercer nivel de transparencia que según el TS se encuentra también en el art. 80 TRLGDCU, creándose una laguna imposible de colmar, un estándar de cumplimiento imposible de satisfacer, porque también se descalifica, como medio de cumplimiento, la satisfacción de todas las exigencias que impone la normativa sectorial.

⁴⁰² CARRASCO PERERA A., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva” en Revista CESCO de Derecho de consumo, núm. 7, 2013, p. 146

Por su parte, el TS como hemos señalado en otros apartados, ha intentado, sin conseguirlo, aclarar y perfeccionar el concepto del control de la transparencia en la STS de 8 de septiembre de 2014⁴⁰³.

Lo primero que se observa, en relación a ambas sentencias, es la diferencia existente entre ambas, la del 9 de mayo de 2013 trae como causa del ejercicio de una acción colectiva de cesación y la del 8 de septiembre de 2014, del ejercicio de varias acciones individuales acumuladas a un mismo procedimiento.

Dejando a un lado, para evitar reiteraciones, las apreciaciones que, con ocasión del control de transparencia, hemos realizado en relación con esta sentencia de 2014, hay que resaltar, que la misma, da un espaldarazo definitivo a la doctrina sentada en su predecesora, al mantener que, la apreciación de falta de transparencia en las cláusulas objeto de enjuiciamiento en la STS 9.5.2013, sería directamente traspuesta a cualesquiera posteriores acciones individuales de nulidad.

Esta sentencia, tal y como señala GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁰⁴, acoge la idea del control de transparencia como diferente del de incorporación y el de contenido; entiende que, el control de transparencia podría incluirse en el de abusividad pretendido por los demandantes sin incurrir en incongruencia y sin generar indefensión a la demandada en base a “*moderación del rigorismo procedimental aplicable a esta materia*”; y, por último, identifica el concepto de cláusula suelo con un tipo de abusividad basado en la falta de transparencia real.

⁴⁰³ STS núm. 444/2014, de 8 de septiembre.

⁴⁰⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (comentario a la sentencia 464/2014 de 8 de septiembre y a su voto particular)”, en Revista CESCO, Derecho de consumo, 6 de noviembre de 2014. www.uclm.es/centro/cesco [Consulta 14 de septiembre de 2016]

Esta sentencia, como apunta GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁰⁵, ha venido a endurecer la línea doctrinal de su predecesora al considerar que “*toda cláusula suelo, por el simple hecho de serlo, es sospechosa de falta de transparencia, salvo prueba en contrario*”.

Además, la Sentencia de 2014 va un paso más allá, en tanto que impone la inversión de la carga de la prueba, a cargo de la entidad demandada, no sólo respecto del carácter negociado de la cláusula, sino también, respecto de la comprensión real por parte del consumidor, mediante el cumplimiento, por el predisponente, de especiales deberes, a la hora de configurar estos contratos, cuestión esta, que entendemos que se convierte en una “*probatio diabólica*” de muy difícil, cuando no imposible, cumplimiento.

Esta sentencia contiene, por otro lado, contradicciones a la hora de configurar y encuadrar el control de transparencia de la cláusula suelo, así, mientras unas veces lo encuadra dentro del control de inclusión⁴⁰⁶, otras, lo integra como parte integrante del control de abusividad⁴⁰⁷

Como apunta CÁMARA⁴⁰⁸ la ecuación confirmada por esta STS, errónea en nuestra opinión, de falta de transparencia= abusividad= nulidad, ha sido la seguida desde la STS de 9 de mayo de 2013 por la mayoría de los tribunales inferiores, con discrepancias, eso sí, respecto al alcance de la ineficacia y que abordaremos en apartados posteriores.

⁴⁰⁵ *Ibid.* p. 4

⁴⁰⁶ El Fundamento de Derecho Segundo en su párr. 6º manifiesta “:... el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU)...”

⁴⁰⁷ El Fundamento de Derecho Segundo en su párr. 8º manifiesta: “...debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad...”

⁴⁰⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias...” *op. cit.* p.561

A modo de conclusión, consideramos que debe de rechazarse, por falta de cobertura legal, la configuración del control de transparencia de la cláusula suelo, como un tercer tipo de control, autónomo de los controles tipificados legalmente que son el control de inclusión y el control de contenido o abusividad.

Consideramos que las cláusulas limitativas de la variabilidad de los tipos de interés (suelo/techo), son condiciones generales de la contratación por concurrir en ellas los requisitos de predisposición, contractualidad e imposición, y, por tanto, sometidas al control de incorporación de los arts. 5 y 7 de la LCGC y el art. 80 TRLGCU.

El control de transparencia, tanto formal como material- o de comprensión real- debe de entenderse incluido en el control de inclusión, de modo que, cuando la cláusula suelo no supere dicho control, se considerará no incorporada al contrato, el cual subsistirá. Este control será, en consecuencia, tal y como es deseable, aplicable a todos los contratos de adhesión, con independencia de la cualidad de los sujetos que intervengan.

En este sentido, la inclusión del control de transparencia cualificada dentro del control de incorporación, tiene la ventaja de que, aun cuando se considerase que la cláusula suelo es elemento esencial del contrato, la cláusula no transparente no se incorporaría al mismo, con lo que se produce el mismo efecto, pero sin tener que acudir a construcciones artificiosas e infundadas de la transparencia como un tercer género de control.

Por otro lado, como ya hemos dicho, las cláusulas anteriores no forman parte del elemento esencial del contrato, ya que sobre ellas recae el carácter de la eventualidad, por lo que, cuando figuren en contratos

concertados con consumidores, podrán ser, perfectamente, objeto de control de contenido y analizarse su posible carácter abusivo.

El considerar que la cláusula suelo es elemento definidor o descriptivo del objeto esencial del contrato y acudir, para su control, al control de la transparencia, como control autónomo, nos puede llevar a que, la cláusula no transparente y declarada abusiva, que afecta al objeto principal del contrato, haga que éste desaparezca, por haberse producido un error esencial en el consentimiento, y en consecuencia, se declare la nulidad total del contrato con los efectos que, en cuanto la restitución de las prestaciones, se podrían producir.

IV.3.2. EL CONTROL DE CONTENIDO

Uno de los problemas centrales que planea, en relación al carácter abusivo de la cláusula suelo, es el relativo a su configuración como elemento definitorio o descriptivo del objeto esencial del contrato, y, por tanto, integrante del mismo.

Como ya hemos señalado, nuestra postura al respecto es que la cláusula suelo es un elemento accesorio y no esencial del precio, por lo que partiendo de tal configuración, no existe problema en someter, a la cláusula en cuestión, al control de abusividad.

Una vez que la cláusula ha sido sometida al control de transparencia y lo ha superado, lo que supondría, que dicha cláusula es clara, e, incluso, que ha sido comprendida por el consumidor- comprensión material- no implica, necesariamente, que la cláusula sea justa y equilibrada y por tanto nada impide que pueda ser objeto del control de contenido.

De acuerdo con ello, habrá que acudir, desde el punto de vista normativo, a:

a) Los artículos 8.1 y 2 de la LCGC, que declaran nulas las condiciones generales que contradigan lo dispuesto en la ley o en cualquier norma imperativa o prohibitiva, salvo que se prevea un efecto diferente para el caso de contravención y las que, de acuerdo con el TRLGCU, sean abusivas y el contrato se haya celebrado con un consumidor;

b) El art. 3.1 de la Directiva 13/93/CEE, que viene a establecer que las condiciones generales serán 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;

c) Y, por último, reproduciendo lo dispuesto en la Directiva, al art.82.1 TRLGDCU⁴⁰⁹.

Por tanto, a la vista de dichos artículos, el control de contenido supone el valorar, si, conforme a las exigencias de la buena fe, la cláusula suelo

⁴⁰⁹ El art. 8. 1y 2 de la LCGC establece: “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.” (La remisión al art. 10 bis hay que entenderla en la actualidad al art. 82 del TRLGCU)

Por su parte el art. 3.1 de la Directiva 13/93/CEE dispone: “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”

El TRLGCU dispone en su art. 82.1: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”

causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato.

El problema se plantea si se parte de la configuración de la cláusula suelo como elemento esencial del contrato, y ello en base a lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 13/93/CEE que excluye del control de abusividad a las cláusulas definatorias del objeto principal del contrato, a la adecuación entre precio y contraprestación, por un lado y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otro, siempre que dichas cláusulas se redacten de modo claro y comprensible.

Como apunta MESSÍA⁴¹⁰, es obvio que detrás de la consideración o no de estas cláusulas como esenciales, radica la necesidad de encontrar soluciones que permitan someterlas al control de contenido.

La STS de 9 de mayo de 2016 señala los siguientes requisitos que debe reunir una cláusula no negociada individualmente, para ser considerada abusiva, y así señala:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que, en contra de exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

⁴¹⁰ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. “El control de transparencia de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en Actualidad Civil, nº 6, junio 2014, Tomo I, p. 914, Ed La Ley. Diario La Ley 2999/2014. <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> [consulta 14 de septiembre 2016]

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor, en contra de lo mantenido por el Ministerio Fiscal que concluía que el desequilibrio puede perjudicar también al predisponente.

Por tanto, la cuestión que seguidamente se plantea es, si la cláusula suelo es o no abusiva, por reunir los requisitos mencionados, y en consecuencia, si produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

- La exigencia del justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El problema fundamental que se plantea, a la hora de analizar si la cláusula suelo produce un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, es que ni la Directiva ni el TRLGCU establecen criterios claros para determinar cuándo existe un desequilibrio importante contrario la buena fe.

Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO⁴¹¹, en el caso de la cláusula suelo, donde confluyen cuestiones jurídicas y económicas, la determinación de dicho equilibrio es una cuestión compleja.

En este sentido, la complejidad deriva, entre otras cosas, de que el juzgador no posee parámetros adecuados de precisión, de modo que se podrían vulnerar las reglas del mercado al influir en la determinación del precio.

Como apuntan CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO⁴¹², en el caso de la cláusula suelo, por debajo del límite que impone la legislación

⁴¹¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *op. cit.* p.29

represora de la usura, no existe una cifra de interés que sea más correcta que otra, por lo que queda a discreción del prestamista la cifra de interés mínimo – y también máximo si se pacta cláusula techo- que no será controlable a través de la abusividad.

En este sentido, dentro de la jurisprudencia menor, existen resoluciones en las que se ha declarado que los límites a la variabilidad de los tipos de interés no pueden valorarse con el parámetro del equilibrio o desequilibrio, ya que no estamos ante obligaciones recíprocas, sino ante mecanismos del contrato que tienden reducir el riesgo de pérdidas⁴¹³.

⁴¹² CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. “El espurio control...” *op. cit.* p. 177

⁴¹³ SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 en su fundamento de Derecho sexto señala: “...El equilibrio al que el art. 82.1 LCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto...”...Así pues, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo. No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase...”

En el mismo sentido la SJM de Jaén de 24 de abril de 2012 en cuyo Fundamento de Derecho 5 señala: “... El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente... No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase...Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato...Pudiendo pactar unos intereses variables sin cláusulas de limitación, opta porque su contrato contenga tales límites para que en definitiva, el precio del contrato, el interés que tiene la obligación de abonar por el dinero recibido, quede configurado de una determinada manera, aceptando que en todo caso tendrá que abonar un precio mínimo pero que tampoco se sobrepasará un precio máximo, sean las que sean las condiciones del mercado...”.

Otras sentencias que mantiene esta posición son la SJM de Madrid de 8 de septiembre de 2011 o la SJM de Alicante de 23 de junio de 2011.

En orden a este punto, hay que tener en cuenta que, aunque se ha querido diferenciar entre equilibrio jurídico y equilibrio económico, en realidad, lo que debe de tenerse en cuenta es si el contrato, o la cláusula en cuestión, produce, entre las partes, un desequilibrio jurídico, es decir, como se expresa el art. 82.1 TRLGCU, un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que, para las partes, se derivan del contrato.

De acuerdo con ello, CÁMARA⁴¹⁴, considera que este tema ha quedado definitivamente zanjado, en el sentido que apuntamos, por el TJUE que ha afirmado, en la Sentencia de 16 de enero de 2014⁴¹⁵, que el desequilibrio importante es jurídico, no económico, no tiene que ver con la cuantía del perjuicio económico causado al consumidor.

Por contra, MESSÍA⁴¹⁶, entiende que la dualidad entre reciprocidad jurídica y económica es aparente, porque el que se establezca un techo excesivo en relación con el suelo, es una argucia para mostrar una reciprocidad que no se corresponde con la realidad, ya que sólo se pretende con ello, dar validez al suelo. Según este autor, estos supuestos deben de

⁴¹⁴ CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias...” *op. cit.* p 623

⁴¹⁵ STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12, caso Constructora Principado, S.A. señala en el párr. 30: “La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste.”

⁴¹⁶ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A, *op. cit.* p.918

analizarse desde una perspectiva de reciprocidad jurídica y económica integrada, ya que de ello depende la existencia de un posible desequilibrio.

En esta línea, podemos señalar como, dentro de la jurisprudencia menor, existen posturas que han considerado que ha existido ese desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, con quebrantamiento de la buena fe, tanto en los casos en que sólo existe cláusula suelo sin la correlativa cláusula techo, como en los casos en los que existiendo ambas cláusulas, la desproporción entre suelo y techo es elevada, lo que conduce a la declaración de nulidad de la cláusula suelo⁴¹⁷.

Por su parte, la STS de 9 de mayo de 2013, que no declara expresamente que la cláusula suelo sea abusiva –se declara nula por falta de

⁴¹⁷ Dentro de este grupo de resoluciones podemos citar la SAP de Cáceres núm. 327/2012, de 19 de junio cuyo fundamento de derecho 5 señala: “...Pues bien, desde esta perspectiva, es claro que partiendo de la licitud del pacto de cobertura o limitación de tipos de interés, su validez se mantendrá desde la perspectiva de la proporción o reciprocidad entre las partes. Desde este punto de vista, es evidente que un pacto que sólo cubriera el interés del prestamista, es decir, un pacto que sólo contuviera la cláusula suelo, sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad...” Esta Sentencia reproduce, de la misma AP, la sentencia de 24 de abril de 2012 que señala: “ Las cláusulas sometidas al control judicial acompañadas a la demanda no solo son absolutamente desproporcionadas, imponiendo un “límite suelo ” excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza hasta el 5% en evidente perjuicio del particular, sino también se trata de cláusulas abusivas, por cuanto el “límite techo” fijado por la entidad crediticia, se ha limitado en unos intereses del 12%, absolutamente inimaginables en las fechas que se firmaron las cláusulas que nos ocupan, como inimaginables en la actualidad. Referidas cláusulas resultan abusiva por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto, que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos, que como hemos señalado, no existe proporción entre tales límites pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés, estableciendo un límite inferior de hasta el 5 % nominal anual, que ha provocado su aplicación desde hace varios años, con manifiesto perjuicio económico para el consumidor, mientras que el límite superior del 12% no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década. En el mismo sentido las SAP de Alicante núm 368/2012, de 13 de septiembre que también cita la anterior y las Sentencias citadas por la AP de Cáceres : SJM de Sevilla de 30 de septiembre de 2010; SJM de León de 11 de marzo de 2011; SAP Barcelona de 7 de abril de 2011.

transparencia material- , establece que, para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores, hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, ya que así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 y el art. 82.3 TRLGCU⁴¹⁸.

La STS, después de rechazar las consideraciones realizadas por la SAP de Sevilla objeto del recurso, que venía a señalar que no podía existir reciprocidad y, por ende, desequilibrio, al ser el préstamo un contrato unilateral, el TS destaca que no existe apoyo jurídico que refiera el desequilibrio, sólo, respecto de los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas.⁴¹⁹

La sentencia afirma que *“la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos.”*⁴²⁰

El TS, ante la falta de parámetros concretos en la norma comunitaria y en la interna, entiende que el desequilibrio importante contrario a la buena fe, hay que proyectarlo sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado, remitiéndose a lo dispuesto en la STJUE de 14 de marzo de 2013⁴²¹ que señala, en relación a

⁴¹⁸ Vid. párr. 240 a 242 de la STS de 9 de mayo de 2013

⁴¹⁹ Vid. párr. 243 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁴²⁰ Vid. párr. 245 STS de 9 de mayo de 2013.

⁴²¹ STJUE de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, caso Aziz. [www.Curia.europa.eu\(ECLI:EU:C:2013:164\)](http://www.Curia.europa.eu(ECLI:EU:C:2013:164))

la cuestión de en qué circunstancias se produce el desequilibrio, que el juez nacional *“debe comprobar a tal efecto 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”*⁴²².

Por lo demás, el TS incurre en una indefinición un tanto sorprendente, ya que como decimos, no declara expresamente que la cláusula suelo sea abusiva, sino que hace las siguientes afirmaciones⁴²³:

a) Afirma la licitud de la cláusula suelo *“siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.”*.

b) No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

c) Son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, considera, la concurrencia de ambas en el contrato, como un factor de distorsión, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

d) Corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta.

⁴²² Vid párr. 254 STS de 9 de mayo de 2013

⁴²³ Vid párr. 256 a 259 STS de 9 de mayo de 2013

Y poco más dice el TS en relación a la posible abusividad de la cláusula suelo, sin aclarar realmente, como apuntan CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO⁴²⁴, si las cláusulas suelo no transparentes producen un desequilibrio importante en contra de la buena fe y, por tanto, son abusivas, o, lo que parece más probable, según la sentencia, que, la falta de transparencia produce, sin más y directamente, la nulidad, sin tener que proceder al control de contenido.

En nuestra opinión, a la vista de todo lo expuesto, entendemos que la cláusula suelo, una vez superado el control de transparencia – formal y material- podrá ser sometida al control de contenido y determinarse, en su caso, su abusividad, cuando produzca un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, desequilibrio que habrá que ponderar no sólo, desde un punto de vista jurídico, sino también económico, si bien en este último caso, se deberá de ser meticuloso, a fin de no incidir e influir en el precio, que, como ya hemos dicho, queda sujeto a las reglas del mercado.

IV.4. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO.

IV.4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y ÁMBITO NORMATIVO

IV.4.1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Declarada la nulidad de la cláusula suelo, es necesario determinar cuáles son los efectos que dicha declaración puede producir, no sólo en relación con la citada cláusula, sino también, en relación al contrato de préstamo hipotecario en el que se inserta.

⁴²⁴ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. “El espurio...” *op. cit.* p. 178

Antes de entrar a analizar estos efectos, es necesario partir de una afirmación, que el propio TS ha destacado en sus sentencias, y es que la cláusula suelo no es, por sí sola, nula o ilícita, siempre que cumpla los requisitos legales de transparencia.

En este sentido, como decíamos al principio de este capítulo, podemos destacar que la licitud de la cláusula suelo, ha venido reconocida desde 1994. Como hemos tenido ocasión de analizar, son varias las normas, no solo sectoriales, sino también de rango de ley, e incluso comunitarias, que regulan o se hacen eco de la cláusula suelo reconociéndola.

IV.4.1.2. ÁMBITO NORMATIVO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO

A la hora de analizar cuáles son los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, es necesario tener en cuenta los siguientes preceptos que determinan el marco normativo de la eficacia de tal declaración.

1º.- Directiva 93/13/CEE

La Directiva recoge el “principio de no vinculación”, en cuya virtud, si en algún contrato celebrado con consumidores, figuraran cláusulas abusivas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia⁴²⁵;

⁴²⁵El considerando vigésimo primero de la Directiva 13/93/CEE dispone “*Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos*”

2º.- LCGC

Por un lado, el art. 8 de la ley, ya visto, declara la nulidad de pleno derecho de aquellas cláusulas que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la ley y en las normas imperativas o prohibitivas, salvo que se establezca un efecto diferente para el caso de contravención, y declara nulas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, las condiciones generales abusivas.

El art. 9.2, señala que, la sentencia estimatoria derivada del ejercicio de acciones individuales de no incorporación o de nulidad, decretará la nulidad o no incorporación de las cláusulas y determinará el alcance que, para el contrato, tendrá dicha declaración, es decir, si el contrato subsistirá sin las cláusulas, o, por el contrario, cuando la nulidad de la cláusula o su no incorporación, afecte a uno de los elementos esenciales del contrato del art. 1261 del CC, declarará la nulidad total del mismo.

Por último, el art. 10 de la ley, recoge los principios de conservación del contrato y de integración, en cuya virtud, la no incorporación o la declaración de nulidad de una cláusula no supondrá la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin la misma; y la parte del contrato afectada se integrará con arreglo a los art. 1258 del CC y los que regulan la interpretación de los contratos.

términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia”; por su parte el art. 6.1 establece: “1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

3º.- TRLGDCU

El art. 83, respecto de las cláusulas abusivas, las declara nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, manteniendo la validez del contrato siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.⁴²⁶

Como apuntan algunos autores⁴²⁷, la Directiva no determina la institución jurídica a la que debe de acudir, si a la nulidad, anulabilidad o ineficacia, pero sí establece la no vinculación de la cláusula al consumidor, y ello, puede afectar a todo el contrato o sólo a una de sus partes.

Estos autores ponen de manifiesto cómo el legislador español acude a la institución de la nulidad de pleno derecho, como se establece en los arts. 8 LCGC y el art. 83.1 TRLGDCU.

Pues bien, como ya hemos señalado en otros apartados del presente trabajo, existe una doble regulación, en materia de condiciones generales, en función de los sujetos que intervengan como partes en el mismo, así cuando interviene un consumidor se aplicará el TRLGDCU y la LCGC, mientras que, si ninguna de la partes es consumidor, se aplicará únicamente la LCGC.

⁴²⁶ **Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.**

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, 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.

Este art. fue objeto de modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo de modificación del TRLGDCU, dictada como consecuencia de la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, asunto Banco español de Crédito que dispuso, en u párr. 73 que es contrario a la Directiva 13/93/CEE, el antiguo art. 83 que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva de un contrato con consumidor, la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. (Curia.europa. eu ECLI:EU:C:2012:349).

⁴²⁷ SOLER SOLÉ, G.; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. y IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* pp. 90

Esta distinción es importante en relación con la posibilidad de moderación o integración del contrato, cuando una de sus cláusulas es declarada nula. En este sentido, de los preceptos vistos, se puede concluir que en el caso de contratos celebrados con consumidores, declarada abusiva la cláusula, y, por tanto nula, no le es aplicable el principio de integración o moderación de la cláusula, conclusión ésta que, sin duda alguna, es aplicable a la cláusula suelo

IV.4.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DE NULIDAD PARCIAL.

Declarada la nulidad de la cláusula suelo, se producen unos efectos que juegan en dos planos diferentes, por un lado, el de la cláusula en cuestión, y por otro lado en el contrato globalmente considerado⁴²⁸.

En relación a la cláusula, es evidente, como ya hemos visto, que su declaración de abusividad y nulidad, impide su moderación e integración del contrato⁴²⁹.

La cuestión que se plantea, es qué efectos tiene, respecto del contrato en su conjunto, la declaración de nulidad de la cláusula, o lo que es lo mismo, si el contrato puede mantenerse vigente sin dicha cláusula abusiva.

En este contexto, hay señalar que, tanto la Directiva (Art. 6) como la legislación española (Arts. 9 y 10 LCGC y 83 TRLGDCU), parten del principio de la conservación del contrato, de modo que éste subsistirá, sin la cláusula, siempre que sea posible.

⁴²⁸ *Ibid.* p. 91

⁴²⁹ Hay que tener en cuenta que partimos de la consideración de la cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, respecto de los cual, ha sido excluida la posibilidad de moderación o integración, cosa que no ocurre cuando ninguna de las partes del contrato es consumidor, en cuyo caso, si cabría, por permitirlo la LCGC.

Por tanto y, en principio, se tiende a la nulidad parcial del contrato, eliminando del mismo la cláusula declarada abusiva. Sin embargo, es necesario tener presente que cabe la posibilidad de que se produzca la nulidad total del contrato, a saber, según la LCGC, cuando éste no puede subsistir sin dicha cláusula o cuando la cláusula nula afecta a los elementos esenciales del contrato del art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa).

Por su parte, antes de la reforma de 27 de marzo de 2014, que eliminó la posibilidad de moderación de una cláusula abusiva en los contratos con consumidores, se preveía, en el art. 83.2 TRLGDCU, la posibilidad de declararse la nulidad total del contrato cuando, como consecuencia de la eliminación de la cláusula, produjese, en relación con las subsistentes, una situación no equitativa en la posición de las partes.

La cuestión que puede plantearse es qué ocurre con los contratos anteriores a la modificación, que entró en vigor el 29 de marzo de 2014. Es claro que la imposibilidad de moderación no cabría en los contratos anteriores, aun estando vigente el anterior art. 83, por el principio de aplicación directa del Derecho comunitario, que excluye esta posibilidad, sin embargo, en relación a la posibilidad de la nulidad total por falta de equidad en la posición de las partes, no está tan claro que se excluya respecto de los contratos anteriores a la reforma. Punto sobre el que volveremos más adelante

- Criterio de la STS de 9 de mayo de 2013.

La STS se refiere las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en su fundamento de Derecho decimosexto, y opta por la nulidad parcial, eliminando del contrato la cláusula suelo controvertida, dejando subsistente el resto del contrato.

En primer lugar, el TS pone de manifiesto que, en nuestro Derecho positivo, a diferencia de otros ordenamientos, no existe, con carácter general, un precepto que determine la nulidad parcial del contrato, si bien la jurisprudencia se ha decantado por el principio de conservación del negocio siempre que sea posible.

A continuación, hace un repaso sobre la aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, tanto respecto de las condiciones generales de la contratación, para las cuales está previsto en la LCGC, como, respecto de los contratos celebrados con consumidores, haciendo referencia a la regulación anterior al TRLGCU y a la Directiva con el principio de no vinculación del art. 6⁴³⁰.

Asimismo, la STS hace referencia a la imposibilidad de integración del contrato, afirmando que tras la STJUE de 14 de junio de 2012, resulta contrario al Derecho comunitario, la posibilidad de integración del contrato, cuando se declara abusiva una de sus cláusulas, incluyendo lo que llama “la reconstrucción equitativa” del contrato -declaración de nulidad total del contrato cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa para las partes- citando, para ello, el apartado 73 de la STJUE.

Hay que señalar que el apartado 73 de la STJUE de 14 de junio de 2012, no hace referencia alguna a lo que el TS llama “*reconstrucción equitativa*”, sino que, únicamente, declara la imposibilidad de integrar el contrato cuando una cláusula es declarada abusiva.

Por último, la STS hace una afirmación cuando menos sorprendente, para defender la subsistencia de los contratos, y que entendemos

⁴³⁰ *Vid.* párr. 265 a 269 ST de 9 de mayo de 2013.

innecesaria, ya que después de declarar que la cláusula suelo se refiere al objeto principal del contrato, señala que no se puede identificar, objeto principal con elemento esencial.

Estas afirmaciones nos hacen preguntarnos cuál es, según el TS, el elemento esencial del contrato de préstamo, si no es el precio junto con el capital prestado⁴³¹. Tales afirmaciones provocan una sensación de que el TS, veladamente, pretendiera salir al paso de posibles argumentos que pudieran defender la posible nulidad total del contrato al afectar, la cláusula suelo, a uno de los elementos esenciales del mismo.

En nuestra opinión, la subsistencia del contrato, que obviamente defendemos, ha de venir determinada por otros parámetros defendidos a lo largo del presente trabajo, y que se derivan del hecho de configurar la cláusula suelo como un elemento accesorio, y no definitorio del precio.

Esta configuración, basada en los argumentos expuestos a lo largo de los apartados anteriores, es suficiente para que el contrato subsista.

Por un lado, porque la cláusula suelo, sometida al control de incorporación- que comprende la transparencia, no sólo formal, sino también material- en caso de no ser transparente, no quedaría incorporada al contrato, quedando éste plenamente existente sin dicha cláusula.

Por otro, porque, aun superando el control de transparencia, podría ser sometida al control de contenido, propio de las cláusulas insertas en contratos con consumidores, y en su caso, podría ser declarada abusiva,

⁴³¹ Como ya analizamos en los apartados correspondientes al préstamo hipotecario, que al tratarse de un contrato oneroso, el objeto del mismo viene formado por la obligación de devolución del capital principal y la obligación de pago de intereses que es el precio.

siéndole aplicable la sanción de nulidad, y por ende, eliminada del contrato sin que ello afecte al resto.

Se nos podrá achacar a esta postura que el efecto conseguido es el mismo, y que ambos caminos llevan al mismo resultado, si bien, ello es cierto, entendemos que desde un punto de vista conceptual y técnico jurídico es mucho adecuado y más sencillo, sin necesidad de tener que acudir a construcciones artificiosas carentes de todo amparo legal.

IV.4.3. EFECTOS RESTITUTORIOS. RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO.

Otro de los posibles efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, consiste en determinar si tal declaración conlleva la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, sólo desde que se produce la declaración de nulidad, o, por el contrario, desde la fecha de la firma del contrato.

En principio, la solución a esta cuestión no debería de plantear ningún tipo de problema: desde la Directiva 13/93/CEE, a través del principio de no vinculación del art. 6, y desde nuestra propia legislación interna, que declara la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas, en los términos de los arts. 8 LCGC y 83 TRLGDCU, podemos entender que nos encontramos ante una nulidad ab initio de la cláusula y, por tanto, sometida al principio de “*quod nullum est, nullum effectum producit*” y al régimen general de nulidad de pleno derecho.

Como apunta LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁴³², el contrato nulo no puede producir los efectos jurídicos que hubiera producido de ser válido, es totalmente ineficaz, de modo que los contratantes no quedan vinculados y las atribuciones patrimoniales, eventualmente realizadas en virtud del mismo se han de considerar carentes de causa.

Si bien es cierto que podemos matizar con DE CASTRO⁴³³ que el alcance del concepto de nulo depende de la naturaleza del negocio y de las normas específicas que le sean aplicables.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que el contrato nulo haya producido indebidamente efectos, por lo que se hace necesario destruir lo que no debió de producirse en la realidad. De los efectos derivados de la nulidad-llamados “efectos anti-efectos”⁴³⁴-, el más importante es la obligación de restitución de las prestaciones ejecutadas, regulado en el art. 1303 del CC.

Si bien este precepto fue redactado para aplicarse a la anulabilidad, lo cierto es que la idea de que se aplique también a la nulidad de pleno derecho, hace tiempo que es pacífica en la doctrina y la jurisprudencia.

La obligación de restitución es consecuencia de la nulidad, y hace surgir una obligación para cuyo cumplimiento ha de ejercitarse la correspondiente acción por quien cumplió sus obligaciones carentes de causa. Esta acción es una acción personal. Una de las cuestiones que se han

⁴³² *Cfr.* LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. “La ineficacia contractual derivada de la acción de nulidad: protección del tercero” en ORDUÑA MORENO, J. (Dir.), *Contratación y consumo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. P. 52

⁴³³ *Cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.* p. 475

⁴³⁴ *Cfr.* LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *op. cit.* p. 53

planteado en la doctrina, es si esta acción de restitución es o no independiente de la acción de nulidad propiamente dicha.

Así, mientras que la doctrina mayoritaria, siguiendo a DE CASTRO, entiende que son acciones independientes, por ser la acción de nulidad una acción declarativa y la de restitución, de condena, otro sector doctrinal⁴³⁵, considera que el derecho a la restitución es consecuencia de haber cumplido las obligaciones de un contrato nulo, por lo que la estrecha vinculación entre ambas acciones se hace evidente.

Para autores como DÍEZ-PICAZO⁴³⁶, la acción tiene carácter unitario, y en base a ello, autores como LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁴³⁷, consideran que, aun cuando se ejercitase únicamente la acción de nulidad o anulación, sin reclamar la restitución de las prestaciones, el Tribunal al declarar la nulidad podría condenar a la restitución, sin incurrir en incongruencia, por ser ésta una consecuencia necesaria de dicha declaración.

No obstante lo anterior, entendemos que, en base al deber de congruencia de las resoluciones judiciales, y en base al principio de rogación, en la demanda deben de ejercitarse ambas acciones acumuladamente, a fin de evitar una posible vulneración, no sólo del citado deber de congruencia, sino también del derecho a la tutela judicial efectiva del demandado.

Por tanto, a la vista de la regulación de la nulidad en el CC, en concreto, por aplicación del art. 1303, que impone la restitución de las prestaciones en virtud de la declaración de nulidad, y lo dispuesto en los art.

⁴³⁵ *Ibid.* p. 63

⁴³⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. “La anulabilidad de los contratos” en el *Libro homenaje al Profesor Lacruz*, tomo II, Barcelona 1993, p. 1223

⁴³⁷ Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *op. cit.* p. 63

8 LCGC y art. 83 TRLGDCU, no existen obstáculos a la hora de admitir el carácter retroactivo de tal declaración y, por ende, proceder, por la entidad condenada, a la devolución de lo indebidamente cobrado de más por aplicación de la cláusula suelo.

Sin embargo, no ha sido esto lo que ha entendido nuestro más Alto Tribunal, el cual, en la paradigmática Sentencia de 9 de mayo de 2013, ha acordado la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, con argumentos realmente sorprendentes, doctrina que, ha venido a confirmarse en la STS de 25 de marzo de 2015⁴³⁸.

Antes de entrar a analizar los argumentos utilizados por el TS en las sentencias mencionadas, hay que poner de manifiesto que la primera diferencia que existen entre ambas es que la STS de 9 de mayo de 2013, es fruto del ejercicio de una acción colectiva de cesación, mientras que la del 25 de marzo de 2015, trae causa del ejercicio de una acción individual.

Llegados a este punto, consideramos necesario hacer un breve apunte en relación a la acción colectiva de cesación, origen de la STS de 9 de mayo de 2013.

La demanda rectora del procedimiento del que trae causa dicha STS, fue una demanda promovida por la asociación de consumidores AUSBANC contra diversas entidades bancarias y en la que se ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación, en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

En el Suplico de la demanda se interesaba: a) la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas suelo; b) la condena a las demandadas

⁴³⁸ STS núm. 139/2015, de 25 de marzo (CENDOJ: Roj: STS 1280/2015)

a eliminarlas de los contratos y a no utilizarlas en lo sucesivo; c) la publicación del fallo junto con el texto de las cláusulas en el BORM o un periódico de los de mayor difusión de la provincia del juzgado; d) la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de Contratación; e) Condena en costas a las demandadas.⁴³⁹

Hay que tener presente que, el art. 12 de la LCGC⁴⁴⁰ establece que, contra la utilización de condiciones generales que resulten contrarias a la ley, pueden ejercitarse acciones de cesación o retractación. El precepto define la acción de cesación, como la dirigida a obtener una sentencia por la que se condene al demandado a eliminar las cláusulas nulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

Por su parte, la acción de cesación viene, también, regulada en los arts. 53 a 56 de la TRLGDCU, cuya definición es similar a la ya vista. Esta regulación permite acumular a la acción de cesación, entre otras, como accesoria, la de devolución de las cantidades que se hubieren cobrado en virtud de las condiciones generales a que afecte la sentencia y la indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de la cláusula.⁴⁴¹

⁴³⁹ Cfr. STS de 9 de mayo de 2013, Antecedente de Hecho Primero

⁴⁴⁰ El art. 12 LCGC establece:

1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

⁴⁴¹ El art. 53 párrs. 3 y 4 del TRLGDCU señala: “A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de

A la vista de lo expuesto, se puede observar que, la demandante del procedimiento origen de la STS de 9 de mayo de 2013, pudiendo hacerlo, no acumuló, la petición de restitución de cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula suelo. Por su parte, el Ministerio Fiscal, que se personó en la apelación, tampoco solicitó, en tal instancia, que se aclarase el alcance temporal de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, únicamente lo interesó en sede de casación.

Ante esta situación, han surgido críticas al pronunciamiento del TS sobre la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, ya que, tal cuestión, no fue planteada, en ninguna de las instancias, por ningún de las partes, y por ende, no podía ser objeto de debate, incurriendo en incongruencia y vulnerando el principio de la tutela judicial efectiva, al no dar oportunidad a las partes de alegar y probar al respecto⁴⁴². De acuerdo con ello, entendemos más que dudoso que el TS pudiera entrar a conocer sobre el asunto.

obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesorio conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.

Serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.”

⁴⁴² Por todos, CARRASCO PERERA, A. “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional”, en Diario la Ley núm 8159, de 2013. [www. Diariolaley.laley.es](http://www.Diariolaley.laley.es) (ref. D-328) [Consulta 16 de septiembre de 2016]

Por su parte, la SJPI nº 4 de Orense, núm. 95/2013, de 13 de mayo, en su fundamento de Derecho decimoquinto, señala: “...esta Juzgadora no puede obviar que la aplicación del criterio retroactivo que allí se efectúa al margen de ser un pronunciamiento que efectúa la Sala sin que haya sido pedido por ninguna de las partes en primera o segunda instancia y sin que se haya permitido a las partes alegar lo que estiman al respecto, vulnera el principio de tutela judicial efectiva...”

Hecho este inciso, lo cierto que es el TS se pronunció sobre la cuestión, por lo que consideramos necesario analizar los argumentos que utiliza al respecto

IV.4.3.1. ARGUMENTOS DEL STS PARA LA DECLARACIÓN DE IRRETROACTIVIDAD⁴⁴³

El TS, en su sentencia, parte de la premisa general de que la ineficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas, exige que se destruyan sus consecuencias como si no hubieran existido, de acuerdo con el clásico principio de que “*quod nullum est, nullum effectum producit*” y por establecerlo el art. 1303 CC.

Además de lo anterior, se centra, en el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁴⁴⁴ (COM/2000/0248), el cual, en su apartado 4 señala la retroactividad *ex tunc* de la declaración de nulidad, y en la STS de 13 de marzo de 2012, que establece la *restitutio in integrum* como alcance de la declaración de nulidad.

Pues bien, establecida esta regla general, el TS se aparta de la misma, para declarar el efecto no retroactivo de la declaración de nulidad de la

⁴⁴³ La STS de 9 de mayo de 2013, declara en su fundamento de Derecho DÉCIMO: “*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.*”

⁴⁴⁴ Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores COM/2000/0248

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=celex%3A52000DC0248>

(Document 52000DC0248) señala en el apartado 4: Además, la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*).

cláusula suelo, y ello, en base a argumentos un tanto variados y heterodoxos.

El TS, comienza sus argumentaciones aludiendo al principio de la seguridad jurídica⁴⁴⁵, como principio excluyente de la retroactividad.

En este sentido, y relacionado con lo anterior, la sentencia se hace eco, incomprensiblemente, de normas que nada tienen que ver con el objeto del procedimiento en cuestión, como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, y otros argumentos como determinadas enmiendas parlamentarias al Proyecto de Ley de contratos de crédito al consumo⁴⁴⁶.

Hay que tener en cuenta, que las referencias a tales normas, suponen una inusitada aplicación de la figura de la analogía, del art. 4 del CC, dado que no existe, en el caso que nos ocupa, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, laguna legal que integrar o suplir, por estar perfectamente regulada en el art. 1303 del CC, además de la legislación específica sobre la materia.

Por otra parte, en apoyo de sus argumentos, la sentencia menciona también la STJUE de 21 de marzo de 2013, en cuya virtud, el Tribunal, en base a la seguridad jurídica, permite limitar que se invoque una interpretación de una norma comunitaria, cuando se trata de cuestionar

⁴⁴⁵ *Vid. párr. 287 STS 9 de mayo de 2013*

⁴⁴⁶ *Vid párrs. 287 a 290 STS de 9 de mayo de 2013*

relaciones jurídicas de buena fe, exigiendo para dicha limitación dos requisitos, por un lado, la buena fe de las partes interesadas, y, por otro, el riesgo de trastornos graves⁴⁴⁷.

En relación con la citada STJUE, ni siquiera se llegó a apreciar la existencia de trastornos graves, lo que a juicio de ANCHÓN⁴⁴⁸, demuestra el carácter excepcionalísimo de dicha circunstancia y que, en modo alguno, concurre en el caso resuelto por la STS de 9 de mayo, dado que no se puede presumir que las entidades actuaran de buena fe, si se tiene en cuenta que, según la sentencia, establecieron una cláusula contraviniendo el deber de adecuada información a sus clientes.

Se ha criticado que la STS utilice el principio de seguridad jurídica cuando, en realidad, es ese mismo principio el que se está vulnerando⁴⁴⁹ en la misma.

⁴⁴⁷ STJUE de 21 de marzo de 2013, Asunto C-92/11. Curia.europa.eu (ECLI:EU:C:2013:180) en su apartado 59: “*Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rēdlihs, C-263/11, apartado 59).*”

⁴⁴⁸ Cfr. ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”. Diario La Ley núm. 8366, 2014, Ed. La Ley (ref. D-261) La Ley 4937/2014 [Consulta: 14 de septiembre de 2016]

⁴⁴⁹ Cfr. HERNÁNDEZ GUARCH, C. “La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas” en Revista CESCO de Derecho de consumo, núm. 6/2013, p. 139.

Asimismo, GARRIGA, J. en un comentario incluido en el blog de ALFARO AGUILA REAL, J., señala que: “*Lo que se hace en la sentencia es "cargarse" tal principio. El máximo exponente del mismo es el cumplimiento del principio de legalidad. Estamos en una relación contractual privada y la ley aplicable en caso de nulidad de una obligación (art. 1.303 del C.Civil) establece como única consecuencia jurídica que "los contratantes*

Por otro lado, el TS relaciona, sin mayor explicación, los criterios para determinar si cabe aplicar la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, así, entre otros, señala:

1º.- Las cláusulas suelo son lícitas;

2º.- Su establecimiento, como afirma el informe del Banco de España, obedece a criterios objetivos;

3º.- No son inusuales o extravagantes y su utilización se ha tolerado largo tiempo en el mercado.

4º.- La estimación de la acción de cesación no se basa en la ilicitud intrínseca de la cláusula, sino en la falta de transparencia que no debe de entenderse como oscuridad interna, sino como insuficiencia de información al consumidor.

5º.- Las entidades demandadas observaron lo dispuesto en la normativa sectorial.

6º.- La retroactividad generaría riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público económico.

Como señala un sector doctrinal⁴⁵⁰, “*aparentemente, ninguna de las consideraciones apuntada, tiene relación alguna con la justificación de la exclusión del efecto restitutorio típico de la nulidad del art. 1303 del CC*”, por lo que da la impresión, y en esto, nos mostramos de acuerdo, que el

deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato...” La sentencia vulnera flagrantemente el art. 9.1 y 3 de la C.E., no defiende la seguridad jurídica, sino la seguridad económica de una de las partes.”

⁴⁵⁰ SOLER SOLÉ, G.; SERRA RODRÍGUEZ, A.; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. y IZQUIERDO BLANCO, P. *op. cit.* pp. 167

argumento determinante, para declarar la irretroactividad, es el supuesto perjuicio que podría producirse al orden público económico.

Este argumento, genérico y sin ningún tipo de justificación, no puede fundamentar la decisión económica más importante de la sentencia ya que, como señala HERNÁNDEZ GUARCH⁴⁵¹, ni las entidades, ni el Ministerio Fiscal –favorable a la irretroactividad- ni el TS, aportan ni un solo dato, para cuantificar el impacto económico que supondría la declaración de retroactividad.

Podemos afirmar que el TS ha conseguido, con este pronunciamiento, el efecto contrario que pretendía, y es el de una clara inseguridad jurídica que ha dado lugar a una gran cantidad de pronunciamientos contradictorios por parte de la jurisprudencia menor.

Así, podríamos agrupar las resoluciones dictadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013, entre aquellas que, declarando nula la cláusula suelo, siguen el criterio establecido por la STS⁴⁵²; y aquellas que, en contra de dicha doctrina, aplican el criterio de la retroactividad⁴⁵³. Estas

⁴⁵¹ Cfr. HERNÁNDEZ GUARCH, C. *op. cit.* p 165

⁴⁵² SAP de Córdoba núm. 114/2013, de 18 de junio sigue un argumento un tanto sorprendente en su fundamento de Derecho décimo al señalar: *Si bien es cierto que, como regla general, la declaración de nulidad debería conllevar la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de la estipulación nula, como quiera que estamos siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (con las salvedades ya expuestas), no podemos hacerlo solamente en una parte y no en su conjunto; por lo que no podemos desconocer que dicha resolución ha declarado que no procede la restitución de las cantidades ya abonadas. (TOL4.043.365); SAP Cáceres, núm 168/2013, de 20 de junio (TOL 3. 846.464); SAP Alicante, núm 315/2013, de 12 de julio (TOL 3.893.045), esta sentencia contiene un voto particular del Magistrado D. Francisco J. Soriano Guzmán favorable a la retroactividad; SP de Madrid, sección 28, núm. 238/2013 (TOL 3. 949. 001).*

⁴⁵³ SAP de Álava, 291/2013, de 9 de julio (TOL 3.885.183): esta sentencia establece en su fundamento de Derecho octavo, la distinción entre las consecuencias de la acción de cesación y la acción individual que en el caso resuelto se ejercita, y declara, en consecuencia el carácter retroactivo de la declaración de nulidad; SAP de Alicante, núm 335/2013, de 23

sentencias, fundamentalmente, acuden al argumento de distinguir entre la acción de cesación-que se proyecta hacia el futuro- y la acción individual que puede tener y tiene proyección *ex tunc*.

Como apunta CARRASCO PERERA⁴⁵⁴, otros argumentos utilizados, por dicha jurisprudencia menor, han sido, la existencia de una colisión entre las fuentes del Derecho (ley y jurisprudencia) y la preponderancia de la fuente prevalente (con la más implícita acusación, añade este autor, de que el TS incurre en vicio *contra legem*); o bien acuden a considerar que el ejercicio de una acción individual no supone peligro alguno para el orden público económico.

IV.4.3.2. LA STS DE 25 DE MARZO DE 2015

Ante este panorama, la STS de 25 de marzo de 2015 ha venido a confirmar la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013, estableciendo que la devolución de cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula suelo se produce a partir de la fecha de publicación de la STS del 9 de mayo⁴⁵⁵.

de julio de 2013 (TOL 3.892.715), esta sentencia también se basa en la distinción entre acción de cesación y acción individual que es la resuelta por la misma y admite la retroactividad.; SAP de Barcelona, núm.453/2013, de 16 de diciembre (TOL 4.074.031) fundamento de Derecho 17, declara la retroactividad en base a que se ejercita una acción individual. Esta sentencia tiene un voto particular que defiende la irretroactividad en base a la STS de 9 de mayo de 2013.

⁴⁵⁴ CARRASCO PERERA, A. “La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación” en Revista CESCO de Derecho de consumo, 2014, p. 2.

<http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/La-cl%C3%A1usula-suelo-nuevamente-a-las-puertas-de-la-casaci%C3%B3n.pdf> [Consulta 15 de septiembre de 2016]

⁴⁵⁵ STS núm. 139/2015, de 25 de marzo (CENDOJ: Roj: STS 1280/2015) establece en el fallo cuarto: 4. “Se fija como doctrina: “Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en

Esta STS tiene su origen, a diferencia de la del 9 de mayo de 2013, como ya hemos dicho, en el ejercicio de una acción individual, lo que no es obstáculo para la Sala, que no considera, tal diferencia trascendente, para extender los efectos de la primera al caso tratado en la segunda. Para ello, argumenta que el conflicto jurídico es el mismo en ambas sentencias, y que nos encontramos ante una doctrina establecida por la STS del 9 de mayo, aplicable a todos los supuestos en que la cláusula suelo sea declarada nula⁴⁵⁶.

Los argumentos utilizados en esta sentencia, se basan, como decimos, en la doctrina, de la sentencia de 9 de mayo de 2013, y considera, de un modo un tanto vago, que, a partir de la fecha de publicación de dicha sentencia, no es posible la alegación de buena fe por los círculos interesados. Que la misma abre los ojos y las mentes a las partes contratantes, pudiendo indagar y esclarecer si las cláusulas suelo de sus contratos no son transparentes por falta de información, de modo que, si fueran declaradas nulas por ese motivo, y no por otro, tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.⁴⁵⁷

Esta STS contiene un voto particular del Magistrado D. JAVIER ORDUÑA MORENO, al que se adhiere el del Magistrado D. XAVIER O' CALLAGHAN MUÑOZ, en el que se muestran favorables a la aplicación retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

En el voto particular, en relación a la cuestión que nos ocupa, el Magistrado ORDUÑA MORENO, establece la diferenciación entre los dos

aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”

⁴⁵⁶ Vid. Fundamento de Derecho SÉPTIMO de la STS de 25 de marzo de 2015,

⁴⁵⁷ Vid. Fundamento de Derecho DÉCIMO de la STS de 25 de marzo de 2015.

procedimientos resueltos por la STS del 9 de mayo de 2013 y la de 25 de marzo de 2015, basándola en las diferentes acciones entabladas. Y hace una interesante afirmación, al señalar que, en el marco de una acción individual, es necesario examinar *“si, en cada caso, concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente, determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula.”*

Después de una amplia fundamentación, el voto particular concluye que debía de haberse desestimado el recurso de la entidad demandada, y haber confirmado tanto, la nulidad de la cláusula, como, la devolución de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, *“dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente”*⁴⁵⁸.

Señala ANCHÓN BRUÑÉN⁴⁵⁹, que ninguna de las dos sentencias fundamentan correctamente la retroactividad. Considera la autora que el error de la primera, se agravó en la segunda, la cual reprodujo la doctrina de su predecesora sin reparar que los supuestos eran diferentes y que, no sólo se había ejercitado una acción individual-cuyos efectos se proyectan al pasado según los arts. 8 y sig. LCGC-sino que, además, se había solicitado acumuladamente, la devolución de cantidades abonadas por aplicación de la cláusula.

⁴⁵⁸ Vid. Fundamento de Derecho OCTAVO del voto particular de la STS de 25 de marzo de 2016.

⁴⁵⁹ Cfr. ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. “¿Retroactividad, revisión de sentencias firmes?, en Diario La Ley, nº 8767, 2016, ed. La Ley (ref. D.213). www.diariolaley.laley.es [Consulta 25 de mayo de 2016]

Con posterioridad a la STS de 25 de marzo de 2015, las AAPP han seguido un criterio dispar. Así, mientras algunas, que habían defendido la retroactividad, tras la STS, llevan a cabo un cambio de criterio, aplicando la doctrina sentada por la misma⁴⁶⁰; otras, por el contrario, siguen manteniendo la retroactividad, en la misma línea que habían defendido antes de la STS⁴⁶¹

IV.4.3.3. LA ESPERADA RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR EL TJUE

La doctrina sentada por las SSTS mencionadas, que no acaban de convencer en el mundo jurídico, ha originado que se hayan planteado ante el TJUE numerosas cuestiones prejudiciales acerca de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

La resolución a estas cuestiones prejudiciales es muy esperada en los círculos jurídicos y económicos⁴⁶². De hecho, casi la totalidad de las AAPP, e, incluso, el propio TS, han suspendido la tramitación de los

⁴⁶⁰ A título de ejemplo podemos citar la SAP de Valencia núm. 298/2015, de 22 de septiembre (TOL.5. 559.930) en cuyo fundamento de Derecho TERCERO señala: "...Pues bien, no obstante la postura que al respecto venía manteniendo este Tribunal, la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 25 de marzo de 2015 *exigió* efectuar un cambio de criterio (art. 1.6 Código Civil), en tanto su parte dispositiva determina: "Se fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ">>.

Por tanto, tal y como resulta tanto de la primera resolución (9/5/13) como de la segunda (de 25/3/15) del Pleno civil del TS, esta última dictada en el ámbito de la acción de reclamación individual, el límite de *retroactividad* de la reclamación se reconduce a la fecha de la primera resolución,..."

⁴⁶¹ A título de ejemplo podemos citar la SAP de Burgos núm 104/2015, de 14 de abril de 2015 (TOL4. 946. 249) que, con cita de la doctrina sentada por la misma Sala, casualmente, en SAP de 25 de marzo de 2015, mantiene el criterio de la retroactividad

⁴⁶² A la fecha de este trabajo, el TJUE un no ha dictado sentencia, habiéndose emitido el Informe de la Comisión el 13 de julio de 2015 y las Conclusiones del Abogado General , Paolo Mengozzi, el 13 de julio de 2016

procedimientos pendientes, relacionados con la cláusula suelo⁴⁶³ a la espera de la STJUE.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada ha sido el primero en plantear la cuestión prejudicial al respecto (asunto C-154/15) y ha realizado dos preguntas al TJUE:

- La primera, es si es compatible con el principio de no vinculación del art. 6 de la Directiva 13/93/CEE, que una cláusula abusiva extiende sus efectos hasta que es declarada nula, y por tanto, los efectos que haya producido hasta la declaración de nulidad no queden ineficaces;

- Y la segunda, se refiere a si los tribunales pueden moderar los efectos de declaración de nulidad de una cláusula, en relación a la devolución de cantidades que se hayan cobrado por aplicación de la misma, o, por el contrario, la nulidad debe de aplicarse desde que se celebró el contrato.

A esta cuestión prejudicial se han acumulado dos más provenientes de la AP de Alicante, en autos dictados por la sección 8ª, los días 10 y 14 de junio de 2015 (Asuntos C-307/15 y C-/308/15)⁴⁶⁴.

⁴⁶³ ATS de 12 de abril de 2016 procede a la suspensión de la tramitación del recurso hasta que se resuelva por el TJUE (C-154/15) la cuestión prejudicial planteada por el JM nº 1 de Granada

⁴⁶⁴ Asunto C-307/15: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante (España) el 25 de junio de 2015 — Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; Asunto C-308/15: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante (España) el 25 de junio de 2015 — Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu. DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA C-279/24 de 24 de agosto de 2015. <http://eur-lex.europa.eu> (Document: 62015CN0307 y 62015CN0308)

Las cuestiones planteadas por la AP de Alicante (asunto C-307/15), van en la misma línea que las del JM de Granada, en el sentido de si es compatible con el principio de no vinculación la irretroactividad de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo (cuestión 1ª).

Además, la AP de Alicante pregunta al Tribunal si la buena fe y el riesgo de trastornos graves, que actúan como fundamento para limitar los efectos retroactivos, son conceptos autónomos de Derecho comunitario que deban interpretarse uniformemente por todos los Estados miembros, y en caso afirmativo, qué presupuestos deben darse para considerar su concurrencia (cuestiones 2ª, 3ª y 5ª).

Plantea asimismo, si es conforme a la buena fe de los círculos interesados, la actuación del profesional que ha motivado la falta de transparencia de la cláusula y si el riesgo de trastorno grave debe de valorarse desde el punto de vista únicamente del predisponente, o hay que tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores (cuestiones 4ª y 7ª).

En el segundo de los asuntos (C-308/15), la AP de Alicante completa las cuestiones prejudiciales del anterior, y plantea al TJUE, si es compatible con el principio de no vinculación y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que se extienda automáticamente la limitación de efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo decretada, como consecuencia de una acción colectiva de cesación, a los procedimientos en los que se entable una acción individual (cuestión 8ª).

Hay que destacar, que estas no han sido las únicas cuestiones prejudiciales que, al respecto, se han planteado⁴⁶⁵, si bien las primeras de las cuestiones que se van a resolver por el TJUE son las que hemos señalado en los párrafos anteriores y que, como ya hemos dicho, se está a la espera de que, en breve espacio de tiempo, se dicte la sentencia por el TJUE.

IV.4.3.4. INFORME DE LA COMISIÓN DE 13 DE JULIO DE 2015⁴⁶⁶

Hay que destacar que en el *iter* procesal de las cuestiones prejudiciales, se otorga un plazo para que las partes, los Estados miembros y la Comisión efectúen las alegaciones correspondientes⁴⁶⁷.

En base a ello,, en las alegaciones efectuadas por la Comisión, en relación con la no vinculación del art. 6 de la Directiva 13/93/CEE, se señala que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (por todas la STJUE de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10. Caso Banco Español de Crédito), el régimen jurídico nacional aplicable a las cláusulas declaradas abusivas en los ordenamientos nacionales, ha de garantizar que tales cláusulas no vinculen a los consumidores; que el Ordenamiento Jurídico español declara la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los arts. 83 TRLGDCU y 8 LCGC, y de acuerdo con ello, considera que la no

⁴⁶⁵ *Cfr.* ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. “Retroactividad...” *op.cit.* p. 7, relaciona las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Castellón (Asunto C-349/15); AP de Zamora (Asunto C-381/15) que cuestiona si la irretroactividad dictada por el TS provoca un enriquecimiento injusto a favor de la entidad, contradiciendo por ello el Derecho comunitario; AP de Cantabria y AP de Álava (Asunto C-525/15); AP de A Coruña que ha planteado cuestión prejudicial mediante Auto de 4 de enero de 2016.

⁴⁶⁶ http://s01.s3c.es/imag/doc/2015-10-27/TJUE_CalusulasSuelo.pdf [Consulta 10 de septiembre de 2016]

⁴⁶⁷ Art. 23 del Estatuto del TJUE.

http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_es.pdf [Consulta 30 de septiembre de 2016]

vinculación produce efectos *ex tunc*, y no sólo desde la declaración de abusividad.⁴⁶⁸

Por otro lado, en relación a si cabe limitar de algún modo los efectos de dicha nulidad, la Comisión, considera que la doctrina sentada en la STJUE⁴⁶⁹, invocada por nuestro TS para argumentar dicha limitación, no es extrapolable a un asunto como la cláusula suelo, y no puede ser invocada para fundamentar la aplicación de una norma del Derecho de la Unión.

Argumenta la Comisión que en el asunto resuelto por la STS, la jurisprudencia del TJUE sobre el art. 6 de la Directiva es clara y consolidada, llegando a la conclusión de que el cese del uso de una cláusula declarada nula, como consecuencia de una acción individual, no es compatible con limitación de ningún tipo, no existiendo base jurídica alguna que permita a los tribunales nacionales moderar los efectos económicos de la nulidad, con independencia de la acción ejercitada.

Por lo demás, hay que destacar que, en el trámite de alegaciones, también presentaron observaciones escritas no sólo, el Reino de España, sino también Reino Unido y la República Checa. En este sentido, el Estado español y el Reino Unido se mostraron partidarios de la doctrina sentada por nuestro TS a favor de la limitación de la retroactividad, mientras que la República Checa, se mantuvo en la línea de la Comisión.

⁴⁶⁸ Vid. Párr. 25, 27 y 29 Observaciones escritas de la Comisión de 13 de julio de 2015.

⁴⁶⁹ STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, c aso RWE

IV.4.3.5. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DE 13 DE JULIO DE 2016.⁴⁷⁰

En fecha de 26 de abril de 2016 se celebró la vista, sobre las cuestiones prejudiciales a las que hemos hecho referencia, ante el TJUE, y quedó pendiente de que por el Abogado General se formularan las conclusiones pertinentes.

Con fecha de 13 de julio de 2016, se hicieron públicas las citadas conclusiones. En ellas, el Abogado General (en adelante AG), en contra de lo esperado, declara que no se opone el art. 6 de la Directiva al hecho de que el TS declare la nulidad de la cláusula suelo y limite los efectos restitutorios de esa nulidad a la fecha de la publicación de dicha sentencia, en atención a circunstancias excepcionales.

Dentro de los argumentos utilizados para llegar a dicha conclusión, se encuentra el hecho de que, en opinión del AG, la interpretación literal del art. 6.1 de la Directiva, no permite extraer la conclusión de que la intención del legislador haya sido dotar a la falta de efecto vinculante de una dimensión retroactiva.⁴⁷¹

Considera que al establecerse que las cláusulas abusivas “no vincularán” *“el legislador de la Unión no ha ido más lejos en la determinación de la sanción aplicable a las cláusulas abusivas y, en particular, del modo en que los Estados miembros deben disponer que éstas*

⁴⁷⁰ Conclusiones del Abogado general, D. Paolo Mengozzi, de 13 de julio de 2016. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15, C-308/15.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62015CC0154>
(Document: 62015CC0154) [Consulta 30 de septiembre de 2016]

⁴⁷¹ Vid. Párr. 54 de las conclusiones.

*no surtan efectos vinculantes, tal como se exige en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13*⁴⁷².

Después de analizar una amplia jurisprudencia del TJUE, llega a la conclusión de que los jueces nacionales están obligados a dejar sin efecto la aplicación de la cláusula abusiva a fin de que no vincule al consumidor.

Por su parte, considera que no hay una relación sistemática entre el principio de la no vinculación con la nulidad, y que para el TJUE, la nulidad de la cláusula no es la única respuesta a la exigencia de que las cláusulas abusivas no tengan carácter vinculante⁴⁷³.

Para el AG, el Derecho español, se ajusta a la Directiva en cuanto que aplica el nivel máximo de sanción civil, que es la nulidad de las cláusulas abusivas, con el consiguiente derecho a la restitución íntegra, habiéndose generado el problema cuando el TS acude a una vía procesal que le permite limitar los efectos, en el tiempo, de sus sentencias⁴⁷⁴.

En consecuencia, entiende que, a partir de la STS, las cláusulas suelen desaparecer del Ordenamiento Jurídico español. Deben ser eliminadas de todos los contratos existentes y los profesionales no pueden ya incluirlas en nuevos contratos, puesto que el profesional que incluya tales cláusulas, a partir de esa fecha, será condenado tanto a la eliminación de las mismas

⁴⁷² El Abogado General señala en el párr. 54 que “*La utilización del futuro de indicativo («no vincularán») nada revela en cuanto a la posible intención de ese legislador de dotar a la falta de efecto vinculante de una dimensión retroactiva. (46) Ese mismo legislador ha optado claramente por no emplear un término jurídico más preciso como hubiera sido el caso, por ejemplo, de una referencia expresa a la nulidad, a la anulación o a la resolución. La expresión utilizada es efectivamente neutra, (47) como ya señalaba la Abogado General Trstenjak en sus conclusiones presentadas en el asunto Invitel.*”

⁴⁷³ Vid. párr. 63 de las conclusiones

⁴⁷⁴ Vid. párr. 65 de las conclusiones

como a la devolución de todas las cantidades abonadas en aplicación de esas cláusulas⁴⁷⁵.

Por otro lado, afirma que el Derecho de la Unión no armoniza ni las sanciones a las cláusulas abusivas, ni las condiciones en que un órgano judicial pueda limitar los efectos de sus sentencias, siendo los Estados miembros los que han de regularlo.

Establece como límites de dicha regulación,

- Por un lado, el principio de equivalencia, que exige que la norma interna controvertida se aplique a los procedimientos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y los que fundamentan el incumplimiento del Derecho interno y tengan un objeto y causa semejante, llegando a la conclusión que nuestro TS ha aplicado la limitación en el tiempo de los efectos de sus sentencias en ambos tipos de controversias;

- Por otro, el principio de efectividad, que impone que la limitación en el tiempo de los efectos de las STS sobre la efectividad de la Directiva, se aprecie teniendo en cuenta los objetivos que persigue, sin dejar de lado los principios de Ordenamiento Jurídico nacional.⁴⁷⁶

El AG se centra, fundamentalmente, en dos, de los varios argumentos utilizados por el TS para fundamentar la limitación de efectos, el primero, es el principio de seguridad jurídica en atención al carácter innovador de su

⁴⁷⁵ Vid. párr. 66 de las conclusiones

⁴⁷⁶ Vid. párr. 68 a 70 de las conclusiones.

resolución, conclusión que afirma que no comparte⁴⁷⁷, y en segundo lugar “*las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario*”⁴⁷⁸.

En relación al segundo de los argumentos, entiende que el TJUE ha admitido que “*la protección del consumidor no es absoluta*”, que “*alcanzar el equilibrio tan perseguido por la Directiva, no equivale a favorecer al consumidor*”, por lo que considera que, la limitación de los efectos restitutorios no ha tenido, como resultado, no restablecer el equilibrio,

Estas afirmaciones, las entiende confirmadas, por dos consideraciones que el TS hace en su sentencia: en primer lugar, porque el consumidor vinculado, en un contrato de préstamo con cláusula suelo podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato; y, en segundo lugar, porque la aplicación de la cláusula no había modificado sustancialmente el importe de las mensualidades debidas por los consumidores⁴⁷⁹.

Por lo demás, después de afirmar que la solución propuesta se circunscribe a las circunstancias particulares de los asuntos planteados, y que la limitación decidida por el TS ha de ser siempre excepcional, considera, en cuanto a la posibilidad de extensión de la limitación de retroactividad derivada del ejercicio de una acción colectiva a otros asuntos en los que se ejercite una acción individual, que no es un obstáculo para que

⁴⁷⁷ En el párr. 72 de las conclusiones el AG hace referencia al principio de seguridad jurídica en la que se basa, entre otros, el TS para fundamentar la declaración de irretroactividad, manifestando que tal argumento y la consecuencia que puede extraerse de ello no lo comparte, y se remite a l párr. 44 y siguientes. El párr. 44 señala: el TS *Justificó en particular la limitación de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas «suelo» por el carácter innovador de su sentencia. Debo confesar que no estoy plenamente convencido de que esto sea así, tal como demuestra un examen atento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*

⁴⁷⁸ Vid. Párr. 72 de las conclusiones

⁴⁷⁹ Vid. párr. 73 de las conclusiones

el órgano jurisdiccional, después de realizar un análisis de las circunstancias, pueda, si son idénticas, proceder a dicha extensión de efectos.

Las conclusiones del Abogado General, han ido recibidas con sorpresa y cierto estupor por la comunidad jurídica y no han estado exentas de numerosas críticas por parte de la doctrina⁴⁸⁰.

A modo de ejemplo, se le ha achacado que, en su argumentación, el AG “*incurre en tergiversaciones, interpretaciones erróneas e, incluso en citas erróneas de la doctrina del TJUE y de las consecuencias de la STS*”⁴⁸¹.

Respecto al principio de no vinculación, hay que considerar, que la interpretación llevada a cabo por el AG, pueden ser adecuadas, en el sentido de que el citado artículo no impone la nulidad de la cláusula declarada abusiva como única vía, sino que deja a los Estados libertad para que determinen el alcance de esa no vinculación, pero lo cierto es que el Derecho español, lo que establece es, precisamente, la nulidad de pleno derecho, que tiene efectos retroactivos, y es por ello, que entendemos que, en ese contexto, deberían de haberse movido tales conclusiones.

De acuerdo con ello, la cuestión no es si el Derecho español se ajusta al mencionado principio de no vinculación, sino, más concretamente, si el

⁴⁸⁰ AGÜERO ORTIZ, A.; CARRASCO PERERA, A., MARTÍNEZ ESPÍN, P; LYCZKOWSKA K Y GONZÁLEZ CARRASCO M.C. “Cesco opina sobre la posición del Abogado General del TJUE sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo”, 2016, En www.uclm.es/centro/cesco. [Consulta 1 de octubre de 2016]

⁴⁸¹ MARTÍNEZ ESPÍN, P. *ibid.* p. 17

TS puede dejar de aplicar la solución prevista en nuestro Ordenamiento Jurídico⁴⁸².

Por otro lado, respecto a los principios de efectividad y equivalencia, en contra de lo mantenido en las conclusiones, se ha afirmado que el principio de efectividad se conculca por la STS, ya que se opone a la doctrina del TJUE, que ha mantenido que las cláusulas abusivas han de ser eliminadas sin posibilidad de integración, por lo que no debería de ser posible mantener sus efectos hasta la publicación de la sentencia⁴⁸³.

Por otro lado, se le ha achaca al AG que no haya entendido la doctrina del TS sobre las cláusulas suelo, ya que en sus conclusiones hace afirmaciones que no aparecen en la propia STS, como son el que la cláusula suelo es abusiva en todo caso, o que, tras la STS, no se podrá incluir en los contratos⁴⁸⁴.

Lo cierto es que habrá que esperar a que el TJUE dicte su sentencia para que queden definidas las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. El panorama dibujado no es demasiado alentador, ya que, aunque las conclusiones del Abogado General no son vinculantes para el Tribunal, la realidad nos demuestra que en la mayoría de las ocasiones son seguidas por el mismo.

⁴⁸² AGÜERO ORTIZ, A. *op. cit.* p.8

⁴⁸³ GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. *op. cit.* p. 14

⁴⁸⁴ MARTÍNEZ ESPÍN, P. *op. cit.* p. 17

IV.5. NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO.

DE CASTRO⁴⁸⁵, define el contrato ineficaz como *“aquel al que cualquier obstáculo o defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias.”*

Según DIEZ-PICAZO⁴⁸⁶, *“la ineficacia del contrato puede ser total o parcial, y total y parcial puede ser la ineficacia procedente de la nulidad. Al ser el contrato una reglamentación autónoma de una situación jurídica que, normalmente, se compone de una serie de reglas de conducta de contenido preceptivo, la nulidad puede afectar a la totalidad del contenido o sólo a una o varias de sus disposiciones.”*

Como decíamos al tratar de la nulidad parcial, una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo, es necesario determinar los efectos de la misma en dos planos distintos: en el de la cláusula en cuestión, y en el contrato globalmente considerado.

En el ámbito de la cláusula, como es sabido, tras las últimas reformas, la declaración de nulidad y de abusividad, supone la imposibilidad de su moderación o la integración del contrato.

Sin embargo, en el ámbito del contrato globalmente considerado, se plantea qué efectos puede producir la declaración de nulidad de la cláusula suelo en orden a la subsistencia del contrato.

Para abordar esta cuestión, hay que partir del principio general de conservación del negocio jurídico. De acuerdo con ello, tal y como apunta

⁴⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.* p.462

⁴⁸⁶ DIEZ-PICAZO, L. *op. cit.* p.455

MIQUEL GONZÁLEZ⁴⁸⁷, nuestro legislador, a la hora de abordar la nulidad de las condiciones generales de contratación, establece una diferente regulación según los sujetos que intervengan en la celebración del mismo-sean entre empresarios, o entre empresario y consumidor-.⁴⁸⁸

Desde el punto de vista normativo, habrá que tener en cuenta, los arts. 6 de la Directiva, el artículo 8 y 10 de la LCGC y el art. 83 del TRLGDCU, que parten, como es sabido, de la nulidad parcial del contrato.

Como señala PASQUAU⁴⁸⁹, la significación de los arts. 9.2 y 10.1 LCGC⁴⁹⁰ es “asegurar la nulidad parcial en el ámbito de los contratos de adhesión, más allá o fuera del marco clásico en que ha venido desenvolviéndose.”

Sin embargo, de esta regulación, surge la excepción a la regla general, en virtud de la cual, se abre paso la posibilidad de que se declare la nulidad total del contrato, cuando éste no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula o cuando ésta afecta a los elementos esenciales del contrato del art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa).

⁴⁸⁷ Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “La nulidad de las condiciones generales” en DELGADO ECHEVARRÍA, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 193

⁴⁸⁸ Ver art. 8 LCGC

⁴⁸⁹ PASQUAU LIAÑO, M. “Artículos 9 y 10. Régimen aplicables y efectos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R (Coord.) *op. cit.* p 291

⁴⁹⁰ El art. 9.2 LCGC establece: 2. *La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.*

El art. 10.1 LCGC señala: 1. *La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.*

A la hora de interpretar la excepción de nulidad total del contrato, podemos decir con PASQUAU⁴⁹¹, que una interpretación coordinada de los arts. 9.2 y 10.1 permite señalar que, tendrá lugar a la nulidad total del contrato, cuando éste no pueda subsistir sin las cláusulas nulas, lo que supone afirmar que, se producirá tal efecto, cuando la nulidad o no incorporación de las cláusulas, afecte a uno de los elementos esenciales del contrato del art. 1261 del CC, ya que no existe otra “imposibilidad” de subsistir que no sea por ausencia o alteración sustancial de un elemento esencial del contrato.

Este autor distingue esta nulidad, a la que hacemos referencia, de la que se produce por falta o ilicitud “*ab initio*” del consentimiento, objeto o causa, ya que, si las cláusulas afectadas por contravenir una norma imperativa o el control de incorporación, son las que definen el objeto principal del contrato, o las que contienen la causa, lo que se producirá es directamente la nulidad del contrato por falta o indeterminación absoluta de los elementos estructurales del contrato como la causa o el objeto.

Como señala CARBALLO⁴⁹², la situación a la que se hace referencia en las líneas anteriores, puede derivarse de la falta de transparencia de las cláusulas definitorias de tales elementos esenciales o, de la dejación de su determinación al arbitrio del predisponente, que hace decaer la integridad del contrato. Afirma esta autora que, en la práctica, la regla de nulidad total del contrato está vinculada al incumplimiento de los requisitos de transparencia de las cláusulas que definen tales elementos esenciales, lo que lleva a la absoluta indeterminación de su objeto.

⁴⁹¹ *Ibid.* p.297 También mantiene esta idea CLEMENTE MEORO, M. “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas” en ORDUÑA MORENO, J. (Dir.) *Contratación...op. cit.* pp. 322-323

⁴⁹² *Cfr.* CARBALLO FIDALGO, M. *op. cit.* p.215

Por otro lado, autores como PASQUAU⁴⁹³ consideran, que esta situación de la nulidad total no será demasiado frecuente, ya que, en su opinión, el clausulado general del contrato, aunque refleje formalmente los elementos esenciales del mismo, han sido directamente consentidos por el adherente, lo que desembocaría en la aplicación de las reglas generales de impugnación de los contratos, sin que le sean aplicables las especialidades propias de los contratos de adhesión.

Centrándonos en la materia objeto de estudio, la cuestión que se plantea es la posibilidad de que pudiera declarar la nulidad total del contrato como efecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

En nuestra opinión, en tanto que la cláusula suelo ha de ser configurada como una condición general de la contratación, que no integra, ni es definitoria del elemento esencial del contrato, la declaración de nulidad de la misma, ha de suponer, únicamente, la expulsión de la cláusula del contrato con carácter retroactivo ya que no existe base legal alguna para declarar la no retroactividad.

De acuerdo con lo dicho, la cláusula suelo, como condición general, puede ser objeto de control de inclusión, que comprendería, en nuestra opinión, tanto la transparencia formal o gramatical, como la transparencia material o de comprensión por el consumidor de alcance y posibles consecuencias de la misma.

En este sentido, las posibilidades se bifurcan en dos, por un lado, la falta de superación del dicho control, supone que la cláusula no se incorpora al contrato y por tanto no ha existido; si, por el contrario, dicho control es superado, nada impediría que pueda ser sometida al control de contenido o

⁴⁹³ PASQUAU LIAÑO, M. *op. cit.* p. 298

abusividad, ya que no se encontraría incluida en la excepción del art. 4.2 de la Directiva, por no ser elemento definitorio del objeto esencial del contrato.

Sin embargo, este efecto de la nulidad parcial del contrato y la expulsión de la cláusula suelo del mismo, por no superar los controles legales mencionados, puede plantear problemas, si se acude a la idea de que la cláusula suelo forma parte del elemento esencial del contrato, tal y como se ha reconocido en la STS de 9 de mayo de 2013 y posteriormente, la gran mayoría de sentencias de la jurisprudencia menor que ha adoptado, esta concepción, como si de un axioma se tratara.

Efectivamente, como sabemos, el TS declara la nulidad de la cláusula suelo, elemento definitorio del objeto esencial del contrato, por falta de transparencia material.

Son varias las cuestiones que podrían plantearse y que analizamos en el apartado siguiente:

1ª.- En primer lugar, partiendo de tales premisas, se plantea, si, al integrarse la cláusula suelo en el objeto principal del contrato y afirmar que lo que ha existido es falta de transparencia -entendida como falta de comprensión real por el adherente de la "carga económica" y de la "carga jurídica" del mismo-, y declararse la nulidad de la cláusula por dicho motivo, esto podría afectar al consentimiento, el cual se habría otorgado por error, y, en consecuencia, si ese error es lo suficientemente relevante, podría llevar a la desaparición de dicho consentimiento y producir la nulidad total del contrato, ya que el error recaería en el objeto principal del contrato.

2ª En segundo lugar, como apunta CÁMARA⁴⁹⁴, “*si los jueces deben de ejercer el control de oficio sobre las cláusulas abusivas, si el objeto principal del contrato pudiera ser enjuiciado por los parámetros de la abusividad, si los intereses que remuneran el préstamo, son su precio, y la sanción debe de ser la nulidad de las mismas y no su moderación, para no eliminar el carácter disuasorio de la nulidad, de forma que no se deba cantidad alguna por intereses, se plantean varias preguntas:*

a) *¿Qué impediría a los jueces que declaren la nulidad de las cláusulas sobre intereses remuneratorios en préstamos hipotecarios, y por faltar su precio, declarar la nulidad total del préstamo, con devolución del capital prestado sin intereses?*,

b) *Y declarada la nulidad del préstamo, se declare la nulidad de la hipoteca que lo garantiza por su carácter accesorio?*⁴⁹⁵,”.

En la línea que venimos exponiendo, autores como NAVAS MARQUÉS⁴⁹⁶, alertan del riesgo inherente al procedimiento por el que se inste la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y la posibilidad de que, en caso de estimarse la nulidad de dicha cláusula, el juez declare la nulidad de todo el contrato, al considerar que dicha forma de invalidez recae en un elemento esencial del contrato, lo cual imposibilita una declaración de nulidad parcial.

⁴⁹⁴ CÁMARA LAPUENTE, S. “¿De verdad puede controlarse...” *op. cit.* 232

⁴⁹⁵ La ST de 22 de febrero de 2013, declara nulo un contrato de préstamo y de la hipoteca que lo garantiza, si bien aplicando la ley de represión de la usura.

⁴⁹⁶ NAVAS MARQUÉS, J.I. “Posibles causas de nulidad de las hipotecas multidivisas.” en Actualidad Jurídica Aranzadi num.873/2013.

<http://aranzadi.aranzadidigital.es> (BIB 2013\2424) [Consulta: 20 septiembre de 2016]

IV.5.1. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ERROR Y LA POSIBLE DESAPARICIÓN DEL OBJETO AL CASO CONCRETO

Como señalábamos anteriormente, si partimos de la configuración que el TS ha hecho de la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato y su declaración de nulidad por falta de comprensión real por el adherente del alcance y consecuencias de la cláusula, nos podríamos encontrar inmersos en la categoría del error como vicio del consentimiento, o, incluso, en la desaparición de parte del objeto principal del contrato.

La STS de 9 de mayo de 2013, como ya hemos manifestado, tiene su origen en el ejercicio de una acción colectiva de cesación. Y, entre otras, hace las siguientes afirmaciones: en primer lugar, señala el TS que el conocimiento de la cláusula- sea o no condición general- constituye un requisito esencial para ser consentida e incorporada al contrato, por ser, el consentimiento, uno de sus elementos de acuerdo con el artículo 1261.1 CC, ya que en caso contrario, sin perjuicio de otras consecuencias, no obligaría a las partes.⁴⁹⁷

En segundo lugar, afirma que el segundo filtro que aplica de transparencia, lo hace como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, desmarcándolo del ámbito de interpretación general del CC del error propio o del error vicio.

En relación a esta última afirmación, podría pensarse que el TS sale al paso de la posibilidad de que se pudiera tener en cuenta el error en el consentimiento como causa invalidante, no sólo de la cláusula en cuestión,

⁴⁹⁷ Vid. párr. 143 y 144 de la STS de 9 de mayo de 2013.

sino, también, al afectar a uno de los elementos esenciales del contrato, de la totalidad del mismo.

Es cierto que, como decimos, la STS tiene su origen en el ejercicio de una acción colectiva de cesación y es por ello, que configura el control de transparencia como un parámetro abstracto de validez, situándolo fuera del ámbito del error como vicio del consentimiento, de lo que se desprende que se encuentra imposibilitado, en virtud de la naturaleza de la acción ejercitada, para atender si, en cada caso concreto, podría existir un error invalidante.

Esto no obsta para que, en virtud del ejercicio de una acción individual, se valore si, en el caso concreto, concurre en el consumidor, el error en su consentimiento entendido como *“la equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico”*⁴⁹⁸

De acuerdo con ello, habrá que tener en cuenta que el precepto clave, en el estudio del error, es el artículo 1266 del CC, y dentro de los supuestos que recoge, nos centraremos en el error sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado motivo para celebrarlo.

⁴⁹⁸ Definición aportada por DIEZ- PICAZO, L. *op. cit.* p. 176, que pone de manifiesto, en relación al error invalidante, la unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la esencialidad e inexcusabilidad como requisitos del error.

Respecto al primer requisito de esencialidad, señala DE CASTRO, *op. cit.* p. 111, que, *“el error relevante, consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se ha de valorar como motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio. Requiere una discordancia entre lo que se considera presupuesto del negocio (p. ej. Lo que se debe dar), y el resultado que ofrece la realidad (lo dado).”*

La exigencia del requisito de la excusabilidad, según LACRUZ, *op. cit.* p. 371, hace referencia a que el error, no pueda salvarse con una diligencia normal y que no sea imputable al que lo padece.

De acuerdo con ello, como señala RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI⁴⁹⁹, las dos SSTs posteriores de 24 y 25 de marzo de 2015, han dejado caer algunas consideraciones que pueden cambiar la forma en que se planteen las reclamaciones en el futuro.

La primera de ellas, STS de 24 de marzo de 2015⁵⁰⁰, consecuencia también del ejercicio de una acción colectiva, reproduce lo ya mantenido en la sentencia de 9 de mayo de 2013, respecto del control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, independiente del "error propio" o "error vicio"⁵⁰¹.

Al igual que su predecesora, la acción ejercitada era una acción colectiva de cesación y por ende, se encuentra en la misma limitación, a la hora de plantearse acudir al error vicio, que su antecesora. Esto, sin embargo, no es obstáculo para que pudiera plantearse si existe error cuando el adherente acepta una cláusula que los tribunales admiten que se está incorporando sin su consentimiento o, más propiamente, con el consentimiento viciado por error.

Por su parte, la STS de 25 de marzo de 2014, parece dejar la puerta abierta a otros motivos diferentes a la falta de transparencia o falta de información, como causa determinante de la nulidad de la cláusula, cuando afirma que *"...Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las*

⁴⁹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. "Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?", en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6, Ed Aranzadi, Pamplona, 2015. www.aranzadi.aranzadidigital.es (BIB 2015\1834) [Consulta: 22 de septiembre de 2016]

⁵⁰⁰ STS 138/2015, de 24 de marzo (CENDOJ: Roj: STS 1279/2015)

⁵⁰¹ Vid. Fundamento de Derecho 3º de la ST de 24 de marzo de 2015.

*sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013...*⁵⁰²

Efectivamente, como dice RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI⁵⁰³, ese “*otro motivo ajeno a este debate*” al que se refiere dicha sentencia, sería la concurrencia de un consentimiento viciado, bien por dolo, o por error.

Autores como PERTÍÑEZ⁵⁰⁴, entienden que, en caso de que por un defecto de transparencia, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no hayan sido conocidas y valoradas antes de su celebración, falta la base para la exclusión del control de contenido que es la existencia del consentimiento.

Según este autor, la claridad y la comprensibilidad de una cláusula que incida en el precio, no elimina el efecto sorpresivo que deriva para el consumidor, en virtud de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio a partir de la información del predisponente.

En este sentido, de acuerdo con tales afirmaciones, lo que se habría producido sería la obtención viciada del consentimiento, es decir, el predisponente habría inducido a error al consumidor.

En esta línea, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, de 7 de abril de 2016⁵⁰⁵, señala que la falta de transparencia frustra las expectativas del consumidor que cree estar contratando un préstamo a interés variable cuando, en realidad, contrata un préstamo a tipo fijo

⁵⁰² Vid. Fundamento de Derecho 10º STS de 25 de marzo de 2015.

⁵⁰³ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. *op. cit.* p. 5

⁵⁰⁴ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. *op. cit.* pp. 9-10

⁵⁰⁵ SJM núm 11 de Madrid, de 7 de abril de 2016 (CENDOJ: Roj: SJM M 53/2016)

mínimo. Esta circunstancia, adicionalmente, impide al consumidor la comparación de los préstamos en el mercado e incluso puede llevarle a error acerca del precio del contrato.

En relación a la teoría del error como vicio del consentimiento, podemos mencionar, siguiendo a PAREJA SÁNCHEZ⁵⁰⁶, la SAP de Islas Baleares de 21 de marzo de 2011⁵⁰⁷; esta sentencia se basa en la declaración de nulidad por error de un contrato de adquisición de títulos, no obstante, el interés de la misma, que podría ser trasladado a la cláusula suelo, es importante por la relación que establece entre el deber de información y transparencia, con el error producido en el consentimiento.

Esta sentencia, viene a señalar que para que el consentimiento sea vinculante, lo relevante es si cada parte se ha formado una representación racional de lo que la otra ha ofrecido y conforme a ello, ha prestado su consentimiento. Después de hacer un repaso a los requisitos que se exigen para que el error invalide el consentimiento⁵⁰⁸, viene a relacionarlo con el deber de información y transparencia bancaria, estableciendo que la carga de la prueba, sobre la correcta información, recae sobre el profesional.

De acuerdo con ello, llega a la conclusión de que la falta de información sobre la esencia del contrato y sobre los posibles perjuicios que

⁵⁰⁶ PAREJA SÁNCHEZ, M. “Análisis jurisprudencial II. Estado de la jurisprudencia específica sobre cláusulas suelo” en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. *op. cit.* pp. 450-451

⁵⁰⁷ SAP Islas Baleares, núm. 91/2011, de 21 de marzo (CENDOJ: Roj: SAP IB 662/2011)

⁵⁰⁸ Es doctrina constante en nuestra jurisprudencia que, para que el error invalide el consentimiento, necesita de los siguientes requisitos:

1º.- Que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran llevado a celebrar el contrato (art. 1266 CC).

2º.- Que derive de hechos desconocidos por el obligado.

3º.- Que sea excusable, o no imputable al que lo padece, por no haberse podido evitar utilizando una diligencia media de acuerdo con la buena fe.

4º.- Que exista un nexo entre el error y la finalidad perseguida por el negocio jurídico.

podían surgir, es suficiente para concluir, como ya hiciera el juzgador de instancia, que los actores prestaron su consentimiento por error, procediendo a la declaración de nulidad de los contratos suscritos.

Otros autores como PERTÍÑEZ⁵⁰⁹, consideran que, en relación a los vicios del consentimiento, en particular el error y el dolo omisivo, “*tampoco ofrecen al consumidor la protección frente al defecto de transparencia de las prestaciones principales del contrato que se deriva del Art. 4.2 de la directiva.*”

Para este autor, el error sobre el contenido de las condiciones generales relativas al precio y al objeto del contrato es inexcusable, porque si se han cumplido los requisitos de incorporación del Art. 5 de la LCGC, el cliente habrá contado con una posibilidad de conocer su contenido.

Sin embargo en relación a estas afirmaciones se podría achacar que, el error en el consentimiento, en el caso de las cláusulas suelo, puede venir determinado, precisamente, por la falta de transparencia material de las mismas, esto es, por la falta de comprensión real acerca de la carga económica y jurídica que implica el contrato de préstamo, razón por la que nuestro TS ha anulado dichas cláusulas, y no sólo por falta de conocimiento de la misma.

En relación a la cuestión de la comprensibilidad real, autores como CÁMARA⁵¹⁰, se plantean si para apreciarla debe de adaptarse un criterio subjetivo, esto es, desde el punto de vista del consumidor concreto, o, por el contrario, acudir a un parámetro de tipo objetivo, o lo que sería lo mismo,

⁵⁰⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 17/2003. <http://aranzadi.aranzadidigital.es> (bib 2003\1477) Consulta 16 de septiembre de 2016]

⁵¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias...” *op. cit.* p.613

“la comprensión de un consumidor medio a la luz de las circunstancias concretas del caso, la naturaleza del contrato, etc.” Considerando que la vía subjetiva debería de reservarse para el expediente del error en el consentimiento.

Para este autor, aunque el TJUE y el TS tienden, recientemente, a encauzar la cuestión por la vía objetiva, “*existe el riesgo de subjetivización del canon de comprensibilidad real de las consecuencias jurídicas y económicas por los tribunales*”.

Por lo demás, CARRASCO PERERA⁵¹¹, respecto a las cláusulas que actúan sobre el cálculo del precio, entiende que el juicio de nulidad afecta al precio en estado puro, a un elemento esencial del contrato, si bien admite que se produce una anulación parcial del objeto del contrato.

A la hora de plantearse si el error es lo suficiente relevante para desembocar en la existencia de un consentimiento viciado, habría que acudir a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

En este sentido, habría que valorar si la falta de una información adecuada, para que el consumidor tenga suficiente conocimiento de la cláusula, su transcendencia y su incidencia en la ejecución del contrato, es lo suficientemente grave y relevante.

En este contexto de valoración, habrá que analizar si concurren, en el predisponente, las circunstancias expresadas por la STS de 9 de mayo de 2013, esto es- a) crear la apariencia de un contrato a interés variable, no siendo así en realidad, b) no otorgar información sobre el coste comparativo de otros productos, c) no ofrecer simulaciones del funcionamiento de la

⁵¹¹ CARRASCO PERERA, A. *Derecho de Contratos*. Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2010. p. 823

cláusula en escenarios adversos- lo que nos puede llevar a considerar que nos encontramos ante un error del consentimiento por falta de conocimiento correcto del objeto del contrato.

De acuerdo con estas premisas, de seguir la postura subjetivista, podríamos encontrarnos, que, en el ejercicio de una acción individual o un procedimiento de ejecución hipotecaria, se impugnara la validez de la cláusula suelo, considerada como definitiva del objeto principal del contrato, y fuera declarada nula por falta de transparencia material.

En este sentido, teniendo presente que no cabe la moderación de la cláusula que permitiera aplicar el interés vigente junto con el diferencial, podríamos encontrarnos, con un error del consentimiento lo suficientemente relevante, que afecta al objeto principal del contrato, que pudiera desembocar en la declaración de nulidad total del mismo, con las consecuencias devastadoras que podría producir.

En relación a la posible desaparición del objeto principal del contrato si se declara la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios y, por faltar su precio, se declare la nulidad del contrato, incluida la hipoteca que lo garantizaba, hemos de poner de manifiesto, como señala CÁMARA⁵¹², que *“por fortuna para la seguridad jurídica, el TS al descartar el control como abusivas de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, ha introducido un cortafuegos en ese silogismo cuyo potencial podría alcanzar cotas devastadoras.”*

Por otro lado, entendemos que resultaría muy aventurado que se pudiera mantener la ecuación, nulidad de la cláusula de intereses = falta de

⁵¹² CÁMARA LAPUENTE, S. “¿De verdad se puede controlar...” *op. cit.* pp.231-232

precio= nulidad total del contrato, si pensamos que la obligación de pago de intereses, es una de las dos obligaciones principales del préstamo, siendo la otra la obligación de devolución de la cantidad prestada.

De acuerdo con ello, y en base también a la declaración del TS, de subsistencia del contrato, pese a la nulidad de la cláusula suelo, la consecuencia que podría derivarse sería, no la nulidad de todo el contrato, sino la desaparición de la obligación de pago de interés, con lo que el prestatario quedaría obligado al pago del capital prestado.

IV.5.2. OTRAS CUESTIONES ACERCA DE LA NULIDAD TOTAL

Por último, y con independencia de que nuestra postura es la expresada en los apartados anteriores, consideramos conveniente, por su interés, referirnos a tres cuestiones que se relacionan con la nulidad total del contrato derivada de la nulidad de la cláusula abusiva.

-En primer lugar, la posibilidad de declaración de nulidad del contrato cuando, por la declaración de nulidad de la cláusula, resulte una situación no equitativa en la posición de las partes.

En relación con la cuestión, el art. 83.2 TRLGDCU, establecía en su último párrafo que *“sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen un situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada, podrá el juez declarar la ineficacia del contrato”*

Como apuntan algunos autores⁵¹³, este precepto pretende ser la incorporación al Derecho español del art. 6.1 de la Directiva 13/93/CEE, por

⁵¹³ VV.AA. CORBAL FERNÁNDEZ, J.; IZQUIERDO BLANCO, P. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.) *Práctica Procesal Civil*. T. VII. Ed. Bosch. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014. P.6689

el que los Estados miembros “*dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes, en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*”

Por su parte, mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se modifica el TRLGDCU, en primer lugar, a fin de trasponer la Directiva 011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, y por otro lado, como consecuencia de la STJUE de 14 de junio de 2012⁵¹⁴, que consideraba contrario al Derecho europeo que el juez pudiera moderar las cláusulas abusivas e integrar el contrato, se procede a modificar el art. 83 del TRLGDCU.

Tras dicha STJUE, el juez deberá de proceder a expulsar la cláusula abusiva sin más, no pudiendo integrar el contrato ni moderar la citada cláusula. Algunos autores⁵¹⁵, entienden que el juez tampoco podrá “*reequilibrar los derechos y obligaciones de las partes, minimizando con ello, el riesgo de que las cláusulas subsistentes determinen “una situación no equitativa” en la posición de las partes.*”

No obstante, el problema de la “*situación no equitativa*”, podría plantearse en relación a contratos celebrados con anterioridad a la reforma, ya que:

⁵¹⁴ STJUE de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10. Caso Banco Español de Crédito <http://curia.europa.eu/> (ECLI:EU:C:2012:349). El párr. 73 establece: “...el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

⁵¹⁵ VV.AA. CORBAL FERNÁNDEZ, J.; IZQUIERDO BLANCO, P. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.). *op. cit.* p. 6689

- En primer lugar, la STJUE únicamente determina que lo que no puede hacer el juez, es integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, nada dice respecto de la nulidad total del contrato por producirse una situación no equitativa entre las partes, contraria a las exigencias de la buena fe;

- Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014⁵¹⁶, únicamente hace referencia a la facultad que se atribuía al juez español de modificar el contenido de las cláusulas abusivas para integrar la parte afectada por la nulidad, lo que podía suponer dar al traste con el objetivo de la Directiva y eliminar el efecto disuasorio que supone el hecho de que las cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, pero nada dice al respecto de la nulidad total por producirse una situación no equitativa para las partes.

- La Disposición transitoria única de la Ley establece que: *“Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014.”*

No obstante, creemos que mantener el criterio de la nulidad del contrato por crearse, con la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, una situación no equitativa, para los contratos anteriores a la reforma, iría en contra del Derecho europeo y el principio de supremacía del mismo frente al

⁵¹⁶ La exposición de motivos de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, en su apartado III en su párr. 2º señala: *“El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores...”*

Derecho nacional, por no proteger al consumidor adecuadamente.

No obstante, lo cierto es que no hay ninguna mención expresa en la STJUE antedicha, ni en la norma, que pudiera hacer pensar lo contrario, por lo que sería interesante que el propio TSJUE, o, en su caso, el legislador, aclarase esta cuestión.

- La segunda de las cuestiones que se plantean es si el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE facultaría para declarar la nulidad total del contrato si esta es más favorable para el consumidor.

En este sentido, la STJUE de 15 de marzo de 2012⁵¹⁷ señala en su apartado 36 que: *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto.*

Por otro lado la STJUE entiende que *“la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato.”*

Sin perjuicio de lo anterior, la STJUE afirma que, dado que la Directiva es de mínimos, no se opondría a la misma que un Estado legislara

⁵¹⁷ STJUE de 15 de marzo de 2012. Asunto C-453/10. Caso Perenicova. <http://curia.europa.eu/> (ECLI:EU:C:2012:144)

en ese sentido, ampliando la protección al consumidor permitiendo declarar la nulidad total del contrato si es mucho más favorable para el mismo.⁵¹⁸

No obstante la posibilidad anterior, entendemos que en el caso de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, difícilmente podría considerarse más ventajoso, para el consumidor, el que se declarara la nulidad total del contrato por los efectos restitutorios que se derivarían de la misma.

- Por último, la tercera de las cuestiones que pueden plantearse es la posibilidad de que una vez declarada la nulidad total del contrato el juez, pueda moderar, en beneficio del consumidor las consecuencias de la misma.

En este sentido, el párrafo 2º del antiguo art. 83.2. del TRLGDCU, después de afirmar que el juez disponía de facultades moderadoras para integrar el contrato como consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva--- que ya hemos visto que tras la STJUE de 14 de junio de 2012 no es posible---señalaba que esa facultad moderadora le correspondía al juez en caso de la ineficacia del contrato en caso de perjuicio apreciable para el consumidor.

La STJUE mencionada, no se pronunció sobre esta posibilidad, lo que ha llevado a algunos autores⁵¹⁹, a considerar que, esas facultades, podrían incluir la concesión al consumidor de una indemnización por los efectos perjudiciales que para él pudiera tener la declaración de nulidad total del contrato, o lo que es lo mismo, “*el interés contractual negativo, como podrían ser los gastos del contrato, pérdida de oportunidad de contratar si*

⁵¹⁸ Vid. Párr. 35 TJUE de 15 de marzo de 2012

⁵¹⁹ Por todos, CORBAL FERNÁNDEZ, J.; IZQUIERDO BLANCO, P. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.). *op. cit.* p. 6691. Estos autores mencionan también a PASQUAU LIAÑO Y PERTÍÑEZ VILCHEZ.

el precio del servicio ha subido desde que se celebró el contrato hasta su anulación”

En este sentido, hay que tener en cuenta que, como señala JEREZ⁵²⁰ la pretensión indemnizatoria es compatible, en nuestro sistema, con las reglas de la nulidad contractual y, a la vez, independiente de ellas.

Esta compatibilidad ha sido admitida por la doctrina más autorizada⁵²¹. Ya que como señala JEREZ⁵²², “*una consecuencia lógica del principio de restauración de la situación inicial, es admitir que, donde no alcanzan las reglas de la ineficacia contractual, lleguen las propias de la responsabilidad civil.*”

En cuanto al alcance de la indemnización, no se trata, como señala la doctrina⁵²³, de indemnizar el interés contractual positivo, o lo que es lo mismo, colocar al consumidor, en la situación que tendría si el contrato fuera válido, sino de indemnizarle, el interés contractual negativo, es decir, pérdidas y gastos sufridos por contratar inválidamente, calculándose en atención a la situación que tendría si no hubiera contratado.

Por último, podemos afirmar que, si bien la el criterio objetivista del que hablábamos en este apartado, a la hora de valorar la idea de comprensión real por el consumidor medio, es el que últimamente está adoptando la Jurisprudencia comunitaria y nacional, entendemos que no se encuentra todavía, lo suficientemente asentado.

⁵²⁰ JEREZ DELGADO, C. *La anulación del contrato*. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2011. P. 293

⁵²¹ DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.* p. 477; LACRUZ BERDEJO, J.L. *op. cit.* 571

⁵²² JEREZ DELGADO, C. *op.cit.* 293

⁵²³ Por todos, LACRUZ BERDEJO, J.L. *op. cit.* p. 571 y JEREZ DELGADO, C. *op. cit.* 297

De acuerdo con ello, se corre el peligro y la tentación de que se abra paso la teoría subjetiva que tienda a la declaración de nulidad total del contrato, si se parte de los parámetros sostenidos por el TS a la hora de configurar la cláusula suelo.

De acuerdo con ello, como hemos defendido en otros apartados, consideramos más correcto, para evitar esta posibilidad, partir de la siguiente ecuación:

- La cláusula suelo es una condición general de la contratación y por ende, está sometida al control de incorporación de la LCGC.

- Este control de inclusión debe de comprender, no sólo la transparencia formal o gramatical, sino también, la transparencia material o de comprensión real.

- Ello nos va a permitir aplicarlo, no sólo a contratos celebrados con consumidores, sino también, a los celebrados entre empresarios.

- La cláusula suelo no forma parte del objeto principal del contrato, sino que es un simple medio de cálculo del mismo, pero no lo define.

- De acuerdo con lo anterior, puede ser perfectamente sometida al control de abusividad o de contenido del TRLGDCU, por no estar incluida en la excepción del art. 4.2 de la Directiva.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El préstamo hipotecario es un contrato de adhesión. En la actualidad, se observa la tendencia, cada vez, más acusada, de un aumento excesivo de cláusulas que se incorporan, por las entidades financieras, dentro del préstamo hipotecario.

Muchas de estas cláusulas impuestas por las entidades prestamista, en ocasiones son innecesarias, por estar previstas en nuestro Derecho positivo, otras inoperantes e, incluso, otras contrarias a las leyes.

Dentro del contrato, podemos distinguir diversos tipos de cláusulas:

En primer lugar las cláusulas financieras, entendidas como las que configuran el préstamo cuyo cumplimiento garantiza la hipoteca y entre las que se encuentran, el capital del crédito garantizado, duración, amortización y reembolso anticipado, cláusulas de intereses ordinarios, las cláusulas de limitación de las variaciones del tipo de interés (suelo-techo), cláusulas de intereses de demora, las relativas a comisiones y gastos, y las de vencimiento anticipado.

En segundo lugar, las cláusulas no financieras que se desdoblán en, cláusulas de trascendencia real – acceden al Registro de la Propiedad y son objeto de calificación—que se refieren a la configuración del derecho real de garantía; y, en cláusulas de carácter o contenido obligacional, comprensivas de determinadas obligaciones accesorias para el prestatario.

SEGUNDA.- Junto a los dos controles legales existentes respecto de las condiciones generales de contratación, en los últimos tiempos, está apareciendo, como una tercera especie de control, independiente de los anteriores, el llamado control de transparencia.

En este sentido, se ha desarrollado la idea que de la transparencia debe de suponer, no sólo que la cláusula considerada sea, gramaticalmente, clara e inteligible, para el consumidor, sino que también, resulte transparente en dos aspectos fundamentales:

- El primero, referido a la comprensión de la carga económica que, realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, esto es, comprensión de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener,

- Y el segundo, referido a la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume el consumidor, en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, y en la respectiva distribución de los principales riesgos del mismo.

Esta nueva concepción, no ha tenido, hasta el momento, reflejo en nuestro Derecho Positivo, de modo que es una figura de construcción jurisprudencial.

TERCERA.- La cláusula de limitación a la baja de los tipos de interés, o cláusula suelo, es aquella que, sin fijar de modo directo el precio (tipo de interés remuneratorio) de un préstamo, lo fija de un modo indirecto, al establecer el nivel hasta el que una eventual bajada del índice de referencia pactado, puede tener efectos en el desarrollo del contrato.

El escenario en el que se encuadra la cláusula suelo se encuentra en el año 2007, en el que la mayoría de los préstamos hipotecarios en España eran a interés variable. Al invertirse la tendencia, y producirse un contexto de bajada de los tipos de interés, es cuando empezó, bien a incluirse en los préstamos hipotecarios, bien a aplicarse en aquellos que ya la habían

incorporado, y es cuando los prestatarios observan que no pueden beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés y empiezan a cuestionar la validez de dicha cláusula.

La cláusula suelo es lícita, se encuentra regulada en el Ordenamiento jurídico español en la Orden de 5 de mayo de 1994, Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre, la ley 1/2013, de 14 de mayo, para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, e incluso a nivel comunitario en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Esta normativa viene, fundamentalmente, a garantizar la transparencia de las cláusulas insertas en los préstamos hipotecarios, en general, y de la cláusula suelo en particular.

La última exigencia establecida, como un *plus* al respecto, ha sido la exigencia de la expresión manuscrita establecida en el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo

De acuerdo con ello, en los casos establecidos en dicho artículo, debe de hacerse constar, en la escritura pública, junto a la firma del deudor, una expresión manuscrita del mismo, por la que manifieste que ha sido debidamente informado de los riesgos que puedan derivarse del contrato, cuando, entre otras circunstancias, se estipulen limitaciones a la variación del tipo de interés del tipo cláusula suelo o techo, y en los que el límite a la baja, sea inferior que el límite al alza.

Da la impresión de que para el legislador, en un intento, un tanto excesivo y quizá demasiado paternalista, de proteger a los consumidores,

no es suficiente toda la normativa sectorial relativa a la transparencia, y la labor preventiva que, sobre el control de legalidad, tienen atribuida la función notarial.

En nuestra opinión, resulta dudoso que, con tal expresión manuscrita, quede garantizada la comprensión real de los efectos de la cláusula suelo.

Además se plantean problemas, en relación a los contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha exigencia, a los casos en que el prestatario no sepa o no pueda escribir, o no entienda el idioma español, o la garantía de que, realmente, el deudor comprende aquello que copia. Cuestiones estas últimas que pueden afectar a la formación de un consentimiento contractual válido.

Por lo demás, no cabe la renuncia a la expresión manuscrita, con independencia de las razones que se aleguen para ello, y, debe exigirse—según la DGRN—cuando de lo que se trate no sea de una cláusula suelo, sino de una cláusula cero.

CUARTA.- Consideramos que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, ya que cumple los requisitos de las condiciones generales.

Así, respecto al requisito de contractualidad, implica que, dicha cláusula será tal, cuando quede incorporada al contrato.

La predisposición se refiere, desde el punto de vista temporal, al momento previo a la celebración del contrato, en el sentido de que las condiciones generales se han redactado antes de la negociación y para aplicarlas a todos los contratos del mismo tipo que la entidad celebre, de

acuerdo con ello, podemos afirmar que el presente requisito se da en la cláusula suelo ya que viene prerredactada por la entidad prestamista.

El anterior requisito, enlaza con el requisito de la generalidad, considerando que se refiere al hecho de que las cláusulas predisuestas, y en concreto, la cláusula suelo, están destinadas para ser aplicadas a un número indefinido de contratos, sin que la posterior adaptación de alguna de ellas a las circunstancias del caso o su no utilización en algún supuesto, les haga perder su configuración de condición general.

La cláusula suelo viene impuesta por la entidad prestamista que ostenta una posición dominante frente al deudor. Esta imposición se refleja en la falta de negociación de la misma.

De acuerdo con esta configuración, además de estar sometida a la normativa sectorial de transparencia bancaria, está sujeta a las normas que disciplinan la contratación con condiciones generales, y, cuando el contrato se celebre con consumidores, también, a la normativa protectora de consumidores y usuarios, y, por tanto, no podrán ser abusivas.

Sin embargo, hasta la STS de 9 de mayo de 2013, que vino a configurar la cláusula suelo en tal sentido, la jurisprudencia menor era contradictoria.

QUINTA.- En nuestra opinión, la cláusula suelo no es definitoria del objeto principal del contrato, sino que tiene carácter accesorio en la determinación del precio del contrato.

Hay que destacar que, ni la jurisprudencia comunitaria, ni la interna, han fijado qué debe de considerarse “objeto principal del contrato” y

“adecuación entre precio y bienes” a los que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

La calificación que se haga de la cláusula suelo, delimitará el control al que pueda ser sometida, de modo que, si se configura como condición general accesoria, podrá ser sometida a los dos controles previstos legalmente de incorporación y de contenido o abusividad; si, por el contrario, se la configura como condición general esencial o definitoria del objeto principal del contrato, sólo podrá ser sometida al control de incorporación, y no al de abusividad por impedirlo el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Sin embargo, hay que entender que la cláusula suelo es un elemento accesorio, un pacto añadido, que sirve de modo de cálculo del precio, cuando se den las eventuales circunstancias previstas en el contrato. Circunstancias que pueden no darse nunca o darse, sólo, en algún periodo de vigencia del contrato.

Ello es así porque: en primer lugar, la excepción a la que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/ CEE debe de ser objeto de interpretación restrictiva.

En segundo lugar, porque, haciendo nuestro el argumento expuesto por algún autor, si la cláusula suelo fuera un elemento esencial del contrato, eliminada aquella, éste no puede subsistir; y de hecho, en caso de eliminar la cláusula suelo, el contrato puede sobrevivir ya que el precio se determinaría, en este caso, por el juego del interés variable, de forma que la cláusula suelo, más que formar parte del precio, es forma de cálculo potencial del mismo.

Además, es un pacto accesorio de control, respecto del tipo de interés aplicable (Euribor más diferencial), que es la verdadera retribución o precio del préstamo, y es accesoria o limitadora de otra cláusula que es la de determinación del tipo de interés aplicable al contrato.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la misma configuración se ha mantenido respecto de las cláusulas de redondeo al alza de los tipos de interés, considerándose, una condición general de la contratación y pactos accesorios que sirven para cuantificar el tipo de interés exigible.

Y por último, el propio TJUE en sentencia de 26 de febrero de 2015, señala que las cláusulas sobre la contrapartida adeudada por el consumidor, o las que tengan incidencia en el precio efectivo, no pertenecen a la categoría de cláusulas excluidas del art. 4.2 de la Directiva, pudiendo ser sometidas al control de abusividad.

SEXTA.- La configuración de la cláusula suelo como condición general de la contratación, conlleva que quede sometida, en primer lugar, al control de incorporación o de inclusión, tanto en el aspecto positivo como el negativo, recogidos, respectivamente, en los arts. 5 y 7 LCGC y, además, al art. 80 TRLGCU—si el contrato se ha concertado con un consumidor-.

Del aspecto positivo, merecen especial atención, el deber de información por el predisponente, y, más especialmente, los requisitos de formulación, esto es, la transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las condiciones generales.

De éstos últimos, ha alcanzado máxima importancia el requisito de la transparencia, llegando a considerarse los demás como manifestaciones de esta última. Transparencia e información van unidas, de modo que la

primera se refleja en la información que el predisponente está obligado a proporcionar al adherente.

Desde el punto de vista del aspecto negativo, no se incorporarán al contrato aquellas cláusulas que el adherente no ha tenido oportunidad de conocer, o no hayan sido firmadas, y aquellas que sean ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras.

Son dos las cuestiones que se plantean respecto de los requisitos exigidos en tales artículos, en primer lugar, qué hay que entender por conocimiento real y previo de la existencia y contenido de la cláusula suelo, y por otro, qué debemos de entender por transparencia de la misma.

En relación con la primera cuestión, el conocimiento de la cláusula, a la que el consumidor debe de dar su consentimiento para que quede integrada en el contrato, es un conocimiento que debe de implicar un auténtica comprensión de lo que se consiente.

En cuanto a la segunda cuestión sobre qué debe entenderse por transparencia, la STS de 9 de mayo de 2013, configura la cláusula suelo como definitoria del objeto principal del contrato y la somete al doble filtro de transparencia- transparencia formal y material—

Para declarar la nulidad de la cláusula suelo, el TS se basa en la falta de una información adecuada al consumidor, ya que, según la sentencia, la oferta se realizada como un préstamo a interés variable, cuando en un determinado momento –por el juego de la cláusula- puede convertirse en un interés fijo. Ello, unido a dicha falta de información, se revela engañoso, y hace que el consumidor desplace el foco de atención a aspectos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

El TS desconecta el control de transparencia del consentimiento contractual, y así, entiende que el fundamento del control de transparencia en la contratación seriada, no es tanto garantizar la validez del consentimiento del adherente, desde el punto de vista del error vicio, sino garantizar el cumplimiento, por el predisponente, de unos especiales deberes de configuración contractual que cumplan con el necesario equilibrio de los derechos y obligaciones y otorguen al consumidor una necesaria comprensibilidad real.

Desde el punto de vista crítico, se puede afirmar que supone una contradicción considerar una cláusula incorporada al contrato y la vez, considerarla nula por falta de transparencia o información sustancial del consumidor, ya que las normas que regulan la incorporación de las cláusulas parten de la base del conocimiento, por el consumidor, de tales cláusulas, lo que es perfectamente aplicable al préstamo hipotecario.

Por otro lado, se plantea el problema de cómo verificar que el consumidor ha comprendido lo que ha consentido, dado que no se dan por el TS criterios concretos para ello.

Ello nos lleva a plantearnos, si, realmente, esa falta de transparencia entendida, no tanto como falta de comprensión real, sino como falta de información acerca de los riesgos de la operación, puede conducir a un consentimiento viciado por error o dolo, que pueda llevar, de ser lo suficientemente relevante, no sólo a la nulidad de la cláusula en cuestión, sino a la nulidad total del contrato y, en consecuencia, a la restitución de las prestaciones.

Para el TS, la falta de transparencia de la cláusula suelo conduce a su declaración de nulidad, sin embargo, consideramos que, los motivos

expuestos en la sentencia y su aclaración posterior, mediante el Auto de 3 de junio de 2013, no nos permiten conocer cómo, en el futuro, se va a poder cumplir con el deber de transparencia por parte de las entidades.

La STS y su Auto aclaratorio dejan sin resolver muchos interrogantes que nos sumergen en la inseguridad jurídica.

Según se desprende de la fundamentación de ambos, el hecho de que concurra una de las causas de falta de transparencia, no tiene porqué llevar a la nulidad de la cláusula, ya que puede ser compensado por el resto de cláusulas.

A mayor abundamiento, se establece un nivel tan alto de exigencia, que es muy complicado que las entidades puedan acreditar que el consumidor, conoció y comprendió, la existencia y los efectos de la cláusula suelo; porque, además, según el TS, en el auto aclaratorio, incluso aun cuando concurran todas las causas establecidas en la sentencia, puede no llevar a la nulidad de la cláusula, ya que ha podido existir el conocimiento del consumidor.

Tampoco deja claro si es necesario que concurran todas las causas de no transparencia para declarar nula la cláusula o, por el contrario, basta que concurran alguna o algunas aisladamente; e, incluso, deja la puerta abierta a la concurrencia de otras causas que no menciona.

Por tanto, consideramos que el nivel de exigencia establecido por el TS es excesivamente alto e indeterminado, y según se desprende, no basta el cumplimiento de los deberes de transparencia de la normativa sectorial, ni el deber de información que recae sobre los notarios autorizantes de las escrituras de préstamo hipotecario.

SÉPTIMA.- Ante la imposibilidad de someter a control de contenido las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, y por tanto, la cláusula suelo, según la configuración que le da el TS, éste acude al llamado doble filtro de transparencia.

Así distingue, un primer control, que podemos llamar de transparencia, simple o formal- control de incorporación- de los artículos 5 y 7 LCGC y un segundo filtro de transparencia, material o cualificada, referido a la comprensión real de las implicaciones jurídicas y económicas del contrato por parte del consumidor.

El problema fundamental de esta teoría, sentada por el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, es que no acierta a determinar el fundamento jurídico de este nuevo tipo de control.

En nuestra opinión, el TS fundamenta, erróneamente, este control en el art. 80 TRLGDCU, y decimos erróneamente por dos motivos, en primer lugar porque dicho artículo no es un *plus* a lo establecido en el art. 5 LCGC sino que ambos son coincidentes, y, en segundo lugar, por incurrir en contradicciones ya que, el TS se esfuerza por hacer una clara diferenciación entre cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y las accesorias, y sin embargo al fundamentar ese control de transparencia cualificado en dicho artículo, supone dar al traste con tal distinción y aplicarlo a todas las cláusulas del contrato sin distinción entre esenciales y accesorias.

Consideramos que la construcción del doble filtro de transparencia es un tanto artificiosa, sin fundamento legal, y conculca, en alguna forma, el sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Esto es así, ya que, cuando se afirma que las cláusulas no superan el juicio de validez a pesar de haberse satisfecho, por el predisponente, el estándar de transparencia del art. 80 TRLGDCU y la buena fe del art. 82.1 del mismo texto y cuando se establece, además, que han de cumplir un tercer nivel de transparencia que, según el TS, se encuentra también en el art. 80 TRLGDCU, se crea, un nivel de cumplimiento imposible de satisfacer, ya que, tampoco es suficiente, la satisfacción de todas las exigencias que impone la normativa sectorial.

El intento de aclarar y perfeccionar el control de la transparencia cualificada por parte del TS en su sentencia de 8 de marzo de 2014, tampoco alcanza su objetivo, ya que, finalmente, acaba convirtiendo la cláusula suelo, por el hecho de serlo, en una cláusula no transparente, salvo prueba en contrario.

De este modo, traslada la carga de la prueba al predisponente, y no sólo del carácter negociado de la cláusula, sino, también, de que por parte del consumidor se ha comprendido realmente su significado, lo que la convierte en una “*probatio diabólica*”

OCTAVA.- Consideramos que debe de rechazarse, por falta de cobertura legal, la configuración del control de transparencia de la cláusula suelo, como un tercer tipo de control, autónomo de los controles tipificados legalmente que son, el control de inclusión y el control de contenido o abusividad.

El control de transparencia, tanto formal como material- o de comprensión real- debe de entenderse incluido en el control de inclusión, de modo que, cuando la cláusula suelo no supere dicho control, se considerará no incorporada al contrato, el cual subsistirá. Este control será, en

consecuencia, tal y como es deseable, aplicable a todos los contratos de adhesión, con independencia de la cualidad de los sujetos que intervengan.

Por otro lado, como ya hemos dicho, las cláusulas anteriores no forman parte del elemento esencial del contrato, por lo que, podrán ser, perfectamente, objeto de control de contenido y analizarse su posible carácter abusivo.

En relación a las consecuencias de la falta de transparencia, podemos señalar que, mientras el TS entiende, sin lograr fundamentarlo, que produce *per se* la nulidad de la cláusula., hay que considerar que debe de incluirse la transparencia material dentro del control de inclusión, por lo que el efecto de no traspararlo será la no incorporación de la cláusula.

Si por norma, las cláusulas referidas a esos elementos esenciales, no pueden ser objeto de control de abusividad, si se considera que la falta de transparencia produce *per se* la nulidad de la cláusula, el objeto principal del contrato podría verse afectado de tal manera, que se impondría, como consecuencia necesaria, la nulidad total del contrato por vicio-error del consentimiento del adherente

NOVENA.- Entendemos que, el que la cláusula suelo haya superado el control de incorporación, no impide que pueda ser objeto del control de contenido.

El control de contenido supone el valorar, si, conforme a las exigencias de la buena fe, la cláusula suelo causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato.

El problema fundamental que se plantea, a la hora de analizar si la cláusula suelo produce un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, es que, ni la Directiva, ni el TRLGCU, establecen criterios claros para determinar cuándo existe un desequilibrio importante contrario la buena fe, a lo que se añade que en la cláusula suelo confluyen cuestiones económicas y jurídicas.

Dentro de la jurisprudencia menor, existen posturas que han considerado que ha existido ese desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, con quebrantamiento de la buena fe, tanto en los casos en que sólo existe cláusula suelo sin la correlativa cláusula techo, como en los casos en los que existiendo ambas cláusulas, la desproporción entre ellas es acentuada, lo que conduce a la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

El TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013 establece, como criterio para determinar si se produce tal desequilibrio, que el juez nacional ha de comprobar si, el profesional, actuando de forma honesta, puede pensar si el consumidor habría aceptado, en una negociación individual, una cláusula de ese tipo.

Sin embargo nuestro más Alto Tribunal no aporta luz al problema, ya que no aclara si la cláusula suelo no transparente, produce tal desequilibrio y por ello son abusivas, o, que la falta de transparencia produce directamente y *per se* la nulidad de la misma, que es lo que parece deducirse de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

En consecuencia, entendemos que, superado el control de transparencia – formal y material- la cláusula suelo podrá ser sometida al control de contenido y determinarse, en su caso, su abusividad, cuando

produzca un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Este desequilibrio habrá de ponderarse no sólo, desde un punto de vista jurídico, sino también, económico, si bien en este último caso, se deberá ser meticuloso, a fin de no incidir e influir en el precio, que está sujeto a las reglas del mercado.

Para dicho análisis, puede ser útil, acudir a los criterios generales para determinar la abusividad de una cláusula, recogidos en los arts. 3 a 5 de la Directiva 93/13/CEE, y que vienen referidos, entre otros, a: a) las exigencias de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; b) la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato; c) circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa; y, d) a la falta de negociación individual de una cláusula.

Además, para declarar el carácter abusivo de una cláusula habrá de tenerse en cuenta, todas las circunstancias concurrentes en el momento de suscripción del contrato, así como la evolución previsible de las circunstancias si fueron tenidas en cuenta, o debieron de serlo, con los datos de que disponía, o podía disponer, un empresario diligente, debiendo de valorarse, asimismo, las demás cláusulas del contrato o contenidas en otro del que dependa.

DÉCIMA.- Declarada la nulidad de la cláusula suelo, es necesario determinar cuáles son los efectos que dicha declaración puede producir, no sólo, en relación con la citada cláusula, sino también, en relación al contrato de préstamo hipotecario en el que se inserta.

Hay que partir del hecho de que la cláusula suelo no es, por sí sola, nula o ilícita, siempre que cumpla los requisitos legales de transparencia.

Respecto a la cláusula, la declaración de nulidad impide su moderación o integración.

Respecto del contrato, se parte del principio de la conservación del contrato, de modo que éste subsistirá, sin la cláusula, siempre que sea posible, salvo cuando éste no puede subsistir sin dicha cláusula o, cuando la cláusula nula, afecta a los elementos esenciales del contrato del art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa).

La principal cuestión es la forma en que el contrato se integra respecto de las cláusulas declaradas nulas. En este sentido, con carácter general, dado que la nulidad parcial viene impuesta por la ley, el contrato se integrará, de acuerdo con las normas que la ley imperativa establezca. Así el art. 10. LCGC se remite para ello a los criterios del art. 1258 CC y a las reglas de interpretación de los contratos del mismo cuerpo legal.

De acuerdo con ello, para la integración del contrato se optará en primer lugar por la solución prevista por la norma imperativa, en segundo lugar, por la intención de los contratantes, si existe, y, por último, se acudirá al art. 1258 del CC.

En el caso de la cláusula suelo, entendemos que tal integración del contrato será aplicando el tipo de interés pactado más el diferencial.

Por tanto, la subsistencia del contrato, que obviamente defendemos, ha de venir determinada por otros parámetros derivados del hecho de configurar la cláusula suelo como un elemento accesorio, y no definitorio del objeto principal del contrato.

DÉCIMOPRIMERA.- Respecto a los efectos restitutorios de la declaración de nulidad, desde la Directiva 13/93/CEE, a través del principio de no vinculación del art. 6, y, desde nuestra propia legislación interna, arts. 8 LCGC y 83 TRLGDCU, podemos entender que nos encontramos ante una nulidad *ab initio* de la cláusula y, por tanto, sometida al principio de “*quod nullum est, nullum effectum producit*” y al régimen general de nulidad de pleno derecho del CC, en concreto, del art. 1303.

De acuerdo con ello, no existen obstáculos a la hora de admitir el carácter retroactivo de tal declaración y, por ende, proceder, por la entidad condenada, a la devolución de lo indebidamente cobrado de más por aplicación de la cláusula suelo.

Sin embargo, no ha sido esto lo que ha entendido nuestro más Alto Tribunal, el cual, en la paradigmática Sentencia de 9 de mayo de 2013, ha acordado la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, con argumentos realmente sorprendentes. Esta doctrina ha venido a confirmarse en sentencias posteriores como la STS de 25 de marzo de 2015.

Los argumentos utilizados por la STS de 9 de mayo de 2013, no son convincentes. Así, ni la alusión al principio de seguridad jurídica al que acude, en una inusitada aplicación analógica de determinadas normas que nada tienen que ver con la cuestión, es correcta, dado que no existe, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, laguna legal que integrar o suplir, por estar perfectamente regulada en el art. 1303 del CC.

Ni la alegación genérica y sin ningún tipo de justificación a la protección del orden público económico, permite fundamentar

adecuadamente la decisión económica más importante de la sentencia y la excepción a la regla general de los efectos de la nulidad.

En nuestra opinión el TS ha conseguido, con este pronunciamiento, el efecto contrario que pretendía, y es el de una clara inseguridad jurídica que ha dado lugar a una gran cantidad de pronunciamientos contradictorios por parte de la jurisprudencia menor

Por otro lado, surgen dudas acerca de si el TS debía de haberse pronunciado sobre la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, ya que, tal cuestión, no fue planteada, en ninguna de las instancias, por ningún de las partes, y por ende, no podía ser objeto de debate, incurriendo en incongruencia y vulnerando el principio de la tutela judicial efectiva, al no dar oportunidad a las partes de alegar y probar al respecto.

DÉCIMOSEGUNDA.- La doctrina sentada por las SSTs mencionadas, no convence en el mundo jurídico, y ello ha originado que se hayan planteado ante el TJUE numerosas cuestiones prejudiciales acerca de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Las primeras cuestiones prejudiciales que serán resueltas, en breve espacio de tiempo, serán las planteadas por el Juzgado de lo Mercantil, nº 1 de Granada y dos planteadas por la AP de Alicante.

En dicho procedimiento, frente a la postura de la Comisión Europea, que defiende la aplicación retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, el Abogado General, D. Paolo Grozzi, sorprendentemente, en sus conclusiones, defiende la doctrina sentada por nuestro TS, en una interpretación que consideramos un tanto forzada.

En este sentido entendemos, que la STS conculca el principio de efectividad por oponerse a la doctrina del TJUE, que ha mantenido que las cláusulas abusivas han de ser eliminadas sin posibilidad de integración, lo que se contradice con el hecho de que se mantengan los efectos de la cláusula suelo hasta la publicación de la sentencia del TS.

Además, consideramos que, el AG no ha entendido la doctrina del TS sobre las cláusulas suelo, ya que en sus conclusiones hace afirmaciones que no aparecen en la propia sentencia, como son el que la cláusula suelo es abusiva en todo caso, o que, tras la misma, no se podrá incluir en los contratos.

Lo cierto es que habrá que esperar a que el TJUE dicte su sentencia para que queden definidas las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. El panorama dibujado no es demasiado alentador, ya que, aunque las conclusiones del Abogado General no son vinculantes para el Tribunal, la realidad nos demuestra que, en la mayoría de las ocasiones, son seguidas por el mismo.

DÉCIMOTERCERA.- La excepción a la regla general de la nulidad parcial del contrato, como consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, se encuentra en el hecho de que aquel no pueda subsistir cuando ésta afecta a los elementos esenciales del contrato del art. 1261 CC. No existe otra “imposibilidad” de subsistir que no sea por ausencia o alteración sustancial de un elemento esencial del contrato.

En la práctica, la regla de nulidad total del contrato está vinculada al incumplimiento de los requisitos de transparencia de las cláusulas que definen tales elementos esenciales, lo que lleva a la absoluta indeterminación de su objeto.

Consideramos que, en tanto que la cláusula suelo ha de ser configurada como una condición que no integra, ni es definitoria del elemento esencial del contrato, la declaración de nulidad de la misma, ha de suponer, únicamente, la expulsión de la cláusula con planos efectos retroactivos.

Sin embargo, el efecto general de la nulidad parcial del contrato y la expulsión de la cláusula suelo del mismo, por no superar los controles legales, puede plantear problemas, si se acude a la idea de que la cláusula suelo forma parte del objeto principal del contrato, tal y como ha reconocido el TS.

Partiendo de tales premisas, puede plantearse si, al integrarse la cláusula suelo en el objeto principal del contrato y declararse su nulidad por falta de transparencia, podría afectar al consentimiento, el cual se habría otorgado por error, y, en consecuencia, si ese error es lo suficientemente relevante, podría llevar a la desaparición de dicho consentimiento y producir la nulidad total del contrato, por recaer en el objeto principal del contrato.

La STS de 9 de mayo de 2013, configura el control de transparencia de la cláusula suelo como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, desmarcándolo del ámbito de interpretación general del CC del error propio o del error vicio.

Entendemos que la razón de ello es que la STS tiene su origen en el ejercicio de una acción colectiva de cesación, de lo que se desprende que se encuentra imposibilitado, en virtud de la naturaleza de la acción ejercitada, para atender si, en cada caso concreto, podría existir un error invalidante.

Esto no obsta para que, en virtud del ejercicio de una acción individual, se valore si, en el caso concreto, concurre en el consumidor, el error en su consentimiento.

El error en el consentimiento, en el caso de las cláusulas suelo, puede venir determinado, precisamente, por la falta de transparencia material de las mismas, esto es, por la falta de comprensión real acerca de la carga económica y jurídica que implica el contrato de préstamo.

Entendemos que, de las dos alternativas planteadas en relación a la valoración de la comprensibilidad real, es decir, si debe de adaptarse un criterio subjetivo, o del consumidor concreto, o, por el contrario, acudir a un parámetro de tipo objetivo, o, de un consumidor medio, el parámetro objetivo debe de aplicarse en los casos en que se ejercite una acción colectiva de cesación, mientras que la vía subjetiva debería de reservarse para los casos de acciones individuales, basadas en el error en el consentimiento.

Tanto el TJUE y el TS, recientemente tienden a encauzar la cuestión por la vía objetiva, no obstante, existe el riesgo de que, en algún momento, se llegue a acudir, por los tribunales, al criterio subjetivo del parámetro de comprensibilidad real.

A la hora de plantearse si el error es lo suficiente relevante para desembocar en la existencia de un consentimiento viciado, habría que acudir a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

En este sentido, habría que valorar si la falta de una información adecuada, para que el consumidor tenga suficiente conocimiento de la cláusula, su transcendencia y su incidencia en la ejecución del contrato, es

lo suficientemente grave y relevante.

De acuerdo con estas premisas, de seguir la postura subjetivista, podríamos encontrarnos, que, en el ejercicio de una acción individual o un procedimiento de ejecución hipotecaria, se impugnara la validez de la cláusula suelo, considerada como definitoria del objeto principal del contrato, y fuera declarada nula por falta de transparencia material.

Por otro lado, partiendo del hecho de que los jueces deben apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, puede existir un riesgo inherente al procedimiento por el que se inste la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y de que, en caso de estimarse la nulidad de la misma, el juez declare la nulidad de todo el contrato, al considerar que, dicha forma de invalidez, recae en un elemento esencial del contrato, lo cual imposibilita una declaración de nulidad parcial.

No obstante, en el caso de la cláusula suelo, consideramos que resultaría muy aventurado que se pudiera mantener la ecuación, nulidad de la cláusula de intereses = falta de precio= nulidad total del contrato, si pensamos que la obligación de pago de intereses, es, sólo, una de las dos obligaciones principales del préstamo, siendo la otra la obligación de devolución de la cantidad prestada.

DÉCIMO CUARTA.- En nuestra opinión, es necesario que se asiente definitivamente el criterio objetivista a la hora de valorar la comprensión real por el consumidor medio, de lo contrario, se corre el peligro y la tentación de que se abra paso la teoría subjetiva de la declaración de nulidad total del contrato, si se parte de los parámetros seguidos por las STS.

De acuerdo con ello, como hemos defendido en el presente trabajo,

consideramos más correcto, para evitar esta posibilidad, partir de la siguiente ecuación:

- La cláusula suelo es una condición general de la contratación y por ende, está sometida al control de incorporación de la LCGC, que debe de comprender, no sólo la transparencia formal o gramatical, sino también, la transparencia material o de comprensión real.

- Ello nos va a permitir aplicarlo, no sólo a contratos celebrados con consumidores, sino también, a los celebrados entre empresarios.

- La cláusula suelo no forma parte del objeto principal del contrato, sino que es un simple medio de cálculo del mismo, pero no lo define, por lo que puede ser perfectamente sometida al control de abusividad, por no estar incluida en la excepción del art. 4.2 de la Directiva.

- Por último, de *lege ferenda*, sería deseable, que se procediese finalmente, por el legislador español, a la trasposición a nuestro Ordenamiento del artículo citado, así como una mejora de la normativa reguladora de los controles preventivos que proporcionen parámetros claros sobre el control de las condiciones generales de la contratación.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol.I-10ª Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “La cláusula de renuncia a la expresión manuscrita (a propósito de la RDGRN de 12 de marzo de 2015)” en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (Dir.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Ed. Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 235-256.

ALFARO AGULA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*. Ed. Civitas. Madrid, 1991.

ALFARO AGUILA-REAL, J, “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas” en https://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion_preco_prestacion_J_Alfaro.pdf [Consulta: 30 septiembre de 2016].

ALFARO ÁGUIL-REAL, J. “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas” en SALELLES CLIMENT, J. R; GUERRERO LEBRÓN, M.J.; FUENTES DEVESA, R (Coord.) *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2010

AMORÓS GUARDIOLA, M. *La causa del crédito hipotecario.*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990

ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”. Diario La

Ley núm. 8366, 2014, Ed. La Ley (ref. D-261) La Ley 4937/2014 [Consulta: 14 de septiembre de 2016]

ANCHÓN BRUÑÉN, M.J., "¿Retroactividad, revisión de sentencias firmes?", en *Diario La Ley*, nº 8767, 2016, pp. 1-28. www.diariolaley.laley.es [Consulta 23 de mayo de 2016]

ANGUITA RÍOS, R. M., *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*. Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

BADENAS CARPIO, J.M. "Artículo 2. Ambito subjetivo" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*. Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999. pp. 37-92

BALLUGUERA GÓMEZ, C. *El contrato no-contrato*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006,

BALLUGUERA GÓMEZ, C., "Contrato por negociación y cláusulas abusivas" 2014. pp. 1-7. <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2014-contrato-negociacion-y-clausulas-abusivas.htm> [Consulta: 14 de junio de 2016].

BALLUGUERA GÓMEZ, C. “Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios” en Revista de Derecho Mercantil, 2001, Vol. 2, pp. 1777-1869.

BALLUGUERA GÓMEZ, C. “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente” Diario La Ley, 4 de julio de 2016. www.diariolaley.laley.es. [Consulta 19 de agosto de 2016]

BASOZABAL ARRUE, X. *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*. Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.

BERROCAL LANZAROT, A., "Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios", en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* , Núm. 752, 2015, pp. 3644-3664.

BLASCO GASCÓ, F. *La hipoteca Inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BLASCO GASCÓ, F. “El crédito y las hipotecas: Las cláusulas del préstamo hipotecario”. En *Lunes Cuatro Treinta*, núm 455, CINDER, 2008. pp. 25-62

CADENAS DE GEA, C.; PAREJA SÁNCHEZ, M. y CASASOLA DÍAZ, J. "Clausula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por donde pisa." *Revista Extoikos*, núm. 9, 2013, pp. 27-31.

CALVO GONZALEZ-VALLIÑAS, R. , *Las cláusulas de la hipoteca*. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

CÁMARA LAPUENTE, S. "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?", en Cuadernos de Derecho transnacional, Vol 5, núm. 2 , 2013, pp. 209-233.

CÁMARA LAPUENTE, S. "Transparencias, desequilibrios e ineficacias", Anales de la Academia Matritense del Notariado, Vol. 55, 2014-2015, pp. 551-643

CAÑIZARES LASO, A., "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. La cláusula suelo". Revista de Derecho Civil , Vol. II núm. 3, 2015, pp. 67-105.

CARBALLO FIDALGO, M. *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*. Ed. Bosch. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

CARRASCO PERERA, A. *Derecho de Contratos*. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2010.

CARRASCO PERERA, A., "La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Reforma Hipotecaria y la articulación del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria.", en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 6, 2013, pp. 58-65.

CARRASCO PERERA A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía

constitucional de la tutela judicial efectiva” en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 7, 2013, pp.126-163

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación." Revista Cesco de Derecho de Consumo , núm 7, 2013, pp. 164-183.

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. *Derecho de la Construcción y la vivienda*. Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012.

CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. "La STS 241/2013, de 9 de Mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional". Diario La Ley núm 8159, 2013, pp. 1-14.

CARRASCO PERERA, A. “La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación” en Revista CESCO de Derecho de consumo, 2014, p. 2. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/La-cl%C3%A1usula-suelo-nuevamente-a-las-puertas-de-la-casaci%C3%B3n.pdf>

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CAVANILLAS MÚGICA, S. “Capítulo III. De la prescripción de las acciones” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Tomo IX. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 13306.

CLEMENTE MEORO, M. “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas” en ORDUÑA MORENO, J. (Dir.), *Contratación y consumo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. pp. 294-327.

CORDERO LOBATO, E. "Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013)". Diario La Ley núm 8098, 2013, pp. 1-3.

CORDERO LOBATO, E. "El control de transparencia de las cláusulas suelo. Sentencia 9 de mayo de 2013". En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 94, 2014, pp. 564-583.

CHAPARRO MATAMOROS, P. "Falta de transparencia formal de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario. Comentario a la STS 8 de septiembre de 2014". En Actualidad Jurídica Iberoamericana, Vol. 2, 2015, pp. 601-612.

COROMINAS BACH, S. "La tutela colectiva de los intereses afectados por las cláusulas suelo" en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. *Vivienda, préstamo y ejecución*. Ed. Thomsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 893-913

DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Ed. Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1985.

DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ FRÍAS, J. "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro Ordenamiento" en Revista de Derecho Bancario y Bursátil núm. 130, 2013.
http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Paginas_desdeRevista_de_Derecho_Bancario_y_Bursatil__N%C2%BA_130_Abril-Junio_2013.pdf
[Consulta 2 de octubre de 2016]

DE LA RICA ARENAL, R.: “La obligación personal y responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”. Anuario de la Academia Matritense del Notariado, 1948. T. IV. pp.287 a 327.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. *Las nulidades de los contratos: un Sistema en Evolución*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

DÍAZ VALES, F. “La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 719, 2010, pp. 923-980

DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de derecho Civil Patrimonial. Vol. 2º. las relaciones obligatorias*. Ed. Civitas, Madrid, 1993.

DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Introducción. Teoría del Contrato*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

DIEZ-PICAZO, L. “¿Una nueva doctrina general del contrato?” en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI, octubre-diciembre 1993, pp. 1705-1717, ponencia presentada en el Congreso de Derecho de Contratos celebrado en Zaragoza en 1992.

DÍEZ PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil, Vol. 2º, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Ptrimonial. T. VI, Derechos Reales*. Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “La cláusulas abusivas en contratos de consumo” Cap. IX, en NIETO CAROL, U. (Coord.) *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas..* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000. pp. 485-486

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I.; IZQUIERDO BLANCO, P.; SERRA RODRÍGUEZ, A.; SOLER SOLE, G. *Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.

FORTEA GORBE, J.L. *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*. Tesis doctoral defendida en la Universidad de Alicante. Enero 2016. En la actualidad pendiente de publicación.

GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por Notarios y Registradores de la Propiedad*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007

GARCÍA GIL, F., *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*. Ed. Dapp Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2005.

GARCÍA MONTORO, L., "La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual." en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 5, 2013, pp. 240-244

GENTO MAHUENDA, P. "El final de las cláusulas suelo en España: Una visión retrospectiva." en Revista Cesco de Derecho de Consumo, núm. 10, 2014, pp. 14-37.

GETE ALONSO Y CALERA, M^a C. "No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales" en AROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Dir.) *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Ed. Tecnos. Madrid, 1999. p. 98-105.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. , Presente y futuro de la garantía hipotecaria".
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 735, 2013, pp. 19-35.

GONZÁLEZ CARRASCO, M., "La sentencia de la AP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 estima el recurso de apelación de BBVA, NCG y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la sentencia 246/2010 de 30 de septiembre del Juzgado de lo mercantil nº 2 Sevilla". Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 1, 2012, pp. 126-127.

GONZÁLEZ CARRASCO, C. "La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (comentario a la sentencia 464/2014 de 8 de septiembre y a su voto particular)", en Revista CESCO, Derecho de Consumo, 6 de noviembre de 2014. www.uclm.es/centro/cesco [Consulta 14 de septiembre de 2016].

GONZALEZ PACANOWSKA, I. "Artículo 5. Requisitos de incorporación" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999. p. 139-192.

HERNÁNDEZ GUARCH, C., "La sentencia del Tribunal Supremo. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas." en Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 6, 2013, pp. 134-169.

JORDANO BAREA, J.B. "Contratos Mixtos y unión de contratos" en Anuario de Derecho Civil, 1951, pp. 321-339

LACAL FUENTES, P. "El mito de la accesoriedad de la hipoteca", Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 925-936

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. I. Derecho de obligaciones. Vol.2º. 2ª ed.* Revisada por Rivero Hernandez. Ed. Dykinson.Madrid, 2002.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J. RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J. *Derecho de Obligaciones. Vol 1º. Elementos de Derecho Civil II.* Segunda Edición. Ed. Dikynson. Madrid, 2000.

LETE ACHIRICA, J., "Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras cuestiones que conviene distinguir". *Actualidad Civil* , tomo 2, 2000, pp. 635-650.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. "La ineficacia contractual derivada de la acción de nulidad: protección del tercero" en ORDUÑA MORENO, J. (Dir.), *Contratación y consumo.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. pp. 51-92.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J., *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios.* Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.

LÓPEZ JIMENEZ, J. "La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate." en *Diario La Ley*, núm. 8279, 2014, pp. 1-4.

LÓPEZ MARTÍN, M.C. y MONTERO ROMERO, T. "Elementos para una propuesta de cláusulas techo y suelo sin conflicto de intereses" en MIRANDA SERRANO, L., *La protección de los consumidores en tiempos de cambio.* Ed. Iustel. Madrid, 2015 pp. 315-333.

LLAMAS POMBO, E., "La nulidad de las cláusulas suelo.", en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 1, 2013, pp. 11-17.

LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LLOPIS, J.C. "La expresión manuscrita del artículo 6 de la ley 1/2013", 19 de junio de 2014. <http://www.notariallopis.es/blog/i/114/73/la-expresion-manuscrita-del-articulo-6-de-la-ley-1-2013-ii>. [Consulta: 19 septiembre 2016]

MARÍN LÓPEZ, J.M., "El ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación" en NIETO CAROL, U., *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 113-217

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "La Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, nueve años después: balances y perspectivas" en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.; MONTES PENADÉS, V.L.; MORALES MORENO, A.M. y PANTALEÓN PRIETO, F. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. pp. 2491-2512

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo" en VV.AA. *Cláusulas Suelo: ¿Se puede negociar con el banco? Anulación y retroactividad*. Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 13-32.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. "Devolución de la cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo declarada nula.", en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2014, pp. 23-34.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. "El control de transparencia de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario". *Actualidad Civil*, nº 6, Diario La Ley 2999/2014, pp. 709-723. www.diariolaley.laley.es. [Consulta 14 septiembre 2016]

MEZQUITA DEL CACHO, J.L. "Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión relativa a viviendas" en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1995, pp. 247-263.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La nulidad de las condiciones generales" en DELGADO ECHEVARRÍA, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 193

MIRANDA SERRANO, L., *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*. Ed. Iustel. Madrid, 2015.

MORALEJO IMBERNÓN, N. *El contrato de hipoteca inmobiliaria*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

MUÑOZ GARCÍA, C. "La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España". Diario La Ley núm 8799. www.diariolaley.laley.es. (Ref. D-273). 2016. [Consulta: 14 de septiembre de 2016]

MÚRTULA LAFUERTE, V. *La prestación de intereses*. Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1999.

NAVAS MARQUÉS, J.I. "Posibles causas de nulidad de las hipotecas

multidivisas”, en Actualidad Jurídica Aranzadi num.873/2013. <http://aranzadi.aranzadidigital.es> (BIB 2013\2424) [Consulta: 20 septiembre de 2016]

NIETO CAROL, U. (Coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*. Ed. Thomsom Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016

NASARRE AZNAR, S, “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 727, 2011. pp. 2665 a 2737.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con Jurisprudencia. 7ª Ed.* La Ley, Madrid, 2012.

ORDUÑA MORENO, F.; SÁNCHEZ MARTÍN, C. y GUILLÉN CATALÁN, R, *Control de transparencia y contratación bancaria*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ORDUÑA MORENO, J. “Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación” en ORDUÑA MORENO, J. (Dir.) *Contratación y consumo*. Tirant lo Blanch, Valencia 1998. pp. 252-289

OROZCO PARDO, G. “La protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: El sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.; MONTES PENADÉS, V. L.; MORALES MORENO, A.M. y PANTALEÓN PRIETO, F. (Coords.) *Estudios jurídicos en homenaje al*

profesor Luis Díez-Picazo. T. II. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones.
Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2003.

PAGADOR LÓPEZ, J. “Requisitos de incorporación de las condiciones generales” en NIETO CAROL, U. (Coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2000. P. 221-300.

PAGADOR LÓPEZ, J. “De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato” en *Derecho de los Negocios*, núm. 268, 2013, La Ley (ref. 1235/2013). www.diariolaley.laey.es [Consulta el 14 de septiembre de 2016].

PAREJA SÁNCHEZ, M. “Análisis jurisprudencial II. Estado de la jurisprudencia específica sobre cláusulas suelo” en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Dir.) *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Ed. Bosch, Hopitalet de Llobregat (Barcelona), pp.411-462

PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

PASQUAU LIAÑO, M. “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999. p. 271-309.

PEREZ HERESA, J. “Los mecanismos de protección del consumidor bancario” [en línea] *El Notario del S. XXI*. 30 de marzo de 2010. <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-30/opinion/opinion/1263-los-mecanismos-de-proteccion-del-consumidor-bancario-0-5046687261244922> [Consulta: 3 de agosto de 2016]

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Falta de Transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", en INDRET, Revista para el análisis del derecho, núm 3, 2013 www.indret.com [Consulta: 3 de Noviembre de 2015].

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. "Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales" Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 17/2003. <http://aranzadi.aranzadidigital.es> (bib 2003\1477) [consulta 16 de septiembre de 2016]

PIZARRO MORENO, E. "La expresión manuscrita en las cláusulas hipotecarias como símbolo de modernidad" en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. Y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (Dir.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Ed. Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 877-891

PLAZA PENADÉS, J., "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 cláusula suelo. " en Diario La Ley, núm 8112, , 2013, pp. 1-10.

PLAZA PENADÉS, J., "Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores". En Revista Consumo y Empresa, núm. 2, 2016 pp. 1-13. <http://vlex.com/vid/doctrina-judicial-control-transparencia-638432929> ID VLEX-638432929 [Consulta 16 de agosto de 2016]

REY PORTOLÉS, J., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995

ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario, Vol. 2*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G. "Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios." *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 749, 2015, PP. 1565 a 1583.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G., "Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013, pp. 3440-3456.

RODRÍGUEZ OTERO, L. *Instituciones de Derecho Hipotecario. Tomo III*, Ed. Dijusa, Madrid, 2007, pp. 491-493

RUIZ DE LARA, M., *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*. Ed. Fe d'erratas, Madrid, 2004.

RUIZ MUÑOZ, M. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.

SAÉZ DE JUBERA HIGUERO, B. "Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la ley 41/2007", Ponencia presentada en el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, 2008. pp. 2-3

SÁNCHEZ MARTÍN, C. "El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica", en *Diario La Ley*, núm. 8491, 2015, pp. 1-6.

SANTOS BRIZ, J. *Los contratos Civiles. Nuevas perspectivas*. Ed. Comares, Granada, 1992.

VV.AA., *Cláusulas suelo: ¿Se puede negociar con el banco? Anulación y retroactividad*. Ed. Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2014.

VV.AA. “Cesco opina sobre la posición del Abogado General del TJUE sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo”, Centro de Estudios de Consumo. 2016. pp. 1-19 www.uclm.es/centro/cesco. [Consulta, 14 de octubre de 2016].

VV.AA. CORBAL FERNÁNDEZ, J.; IZQUIERDO BLANCO, P. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.) *Práctica Procesal Civil*. T. VII. Ed. Bosch. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014. P.6689

YÉBENES CALVO, E. y ZAMORANO MOYNO, M. “El problema de la cláusula suelo” en MIRANDA SERRANO, L., *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*. Ed. Iustel. Madrid, 2015, pp.455-468

YSÁS SOLANES, M., *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 1994.

ZURITA MARTÍN, I., *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

