



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2013 / 2014
Convocatoria: Septiembre

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS
ABUSIVAS EN EL SECTOR BANCARIO. EN ESPECIAL LA CLÁUSULA
SUELO.
GENERAL STATE OF ABUSIVE CONTRCT CLAUSES IN THE BANKING
SECTOR. IN PARTICULAR THE LOWER LIMIT CLAUSE.

Realizado por el alumno D. Manuel Andrés Negrín Talavera

Tutorizado por la Profesora Dña. Fátima González de Aledo Benítez de
Lugo

Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la
Empresa

Área de conocimiento Derecho Mercantil

ABSTRACT

The current economic crisis has had a particular impact on the activity of the banking sector and, in particular, the abusive practices that have occurred in recruitment. Indeed, bank customers, who come to the banking sector to meet their needs face the existence of bad banking practices which causes an imbalance of contractual obligations to the detriment of the consumer. The problem lies primarily in the fact that most of the contracts in this sector are mass produced contracts, i.e. made with like conditions unilaterally.

The defense of consumers and users is a requirement in a market economy which in turn must be combined and contrasted with the principle of non-entrepreneurial freedom preserved in Article 38 of our Constitution. The consumer protection rules aim to protect the economic damages that an imbalance of the positions of the contracting parties could produce. However, legislation and sometimes contradictory case law and has served as a breeding ground for abusive practices.

This study aims to analyze the root clause in order to provide a solution that guarantees the rights of consumers and users of the banking sector.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

En la actual situación de crisis económica ha tenido especial incidencia la actividad del sector bancario, y en concreto, las prácticas abusivas que se han producido en la contratación. En efecto, los clientes bancarios, que acuden al sector para satisfacer sus necesidades, se enfrentan a la existencia de una mala práctica bancaria que causa un desequilibrio de las obligaciones contractuales, en detrimento del consumidor. El problema reside fundamentalmente, en que la mayoría de los contratos de este sector, son contratos en masa, es decir, se celebran con una condiciones predispuestas de forma unilateral.

La defensa los consumidores y usuarios supone una exigencia en una economía de mercado que a la vez debe conjugarse y no contraponerse al principio de libertad empresarial consagrado en el artículo 38 de nuestra Constitución. Las normas de tutela del consumidor tienen como objetivo protegerle de los perjuicios patrimoniales que un desequilibrio de las posiciones de las partes contractuales, le pudieran producir. Sin embargo, una normativa y jurisprudencia dispersa y en ocasiones contradictoria ha servido de caldo de cultivo para las prácticas abusivas.

El presente estudio tiene como objetivo el análisis de la cláusula suelo, al objeto de ofrecer una solución que garantice los derechos de los consumidores y usuarios del sector bancario.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
 <i>PRIMERA PARTE : MARCO NORMATIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA.</i>	
CAPITULO I: CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN	
1. CONCEPTO	4
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN	6
3. RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	6
 CAPITULO II: CLÁUSULAS ABUSIVAS	
1. CONCEPTO	7
2. REQUISITOS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.	9
2.1. Cláusula predispuesta y no negociada individualmente.....	10
2.2. Que cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes	12
2.3. En perjuicio del consumidor	12
2.4. Exigencia de la buena fe objetiva.....	13
 CAPITULO III: CONTRATOS BANCARIOS	
1. INTRODUCCIÓN.....	14
2. CONCEPTO Y CLASES.....	15
2.1. Concepto.....	15
2.2. Clases	16
3. FUENTES DEL DERECHO BANCARIO. ESPECIAL MENCIÓN A LAS CIRCULARES Y ÓRDENES MINISTERIALES.....	17
 CAPITULO IV: CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL SECTOR BANCARIO	
1. INTRODUCCIÓN.....	19
2. ESPECIAL MENCIÓN A LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN LAS OPERACIONES CON ENTIDADES DE CRÉDITO Y PROTECCIÓN AL CLIENTE BANCARIO.....	21

3. DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES 24

SEGUNDA PARTE : ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA SUELO

1. CLÁUSULA SUELO	25
1.1. Definición.....	25
1.2. Análisis Jurisprudencial	28
1.3. La problemática de la nulidad parcial y sus efectos.....	34
1.4 Doble control transparencia de las cláusulas suelo: control de inclusión y control de transparencia	35
1.5. Especial mención a los requisitos de transparencia en relación con las cláusulas suelo	37
1.6 Especial mención al deber de control por el notario.	39
CONCLUSIONES.....	42
BIBLIOGRAFÍA.....	47

INTRODUCCIÓN

Hoy en día la contratación bancaria ha adquirido una importancia vital en nuestras vidas. Concretamente, en un momento u otro, todos llegamos a ser consumidores de servicios bancarios. Este sector se caracteriza por su gran magnitud y complejidad, pero también es conocido por sus usuarios como una trama de avisos publicitarios engañosos, falta de información y cláusulas abusivas.

La complejidad del sector, la importante evolución del mercado crediticio en los últimos años, y el incremento de la oferta de servicios bancarios, ha producido un aumento del número de reclamaciones que los clientes de entidades financieras han interpuesto ante órganos como el Servicio de Reclamaciones del Banco de España o en los propios Tribunales de Justicia (de forma individual o colectiva, a través de asociaciones como la OCU, AUSBANC, ADICAE...).

El objeto de este estudio es precisamente la conflictividad que se plantea por la utilización de las entidades de crédito (me centraré en los Bancos y Cajas por motivos de extensión del estudio) de las denominadas cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación, y las variantes en cuanto a la protección tanto de los consumidores (clientes bancarios) como de los empresarios (entidades de crédito) frente a las mismas.

Se ha decidido estructurar el trabajo en dos bloques uno teórico y otro práctico casuístico. La primera parte realiza un estudio del marco que envuelve los contratos celebrados entre cliente bancario y entidad de crédito. Cuando el cliente quiere actuar legalmente frente a las entidades financieras tiene que averiguar en primer término, cuál es la normativa aplicable al caso y su ámbito de protección, encontrándose con una gran dispersión normativa al respecto, que afecta a su condición de cliente bancario. ¿Cuál es la información que debe recibir?, ¿tiene la

condición o no de consumidor?, y cuándo se plantea la abusividad de las cláusulas, son algunas de las preguntas que se contestarán a lo largo de esta primera parte.

En la segunda parte, analizaremos principalmente la cláusula suelo, y formularé algunas propuestas frente a esta práctica abusiva, tanto desde el punto de vista de la entidad de crédito, como desde el del consumidor o usuario.

*PRIMERA PARTE : MARCO NORMATIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES
DE CONTRATACIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS*

CAPITULO I: CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

1. CONCEPTO

Las condiciones generales de la contratación, según la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, son aquellas cláusulas redactadas por una de las partes con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, e impuestas a la otra parte, cuya libertad contractual, en consecuencia queda limitada a la mera aceptación, o eventual rechazo, de la misma¹.

La sentencia del Tribunal Supremo de 09.05.2013, de conformidad con la doctrina al respecto, y a partir del concepto legal, concluye que es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación:

¹ La Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre Condiciones Generales de la Contratación

- 1) Contractualidad: Son cláusulas contractuales y no normas imperativas
- b) Predisposición: la cláusula no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos, sino que debe haber sido redactada
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –
- d) Generalidad: las cláusulas son redactadas a fin de incorporarse a una pluralidad de contratos. Es un instrumento propio utilizado en la contratación en masa o por adhesión. En este sentido el propio Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) , afirma que una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes

Asimismo, tal y como destaca la jurisprudencia, otra nota característica de estas condiciones generales de contratación es la posición de superioridad de una de las partes², lo que en ocasiones conlleva al abuso de la posición dominante, viéndose el contratante más débil obligado a aceptar una oferta que quiebra el equilibrio de las prestaciones

Esta fórmula, de contratos en masa, ha adquirido protagonismo en el sector bancario por varios motivos, fundamentalmente reducción de costes y tratamiento uniforme a los usuarios, donde el usuario financiero ha perdido poder de negociación³.

² Sobre estas cuestión ver Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 septiembre. AC 2010\1550. F3.

³ Idea que se desarrolla en la Revista de Derecho Bancario num.122/2011 parte Artículos Doctrinales El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios. BIB 2013\139008

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

La LCGC⁴ se aplica a todos los contratos que incorporen Condiciones Generales de Contratación en los términos señalados en el apartado anterior, siempre que una de las partes, el predisponente, sea un profesional, entendiendo como tal “a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada» (art. 1.2 LCGC). Es, pues, irrelevante el que la otra parte, el adherente, sea un consumidor o una persona física o jurídica (art. 2). En esta línea, el núm. 3 del art. 2 señala que «el adherente podrá ser también un profesional», y continúa, de forma innecesaria por lo obvio, «sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad»⁵.

3. RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En el presente apartado, se analiza la íntima relación existente entre las Cláusulas Abusivas y las Condiciones Generales de Contratación (LCGC). Lo primero que debemos tener en cuenta es que una condición general, aún cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, no tiene por qué ser abusiva⁶.

De esta afirmación, podemos extraer una de las diferencias entre cláusula abusiva y CGC: la generalidad⁷

⁴ Que fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 93/13 CEE.

⁵ Reglero Campos, L. Fernando , Régimen de ineficacia de las Condiciones Generales de la Contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología. Universidad de Castilla-La Mancha.

⁶ Argumento que desarrollan Arnaldo Alcubilla, Enrique y Zamarra Álvarez, Carmen M^a. Condiciones Generales de la Contratación. La Ley 1835/2008.

⁷ Sobre esta característica ver SAP de Cáceres núm. 140/2013 de 3 junio.F3

Es requisito indispensable que la cláusula este destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos para que pueda ser considerada CGC. Por el contrario las cláusulas abusivas pueden darse en contratos particulares. En efecto, las cláusulas abusivas pueden aparecer tanto en contratos con condiciones generales como en contratos con cláusulas predispuestas para un contrato individual⁸.

Por otro lado, las cláusulas abusivas son aquellas dispuestas en contra de las exigencias de la buena fe objetiva, lo que no ocurre en todas las CGC. Al contrario, si son válidas no producen tal efecto

En tercer lugar, sus ámbitos subjetivos difieren, por cuanto la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se aplica a todo contrato que contenga condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente u oferente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), sea consumidor o profesional, sin embargo, el régimen de las cláusulas abusivas solo es aplicable cuando el adherente es un consumidor.

CAPITULO II: CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. CONCEPTO

El artículo 51 de la Constitución de 27 de Diciembre de 1978 establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios,

⁸ Sobre esta idea consultar en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (coord.). Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Editorial Tecnos, Madrid 1999, pp. 19 y ss. Y Lete Achirica, J.. Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir, en Actualidad Civil, núm. 17, 24-30 abril 2000, p. 639

protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y les oirán en las cuestiones que puedan afectarles⁹.

En aplicación de tal mandato constitucional, se aprobó la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, hoy derogada por el vigente Real Decreto 1/2007 de 16 de Noviembre (en adelante TRLGDCU)¹⁰, recientemente reformada por la Ley 3/2014, de 27 marzo.¹¹

Cláusula abusiva es aquella estipulación o cláusula que no haya sido negociada de forma individual por el consumidor y empresario (predisponente), o aquellas que no hayan sido consentidas de forma expresa por el consumidor y que provocan un desequilibrio considerable entre los derechos y obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor, y en las cuales se haya infringido la buena fe contractual.

Se trata como vemos, de una definición abstracta, la cual merece un análisis para poder acercarnos al verdadero significado y requisitos que deben presentar estas cláusulas para ser consideradas abusivas. Debe tenerse en cuenta que, para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, deberá valorarse tanto la naturaleza de los bienes

⁹ Cuestión que se desarrolla en Arnaldo Alcubilla, Enrique. Avendaño Muñoz, Ana. Iriarte Ibargüen, Ainoa. Enciclopedia Jurídica. cláusulas abusivas, La Ley 1701/2008, Pág. 1,2.

¹⁰ La antigua Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, ley 26/1984 de 19 de Julio, definía las cláusulas abusivas indicando que se entendían por cláusulas abusivas las que perjudicaran de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comportaran en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

¹¹ Tal y como se informa en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014 *“la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE”*.

contratados, como todas aquellas circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato y demás cláusulas de éste o de otro contrato del que dependa aquél.

Esta definición legal, se completa con una lista de estipulaciones contractuales que se consideran, en cualquier circunstancia, abusivas y que se relacionan en los arts. 85 a 90 del TRLGCU¹². Se trata de una lista *stricto sensu* de cláusulas señaladas por el legislador como cláusulas abusivas¹³.

De la lectura de los citados artículos (82 y 85 a 90) del TRLGCU, puede concluirse que la finalidad es impedir que en los contratos que se celebren con los consumidores y usuarios, puedan incluirse estipulaciones que produzcan un claro desequilibrio de las prestaciones de dicho contrato, de forma tal que el consumidor y/o usuario resulte perjudicado frente al empresario.

2. REQUISITOS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

A continuación, se enumerarán los requisitos necesarios para considerar una estipulación como cláusula abusiva, atendiendo a las características que se desprenden de la definición enunciada en el apartado anterior:

¹² Tema en el cual abundan Busto Lago, José Manuel Grandes Tratados. Reclamaciones de Consumo. Asimismo, la jurisprudencia se manifiesta en Sentencia de Juzgado Mercantil núm. 1 Pamplona (Provincia de Navarra) 4 abril 2014..F2 y por Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 Burgos, núm. 58/2014, de 21 marzo. F.2.

¹³ Son aquellas las cuales vienen expresadas en el art 85-90 del TRLGCU.

- 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,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable

1º En primer lugar, debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente, lo cual quiere decir que el contenido de la misma ha sido decidido unilateralmente por una de las partes e impuesto a la otra sin negociación.

2º En segundo lugar, la cláusula debe causar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La reciprocidad de los derechos y obligaciones que nacen del contrato, deben ser una consecuencia natural y coherente de la ponderación del interés de ambas partes contratantes. Lo que la ley pretende es proteger al consumidor frente a contenidos contractuales que le pudieran perjudicar y respecto de los cuales, no ha consentido plenamente.

3º En perjuicio del consumidor. El desequilibrio producido por la cláusula o cláusulas ha de serlo en daño o perjuicio del consumidor. Lógicamente, los desequilibrios que se puedan hipotéticamente generar a favor del consumidor, o en contra del empresario o profesional predisponente, no son relevantes, al menos desde la perspectiva de la normativa sobre cláusulas abusivas.

4º) En contra de las exigencias de la buena fe. Para que una cláusula sea abusiva no basta con que dé lugar a un desequilibrio importante, sino que es preciso, además, que el mismo se produzca en contra de las exigencias de la buena fe objetiva¹⁴.

2.1. Cláusula predispuesta y no negociada individualmente

La primer característica, tal y como se ha consignado, de una cláusula abusiva es que debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente. Por tanto, los elementos configuradores son:

¹⁴ Sobre la exigencia de la buena fe objetiva consultar el manual de Busto Lago, José Manuel .Grandes Tratados. Reclamaciones de Consumo. En la Jurisprudencia se manifiesta este requisito de manera pacífica siendo de la más recientes el Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) núm. 108/2014 de 9 mayo, F4, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) núm. 32/2013 de 26 febrero, F1.

- a) La Contractualidad: Se refiere a las estipulaciones incluidas o destinadas a incorporarse a un contrato celebrado por un empresario o profesional con un consumidor
- b) La Predisposición: implica la previa elaboración de la cláusula o estipulación integrada o destinada a integrarse en el contrato de consumo por parte del empresario o profesional que lo celebra con el consumidor. Es decir, 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 adhesión¹⁵.
- c) La Imposición: la cláusula o estipulación para quedar sujeta al régimen de cláusulas abusivas no puede haber sido negociada individualmente con el consumidor. Éste debe haberse limitado a adherirse a la misma, sin más consideraciones.

A tenor de lo anterior, en aquellos contratos en masa en los que se haya producido una negociación y finalmente se haya decidido mantener la redacción inicial de una cláusula predispuesta por el empresario, tampoco cabría apreciar la característica de la imposición.

En la contratación bancaria, que es la que nos ocupará en adelante en el presente estudio, se da en muchas ocasiones que el empresario formula una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en estos casos el carácter impuesto de una cláusula pre-redactada no desaparecería ya que lo que se hace es simular una especie de negociación que en realidad no existe¹⁶.

¹⁵ Sobre esta idea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) núm. 259/2013 de 13 mayo, F3. Párrafo 2º.

¹⁶ Así se manifiesta en Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga de 23 mayo 2013. F3.

2.2. Que cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes

Este segundo requisito tiene como finalidad preservar el equilibrio jurídico ideal entre las partes del contrato, por cuanto la falta de reciprocidad puede dar lugar a la abusividad. Por tal motivo, se estableció lo que se denomina como “control de contenido” en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, esto es, el control jurisdiccional sobre el contenido jurídico del contrato,

La naturaleza o el ámbito de aplicación de este instrumento de control fue una de las cuestiones más discutidas por la doctrina, mientras una corriente entendió que el control podía extenderse al precio, otros autores defendieron lo contrario, esto es, el elemento esencial del precio no se puede someter al control judicial de contenido, en su caso es de aplicación la Ley de Usura de 1908.¹⁷

Finalmente, el debate fue zanjado por el TS, que manifestó que los elementos esenciales no pueden ser objeto de control de contenido, pero sí de control de inclusión y transparencia (arts. 5.5 y 7 LCC y 10.1 a) TLGDCU)¹⁸.

2.3. En perjuicio del consumidor

Tal y como se ha adelantado, el legislador quiere proteger al consumidor de los desequilibrios que se pudieran producir en su contra, en los contratos que suscriba con los profesionales o empresarios.

¹⁷ Cuestión que aclara la jurisprudencia en Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012 de 18 de Junio entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

¹⁸ Sobre esta idea consultar en Alfaro Águila-Real, J. Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Pág. 131 Vicent Chuliá, Condiciones generales de contratación y condiciones abusivas bancarias, Pág. 57. F. Martínez de Salazar Bascañana, L. Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios, Pág. 230 .

A efectos de la Ley, se considera consumidor y usuario tanto las personas físicas como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, siempre que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión¹⁹.

Por otro lado, se define al empresario como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión²⁰, incluso cuando lo haga representada por un tercero.

En esta línea, es importante advertir que el TRLGDCU se aplica siempre y cuando el contratante perjudicado sea el consumidor, excluyéndose de su ámbito de aplicación aquellos acuerdos en los cuales el desequilibrio se produzca en perjuicio de los profesionales. Éstos encuentran amparo en la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación.

2.4. Exigencia de la buena fe objetiva

En cuarto lugar, las cláusulas abusivas, para ser consideradas como tales, deben atentar contra de las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, lo que requiere, según la jurisprudencia, que la conducta del que ejercita dicho derechos se ajuste a normas éticas, o dicho de otro modo, que la conducta de uno con respecto al otro, sea respetuosa con los valores socialmente aceptados.

¹⁹ Ley 3/2014 de 27 de Marzo, 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.»

²⁰ Ley 3/2014 de 27 de Marzo, artículo 4: «A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a 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 principio está consagrado en el art.7.1 del Código Civil. Por su lado, los artículos 1258 del Código Civil y 57 del código de Comercio exigen a las partes el cumplimiento de lo pactado en los contratos y a que las consecuencias que se derive sean conforme a la buena fe.

CAPITULO III: CONTRATOS BANCARIOS

1. INTRODUCCIÓN

El mercado es la institución nuclear de nuestro sistema económico, así lo declara el artículo 38 de la Constitución Española²¹.

Con el término mercado se hace referencia al lugar donde se realizan las contrataciones, (transacciones económicas) pero, además, y sobre todo, el sistema dentro del cual se sitúa los sujetos que operan en él. En su configuración actual, el elemento dinero adquiere vital importancia, como medio universal de pago. En efecto, la aportación de este elemento dinerario a los distintos agentes económicos constituye la actividad crediticia o de financiación.

En dicho contexto, la actividad de financiación o intermediación en el crédito, la asumen principalmente, los bancos o entidades de crédito, que canalizan los excedentes de dinero generados por unos agentes sociales con el fin de ponerlos a disposición de otros, que los necesitan para cubrir sus necesidades de financiación²².

²¹ Constitución española 1978. Artículo 38 “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

²² Esta idea es desarrollada en Guillermo J. Jiménez Sánchez, Alberto Díaz Moreno. Lecciones de derecho mercantil, Ed. Tecnos 15ªed. Pág. 523.

Existen tres líneas en la actividad crediticia: (i) el crédito para la inversión, (ii) el crédito para la distribución y (iii) el crédito para el consumo²³, es decir el concedido a particulares²⁴ para la atención de sus necesidades personales o familiares.

Por su importancia y su incidencia en el interés general, la actividad bancaria está sometida a un derecho jurídico especial y a la actividad interventora de las distintas Administraciones Públicas que tienen competencia en la materia, de acuerdo con la Constitución Española.

Los argumentos que justifican la intervención administrativa en esta particular actividad empresarial son varios: la protección del interés de los clientes bancarios (en su condición de parte más débil), la protección al ahorro y la ordenación de general de la política crediticia (que afectan a la economía general).

2. CONCEPTO Y CLASES

2.1. Concepto

Puede considerarse como contrato bancario, aquél mediante el cual se desarrolla la actividad típica y específica de intermediación crediticia²⁵ por las entidades bancarias.

²³ Sobre el crédito al consumo consultar en García Martínez., Roberto, Cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Revista Condiciones Generales y Abusivas, Dictámenes y Propuestas, Pág. 1.

²⁴ Particulares calificables como consumidores a los efectos de encontrar protección de sus legítimos intereses económicos en la ley 26/84 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

²⁵ Esta idea es desarrollada en Uría, Rodrigo. Menéndez, Aurelio. Curso de derecho mercantil. Tomo II. Editorial Civitas. Ed 2006. Pág. 503

Son, en consecuencia, dos los elementos que configuran el concepto. De un lado, el subjetivo, por cuanto se requiere que una de las partes sea una entidad bancaria. El segundo, el objetivo, se refiere a la actividad. En consecuencia, no todos los contratos en lo que interviene una entidad de crédito pueden ser calificados de bancarios. Se precisa que su actuación sea de intermediación crediticia.

2.2. Clases

Los contratos bancarios se han distinguido tradicionalmente entre contratos u operaciones bancarias activas, pasivas y/o neutras, según sea la actividad desplegada por la entidad bancaria en relación a los fondos

Son operaciones activas aquellas en las que el banco concede crédito a sus clientes.

Se consideran operaciones pasivas aquella en las en las que el banco recibe créditos o capta fondos del público

Por último, las operaciones neutras son las accesorias. No se concede ni se recibe crédito. Se trata de servicios que, de manera complementaria, las entidades bancarias prestan a su clientela (ej: la transferencia bancaria o la domiciliación de recibos).

Ahora bien, dicha clasificación tradicional, según los profesores Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, debe ser revisada por dos motivos. En primer término, tanto la noción de colocación o inversión como la de captación de recursos son muy genéricas, y podrían en rigor comprender a todas las operaciones realizadas por estas entidades, lo que acabaría por desbordar la extensión propia del concepto. Por otra parte, es evidente que en la actualidad los servicios bancarios no pueden

reconducirse, ni comprenderse, bajo el genérico y marginal epígrafe de operaciones accesorias. De conformidad con la crítica expuesta, consideramos que sería más adecuado clasificar los contratos en bancarios en contratos u operaciones de financiación, de contratos u operaciones de captación de pasivos y de servicios bancarios de pago, de custodia o garantía²⁶.

3. FUENTES DEL DERECHO BANCARIO. ESPECIAL MENCIÓN A LAS CIRCULARES Y ÓRDENES MINISTERIALES

Los contratos bancarios, en cuanto contratos de empresas, están sometidos a los artículos 2²⁷ y 50²⁸ del Código de Comercio, en cuanto al sistema de jerarquía y fuentes aplicables. Además, en su inmensa mayoría son atípicos y carecen de regulación específica, por lo que en aplicación del artículo 1255 del Código Civil se someten a la voluntad de las partes.

Asimismo, y dado que las entidades bancarias se han dotado de pólizas contractuales de aplicación uniforme, y que estas pólizas no son sino contratos de adhesión, es aplicable el TRLGDCU, la LCGC y disposiciones complementarias.

Por otro lado, y dada su importancia en el mercado para el interés general y como consecuencia del mandato constitucional a los poderes públicos de protección

²⁶ Sobre lo cual se pronuncia Uría, Rodrigo, y Menéndez, Aurelio. Curso de derecho mercantil. Tomo II. Editorial Civitas. Ed 2006. Pág. 504

²⁷ Código de Comercio. Art 2. “*Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*”.

²⁸ Código de Comercio. Art 50 “*Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común*”.

a los consumidores, hay una fuerte sujeción al Derecho Público. Existe, en efecto, una prolija normativa de origen administrativo dirigida a la ordenación, supervisión y transparencia de las operaciones bancarias, entre las que destacan: (i) la Ley de Ordenación de la Banca de 31 de diciembre de 1946, que sigue manteniendo su vigencia parcial, (ii) la Ley 26/1988, de 29 de Julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, (iii) la Ley 3/1994, de 14 de Abril, de adaptación del Derecho español a la segunda Directiva de la Comunidad Europea de Coordinación Bancaria 89/646/CEE, (iv) la Ley 13/1994, de 1 de Junio, de Autonomía del Banco de España, y (v) la Ley 44/2002, de 22 de Noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

Junto a estas normas, en el Derecho español se ha producido en los últimos años una enorme inflación de normas con rango reglamentario, a la que ha contribuido la habilitación general concedida al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España para el establecimiento de las normas a las que deben ajustarse las entidades bancarias.

En el terreno reglamentario, debemos destacar (i) el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre de Medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea, (ii) el Real Decreto 692/1996, de 26 de Abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y (iii) el Real Decreto 256/2013, de 12 de abril que incorpora, a la normativa de las entidades de crédito, los criterios de la Autoridad Bancaria Europea.

Por último, cobran especial significación las Circulares del Banco de España, considerada como auténtica fuente del Derecho Bancario.

Las Circulares son mensajes o instrucciones que el Banco de España, en ejercicio de su poder supervisor, dirige a las entidades de crédito para el desarrollo y ejecución de disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministro competente. Tienen la consideración legal de normas de disciplina y ordenación de la

actividad de las entidades de crédito y, por consiguiente, carácter vinculante para las mismas, de manera que su infracción por la entidad o por sus gestores es sancionable.

Cuestión discutida por la doctrina es si ámbito de las mismas se circunscribe únicamente al público (relación entidad bancaria- Administración) o si los efectos deben extenderse a los clientes bancarios.

La mayoría doctrinal, entiende que las normas recogidas en las Circulares u Órdenes Ministeriales no afectan a los particulares, salvo que sean las cláusulas del contrato se remitan a las mismas. En este caso las Circulares y Órdenes, devendrían obligatorias para las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil.

Sin embargo, otra corriente minoritaria, que suscribimos, sostiene la segunda opción, esto es, que aunque sea de forma indirecta, deben tener efectos privados, por cuanto afectan a la buena práctica bancaria, la legal y diligente²⁹, aunque para ello fuese necesario modificar la normativa vigente.

CAPITULO IV: CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL SECTOR BANCARIO.

1. INTRODUCCIÓN

Un banco es un lugar que te presta dinero, si puedes probar que no lo necesitas (Bob Hope).

La actividad bancaria, en general, se caracteriza por una elevada complejidad y especialización técnica, por un escaso margen de negociación para los clientes y

²⁹ Sobre esta tesis consultar en Múrtula Lafuente, Virginia. La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos. Virginia Múrtula Lafuente. Editorial Reus. Ed 2013 Pág. 21

por utilizar una terminología poco comprensible para el consumidor medio. Los contratos bancarios, salvo en contadas excepciones, suelen venir predispuestos por la entidad de crédito, se elaboran en base a cláusulas generales y, a pesar del principio de libertad contractual que rige la materia, acaban convirtiéndose en contratos de adhesión, donde el cliente acepta o rechaza las condiciones. De ahí que el Derecho Bancario contenga necesariamente tanto normas de Derecho privado como de Derecho público que afectan a la actividad que desarrollan las entidades de crédito en el Mercado Financiero.

La OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y su norma de desarrollo, la Circular 8/1990³⁰, establecieron, por primera vez, la obligación de la entidad bancaria de ofrecer al usuario una información veraz y exacta en todo momento, fundamentalmente en la fase contractual³¹. El conocimiento efectivo del contenido y las condiciones de las operaciones bancarias determina que el cliente-consumidor pueda disponer de una auténtica libertad de elección, comparar con otras ofertas y decidir, conociendo los principales parámetros de las diferentes operaciones que ofrecen las distintas entidades, qué oferta se adapta mejor a sus necesidades³².

Estas medidas, como se desarrolla más adelante, tratan de paliar conductas abusivas por parte de las entidades bancarias-. A pesar de ello, el servicio de reclamaciones del Banco de España se refiere frecuentemente a conductas que son contrarias a las buenas prácticas bancarias. Así, por ejemplo, en la Memoria de 2008,

³⁰ Con posterioridad a la Circular mencionada, han aparecido en el panorama nacional una multiplicidad de Órdenes Ministeriales y Circulares que han derogado a la Circular 8/1990 como son la Circular 5/2012 de 27 de junio de Entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. la Orden núm. EHA/2899/2011, de 28 de octubre de servicios bancarios. Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

³¹ *"Una mejor información a la clientela sentará las bases de una mayor competencia entre Entidades"*, expresa la Exposición de Motivos de la Orden.

³² Idea que desarrolla la Revista de Derecho Bancario num.122/2011. El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios. parte Artículos Doctrinales.

el Servicio de reclamaciones informa que la actuación de las entidades, en la ejecución que realizan de los contratos suscritos, es contraria a las buenas prácticas bancarias³³, puesto que no tratan de llegar a un acuerdo previo con sus clientes sobre el alcance de lo pactado, sino que hacen la interpretación que les resulta más favorable.

2. ESPECIAL MENCIÓN A LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN LAS OPERACIONES CON ENTIDADES DE CRÉDITO Y PROTECCIÓN AL CLIENTE BANCARIO

La transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico. La correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente.

Para comprender la dispersión normativa en materia de transparencia en el ámbito bancario, es necesario mencionar la derogada Ley 26/1988³⁴, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, por cuanto su artículo 48.2, con la expresa finalidad de proteger los legítimos intereses de la clientela de

³³ Cuestión que se desarrolla en Cámara Lapuente, Sergio. Comentarios a las normas de protección de los consumidores.. Editorial Colex. Ed 2011. Pág. 712

³⁴ En la actualidad está regulada por la 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 bancario y financiero, de regulación de hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, que establece normas sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecario

las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, dotó al Ministerio de Economía y Hacienda de la facultad de dictar las normas necesarias para tutelar las citadas relaciones entre las entidades de crédito y su clientela y conducirlas a la máxima transparencia y, en concreto y a modo de resumen se faculta para que pueda:

- a) Establecer que los contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos. Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito.
- b) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones.
- c) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.
- d) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable.

Esta facultad ha dado lugar a un conjunto heterogéneo de normas que regulan determinados aspectos del funcionamiento de las entidades de crédito atinentes tanto a su régimen de funcionamiento interno (atribuyendo funciones de control y de fiscalización a las Administraciones Públicas), como externo, regulando determinados aspectos de las relaciones contractuales con sus clientes.

En torno a la validez e importancia de esta normativa, así como de su aplicabilidad a los particulares (clientes), se ha discutido doctrinalmente posicionándose los autores según sus interpretaciones de la misma.

Un primer grupo doctrinal, formado, entre otros, por los Profesores Illescas, Vicent Chuliá, Broseta, o Auriolos Martín, postulan que la normativa sobre transparencia es aplicable a las relaciones con los particulares, por dos motivos principalmente: Uno, porque se trata de normas integradas en el concepto amplio de “ley” y el Art.1255 CC prohíbe establecer pactos contrarios a las mismas, como claro límite del principio de autonomía de la voluntad, y, dos, porque son normas de derecho privado, dado que regulan relaciones “inter privados”.

Un segundo grupo doctrinal, formado, entre otros, por los Profesores Aragón Reyes, Sánchez-Calero, Ordas Alonso y García-Cruces, consideran que esta normativa no tiene trascendencia en los clientes bancarios, pues es de naturaleza reglamentaria y chocaría frontalmente con la libertad de pactos (principio de legalidad), consagrado en el mencionado art. 48.2 que expresamente señala que la facultad otorgada al Ministerio de Economía y Hacienda lo es *"sin perjuicio de la libertad de contratación"*.

En un tercer y último lugar, nos encontramos con autores que defienden una posición mixta de las antes expuestas, argumentando que estas normas no tendrían trascendencia directa en el ámbito de la contratación (art. 48.2), pero sí indirecta sobre la protección de los consumidores y el control de las condiciones generales de la contratación (art. 80 TR, exart. 10 LCU), sirviendo las normas reglamentarias como criterio de interpretación de las buenas prácticas bancarias en la aplicación de los tribunales.

En lo que sí parece pacífica la doctrina es en afirmar que la normativa de transparencia no puede ni debe excluir la normativa general de los contratos, ni la sectorial cuando proceda, en especial la referida a la protección de los consumidores³⁵.

³⁵ La jurisprudencia así lo manifiesta en SAP Zamora (Sección 1), sentencia núm. 7/2013, de 22 enero, SAP Barcelona (Sección 14), auto núm. 108/2014, de 9 mayo, y SAP de Cáceres(sección 1), sentencia núm 308/2013, de 19 de noviembre, entre otras.

1. DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES

En el año 1987 se creó, como medida para frenar la actuación abusiva de las entidades de crédito, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, para atender las quejas que plantearan los clientes de las entidades de crédito derivados de presuntos incumplimientos de la normativa de transparencia y protección a la clientela, pero también de las buenas prácticas y usos financieros³⁶.

En Junio de 2013 se crea el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, el cual asume competencias del Banco de España en materia de conducta de mercado, transparencia informativa, buenas prácticas, información a consumidores, educación financiera y resolución de conflictos. En esta línea, emite informe motivado sobre las reclamaciones y quejas que presentan los usuarios de las entidades supervisadas por el Banco de España con la pretensión de obtener la restitución de sus intereses y derechos legalmente reconocidos, como consecuencia de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

Dicho informe no tiene carácter vinculante para ninguna de las partes, algo a todas luces desalentador a la hora de acudir a esta vía en busca de amparo.

Debe señalarse, en cualquier caso que no admite aquellas reclamaciones que:

1. No se han formulado previamente ante el servicio de atención al cliente o defensor del cliente de la entidad.
2. Pretenden un pronunciamiento sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual.

³⁶ Tal y como manifiesta la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2012, Pág. 7

*SEGUNDA PARTE : ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA
CLÁUSULA SUELO.*

1. CLÁUSULA SUELO

1.1. Definición

La cláusula suelo es una de las cláusulas más discutidas y “populares”, que han sido objeto de impugnación ante nuestros tribunales en los últimos tiempos. Pese a que parecía que el problema del uso por parte de las entidades bancarias de este tipo de cláusula iba a ser resuelto con agilidad y efectividad, lo cierto es que aun hoy es cuestión discutida la validez de las mismas, las medidas de control a aplicar, y los efectos que se derivan de su hipotética nulidad.

Para entender la problemática que plantean, debemos entender primero qué son, en realidad, estas cláusulas suelo.

Las denominadas cláusulas suelo son aquellas predisuestas para evitar eventuales oscilaciones y se establecen a la baja operando como tope mínimo de los intereses a pagar por el prestatario. De tal manera que cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial, descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al consumidor. De esta definición podemos deducir que el ámbito natural de aplicación de estas cláusulas, son los préstamos bancarios³⁷.

³⁷ “El contrato de préstamo bancario es un préstamo mercantil, por intervenir una entidad Bancaria, y reconocerse generalmente como acto de comercio sujeto al Código de Comercio y a la normativa sectorial bancaria y como tal naturalmente retribuido (a diferencia del civil), oneroso y conmutativo”. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 septiembre. F4.

El tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente, el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.³⁸

La jurisprudencia por su parte las define como las cláusulas que limitan la variación del tipo de interés, se trata por tanto de pactos que sirven precisamente para la limitación o control de la fluctuación o variabilidad admisible en el contrato y más concretamente es accesoria y limitadora, y a su vez de otra cláusula como es la de determinación del tipo de interés aplicable al contrato³⁹.

Estas cláusulas fijan un tope de interés mínimo en los préstamos hipotecarios de interés variable. Dichas cláusulas, que no son negociadas individualmente con los consumidores, deben considerarse impuestas.

El informe del Banco de España⁴⁰ del 7 de mayo de 2010 concluye que estas cláusulas han sido usadas de manera abusiva, sin tener en cuenta las circunstancias personales de los clientes, el perfil de riesgo, el porcentaje de financiación, o el grado de vinculación acordado. Es decir que la tipología de las operaciones con limitación (con cláusula suelo) es similar a la de los contratos sin limitación.

³⁸ La jurisprudencia se manifiesta en tal sentido en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 241/2013 de 9 mayo. Resumen de antecedentes núm.21 y 22.

³⁹ La jurisprudencia se manifiesta en tal sentido en Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 septiembre, F 4 y Sentencia AP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 140/2013 de 3 junio. F3.

⁴⁰ Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado Núm. 457, pág. 19, punto 3.2 in fine)

Por sus características y su relevancia, están sometidas a un doble control de transparencia⁴¹. En primer lugar, debe comprobarse que las condiciones generales incorporadas a los contratos bancarios de préstamo con garantía hipotecaria están redactadas de forma clara, concreta y sencilla, y en segundo lugar, que el consumidor pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad, el sacrificio patrimonial) y la carga jurídica (los riesgos que derivan del contrato).⁴²

Por último, indicar que dichas cláusulas suelen usarse junto a las cláusulas techo, y en ocasiones el desfase apreciado entre las mismas ha dado lugar a su eliminación por ser consideradas abusivas⁴³. En este sentido nos parece esclarecedora la Sentencia núm. 426/2012 de 18 octubre del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander cuando razona, a nuestro parecer a buen criterio, que las entidades de crédito desplazan el foco de atención sobre el diferencial del tipo de referencia (EURIBOR, TAE...) que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, influyendo de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor, particularmente al ofrecerse la cláusula suelo conjuntamente con una cláusula techo a modo de contraprestación y que sirve de "*señuelo*"⁴⁴.

La jurisprudencia ha debatido sobre si la cláusula suelo es o no un elemento esencial del contrato, llegando a la conclusión dada por el Tribunal Supremo en su importantísima Sentencia de 9 de mayo de 2013, de que las cláusulas suelo afectan a un elemento esencial del contrato de préstamo (el precio o interés), y por lo tanto no

⁴¹ De acuerdo con el artículo 80 del citado 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.

⁴² Sobre esta idea consultar en García de Pablos, Jesús Félix Doctor en Derecho Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2013 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

⁴³ Así manifiesta la jurisprudencia en Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°2 de Sevilla de 30 de Septiembre de 2010.

⁴⁴ En el mismo sentido se ha manifestado la Jurisprudencia en STS Sala de lo Civil, (Sección 1) núm. 406/2012, de 18 junio., STS (Sala de lo Civil) núm. 241/2013 de 9 mayo, y STS (Sala de lo Civil) núm. 241/2013 de 9 mayo.

pueden ser declaradas nulas por falta de equilibrio con las cláusulas techo que se hayan podido incluir como límite superior a las variaciones del tipo de interés, alterando así el criterio dado por sentencias dictadas con anterioridad en las cuales se apreciaba el desequilibrio entre las cláusulas suelo y techo.

1.2. Análisis Jurisprudencial

Ante la prolija jurisprudencia recabada en cuanto a las cláusulas abusivas, hemos querido hacer un análisis de aquellas sentencias que, a nuestro parecer, son las más interesantes para comprender el porqué de la importancia, y el debate que ha surgido en torno a las cláusulas suelo.

Hemos decidido empezar haciendo mención a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 septiembre, considerada aquella que comenzó el periplo que culminó la anteriormente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

La Sentencia del Juzgado de Sevilla derivó de una acción de cesación⁴⁵ en defensa de los intereses de consumidores y usuarios interpuesta por Ausbanc, en la que se suplica que se declarase la nulidad, por abusivas, de determinadas condiciones generales, en especial la cláusula suelo, de la contratación empleadas por las demandadas (Cajamar, Caja de ahorros de Galicia, Bbva y Cajamar Caja Rural) en

⁴⁵ Recogida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Art. 12.2 “*La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz*”. Según la Ley 39/2002, de 28 de octubre. de Transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. “*la acción de cesación que pasan a recoger diversas leyes sustantivas persigue un doble efecto: el de la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento, pudiéndose ejercitar asimismo cuando la conducta haya ya finalizado, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración*”.

sus contratos de préstamo hipotecarios a interés variable. El abuso residiría, según la parte demandante, en el perjuicio que su imposición supone a los consumidores por no permitirles disfrutar de las bajadas del índice de referencia que se vienen produciendo en la actualidad (bajadas del Euribor). Por su parte, la parte demandada alega entre otras cuestiones, que las cláusulas fueron negociadas, cumplían las exigencias de la buena fe, no producían desequilibrios importantes, ni limitaban derechos de consumidor y, en definitiva, se consideraba que no resultaban desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento o ejecución del contrato.

Ante tal tesitura, el Juez concluyó, por un lado, que dichas cláusulas deben ser calificadas como condiciones generales de la contratación por reunir los requisitos de predisposición, imposición, generalidad en una pluralidad de contratos, y pre-redacción por quien tiene un superior poder de negociación⁴⁶. Por otro lado, que las cláusulas suelo no son elemento esencial del contrato (cuestión discutida por el Tribunal de Apelación), no son parte del precio, sino accesorio al mismo y se añade como un pacto que sirve para la limitación o control de la fluctuación o variabilidad admisible en el contrato, es decir, se trata de un acuerdo accesorio y limitador⁴⁷, de otra cláusula como es la de determinación del tipo de interés aplicable al contrato, que sería el elemento esencial.

Finamente falló, estimado la demanda y declarando la nulidad de las cláusulas suelo por el desfase por las cláusulas techo.

La sentencia de la primera instancia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, dando lugar al rollo nº 1604/2011 que finaliza por sentencia de 7 de octubre de 2011 la cual revocó la anteriormente expuesta. La Audiencia de Sevilla consideró que no había lugar a la nulidad de las

⁴⁶ Idea que recoge la jurisprudencia en Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 septiembre. F3.

⁴⁷ En tal sentido se manifiesta la jurisprudencia en Sentencia Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) núm. 359/2012 de 10 julio. F4, Sentencia Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) núm. 431/2012 de 5 octubre. F5, y Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 septiembre. F3.

cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Uno de los principales argumentos esgrimidos por el Tribunal de Apelación fue la consideración de que las cláusulas suelo, en tanto que precio del contrato, son elemento esencial del mismo. La sentencia señala que la nulidad de esa cláusula sólo podría tener lugar si el consumidor no fue adecuadamente informado, o lo fue sin la transparencia que exige la Ley que regula las Condiciones Generales de la Contratación y la exhaustiva normativa bancaria que regula los préstamos concedidos por entidades financieras⁴⁸.

Sin embargo, esta tesis tenía difícil sostén por cuanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) tenía declarado que el carácter de elemento esencial del contrato que se pudiese atribuir a determinada cláusula, no constituía impedimento alguno para que la misma fuese sometida al control de abusividad⁴⁹.

Procedente del recurso de casación núm. 485/2012, admitido contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla antes analizada, se produjo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

En esta sentencia, la cual ha marcado un antes y después en nuestra jurisprudencia, cabe analizar algunos de los argumentos esgrimidos por el Tribunal en su decisión de anular la sentencia recurrida, declarando abusiva la cláusula suelo.

Sobre la esencialidad de la cláusula.- Las entidades demandadas se opusieron al recurso fundamentando que a las cláusulas no les era de aplicación la normativa sobre condiciones abusivas, al ser consideradas elementos esenciales de los contratos. El Tribunal Supremo, tras analizar la diferente doctrina existente al respecto⁵⁰, concluye, en nuestra opinión fundamentada, de que la cláusula suelo

⁴⁸ Cuestión que queda señalada en Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) de 7 octubre 2011. F5.

⁴⁹ Así lo había manifestado el Tribunal Europeo en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid vs Ausbanc),

⁵⁰ En STS núm. 241/2013 de 9 mayo. FJ 10, ap. 186) que desarrollaron las distintas posiciones doctrinales que ahora se exponen:

“a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal".

forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Es decir, definen el objeto principal del contrato. Ahora bien, el hecho de que sean elemento esencial, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El Tribunal Supremo, de forma más coherente, manifiesta 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 por parte del cliente, no excluiría su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato.

En este sentido, declara el Alto Tribunal que es de total aplicación la Directiva 93/13/CEE⁵¹, matizando a su vez que el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal, si bien choca contra la regla general de la Directiva, no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Dicha tesis señala que los artículos 4⁵², apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse

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) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, 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 incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo".

⁵¹ 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 "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"

⁵² La problemática viene de que el mencionado artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, establece que el control de las cláusulas abusivas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible⁵³. Lo que interpreta el Tribunal, es que una normativa interna (como es nuestro caso) puede ser más estricta que la normativa europea, siempre y cuando sea en beneficio del consumidor⁵⁴. Lo que entendía una parte de la doctrina, e incluso los tribunales⁵⁵, es que la problemática derivaba de la falta de transposición del mencionado artículo 4, y que esa omisión en la legislación nacional hacía posible el control de contenido de aquellas cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

Asimismo, el Tribunal Supremo una vez llegada a la conclusión expuesta con anterioridad, expresamente manifiesta que porque una condición general defina el objeto principal de un contrato, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia⁵⁶. Para que se cumpla el objetivo, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal.

Sienta el Tribunal Supremo, que para que para declarar la falta de transparencia tienen que concurrir alguna de las siguientes circunstancias⁵⁷ :

⁵³ Así se manifiesta en STJUE de 3 junio de 2010, apartado 40.

⁵⁴ La STJUE de 3 de junio de 2010, admitió que los Estados miembros adoptaran «normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección»

⁵⁵ En este sentido se manifiesta la jurisprudencia en STS 401/2010, de 1 de julio , STS 663/2010, de 4 de noviembre y STS 861/2010, de 29 de diciembre.

⁵⁶ El control de inclusión, que en definitiva supone la observancia de las formalidades establecidas en la OM de 5 de mayo de 1994, y el control de transparencia, es decir, que la cláusula sea clara y comprensible.

⁵⁷ Circunstancias que son desarrolladas en el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, FJ 2.

- Que el contrato se presente bajo la apariencia de un simple contrato de préstamo hipotecario a interés variable, sin advertir sobre la presencia de un umbral mínimo («cláusula suelo») por debajo del cual el consumidor no se beneficiará de la eventual disminución del índice de referencia.
- Que como contrapartida a la cláusula suelo, no se fije un límite al alza («cláusula techo») que proteja al consumidor frente a posibles subidas del índice de referencia.
- Que la cláusula esté incluida entre una importante cantidad de información, predispuesta de tal forma que dificulte su localización.
- Que no existan ejemplos o simulaciones que permitan comprender en qué casos se activa la cláusula y las consecuencias que ello acarrea.
- Que falte una explicación clara sobre el coste comparativo de dicho producto respecto de otros.

Como podemos comprobar, el interés de esta sentencia va más allá de la problemática estricta de las cláusulas suelo, ya que se contienen ciertos pronunciamientos sobre un tema controvertido, como es el relativo al control sobre el objeto principal del contrato cuando se trata de condiciones generales de la contratación. Finalmente, apreciada en el caso concreto la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia en su contratación, el tribunal declara la nulidad parcial del contrato y a continuación, establece la irretroactividad de la sentencia, cuestión esta última que no ha quedado exenta de crítica por parte de la doctrina y que pasaremos a analizar a continuación.

1.3. La problemática de la nulidad parcial y sus efectos

Mención aparte merece la controvertida decisión del Tribunal Supremo de declarar la nulidad parcial (también denominada como nulidad relativa) de la cláusula suelo y los efectos irretroactivos de dicha declaración.

En efecto, la declaración de nulidad de una cláusula por abusividad permite una nulidad parcial⁵⁸, de manera que la misma puede ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013.

Debemos recordar que cuando se somete a la valoración judicial una cláusula incluida en un contrato entre una entidad de crédito y un consumidor, nos encontramos en el seno de una relación contractual privada, y la ley aplicable al hecho jurídico de la nulidad de una obligación, aunque sea por la aplicación de una normativa sectorial -que es lo que decreta el TS- es el artículo 1303 del CC que establece como única consecuencia jurídica que *«los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato...»*. Y aquí es donde encontramos la verdadera cuestión discutida, el efecto de esta nulidad, que debiera ser la restitución de las prestaciones en base a esa cláusula nula, desde la fecha del contrato, lo que implicaría en este caso la devolución de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la cláusula suelo.

Aunque por regla general la declaración de nulidad debe conllevar la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme a lo establecido por el cuitado artículo 1303 del CC, de manera tal que las partes vuelvan a tener la situación

⁵⁸ Art. 9.2 LCGC, Art.10 bis LCU y el Art. 83.2 TRLCU que dice *“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.”*

personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, cabe la posibilidad de limitar la responsabilidad, posibilidad a la que se acoge el alto Tribunal. En este sentido manifiesta el Alto Tribunal que pese a la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Otro de los fundamentos que esgrime el TS es que precisamente por esa exigencia del principio de seguridad jurídica, se ha limitado igualmente los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad.

Por otro lado, el criterio de perjuicio económico para las entidades demandadas, se antoja un argumento muy pobre por parte del Tribunal, que como es lógico no deja satisfechas las pretensiones de los consumidores (que si a las entidades demandadas), frustrando sus expectativas reales.

En este sentido, y pese a la doctrina asentada por el Tribunal Supremo, es posible encontrar en la jurisprudencia, alguna sentencia discrepante de la sentencia analizada, pero que deviene de una acción individual (no colectiva como en el caso analizado) procediéndose a la restitución⁵⁹.

1.4 Doble control transparencia de las cláusulas suelo: control de inclusión y control de transparencia

Control de inclusión:

Se trata de observar las exigencias de los arts. 5 y 7 LCGC⁶⁰, de manera que las cláusulas generales se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer de manera

⁵⁹ Así se manifestó en la SAP Murcia núm. 289/2014 de 8 mayo.FJ 1 Y 2.

⁶⁰ Las exigencias de tales artículos, son desarrolladas por la jurisprudencia en Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña núm. 97/2014 de 12 mayo.FJ.2, Auto AP de Barcelona (Sección 14ª) núm. 108/2014 de 9 mayo, FJ4, y SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 126/2014 de 27 marzo, FJ1.

completa al tiempo de la celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras ni incomprensibles. En el caso de los préstamos hipotecarios, se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés⁶¹.

El control de transparencia:

Este control de transparencia deriva a contrario sensu del art. 4.2⁶² de la Directiva 93/13/CEE, y se apoya además en el art. 80.1 TRLCU, cuando dispone que *«en 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»*.

En nuestra opinión, este deber de transparencia hay que ponerlo en conexión con el art. 60 TRLCU apartado 1, el cual establece que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Lo que se trata de comprobar, en este control de transparencia, es si adherente ha podido conocer la carga económica que realmente va a soportar y el reparto de riesgos que se deriva de la ejecución y desarrollo del contrato. Es decir, se atiende a un dato objetivo, como es la falta de información previa, clara y comprensible que en muchas ocasiones se da en las prácticas bancarias respecto a las cláusulas suelo.

⁶¹ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. RCL 2011\1943, Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

⁶² La interpretación de el art.4.2 ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia en STJCE de 30 abril 2014 ap.42. y STJCE de 3 de junio de 2010, Ap. 34

Los criterios que enumera el TS⁶³ para valorar la falta de transparencia, y que según el citado auto de aclaración de 03.06.2013 no constituyen una lista cerrada, son los siguientes:

- Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- Que se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- Que no existan simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- Que no haya 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.

1.5. Especial mención a los requisitos normativos de transparencia en relación con las cláusulas suelo

Según la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente las explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión formada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera. Estas explicaciones comprenderán, además, la aclaración del contenido de la información y

⁶³ Criterios extraídos de la STS núm. 241/2013 de 9 mayo. Ap 296

comunicaciones, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente.

En concreto, y en relación con las cláusulas suelo, deberá informarse al cliente sobre:

- (i) La naturaleza del instrumento de cobertura (las cláusulas de interés variable o cláusula suelo), advirtiéndolo al consumidor de si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos,
- (ii) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso: la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe; las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas; la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia. Y otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España. Toda esta información se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada⁶⁴.
- (iii) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación.

⁶⁴ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Artículo 22.1. *Las entidades de crédito, 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 este 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.*

Además la Orden Ministerial recoge una información adicional cuando se trate de las cláusulas suelo⁶⁵ compeliendo a las entidades de crédito a recoger en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar.

El problema de esta Orden es, como ya se ha expuesto a lo largo de este estudio, la relativa eficacia respecto a los particulares (consumidores) a la hora de que se realicen incumplimientos.

1.6 Especial mención al deber de control por el notario.

Uno de los aspectos más destacados, es el deber de control reconocido al Notario por los artículos 30 ap. 3⁶⁶ y ap. 4⁶⁷ de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En la Orden se hace referencia al deber genérico de control de legalidad en la autorización de las escrituras de préstamo hipotecario. Una parte de la doctrina entiende que es necesario el control por parte de los fedatarios públicos de la legalidad de los contratos suscritos entre clientes y sus entidades bancarias, postura que compartimos y que queda amparada, por ejemplo en 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 los

⁶⁵ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Artículo 25. *Información adicional sobre cláusulas suelo y techo*

⁶⁶ Art. 30, apdo 3: “Derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente”

⁶⁷ Art. 30, apdo 4: “La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y formas previsto para el recurso de alzada.”

contratos de préstamo o crédito, en su artículo 18⁶⁸. Sin embargo, ha sido cuestión discutida la legalidad de este control, y si el mismo no vulnera la reserva de ley al estar establecido el mismo mediante reglamento.

Sobre estas consideraciones, debemos tener en cuenta que el artículo 30, ap. 3 y 4, de la Orden mencionada ha sido impugnado en vía contenciosa-administrativa llegándose a declarar la nulidad del control de legalidad notarial por la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 5 de Marzo de 2013, que se basa en los siguientes argumentos:

1. Los preceptos recurridos han sido declarados nulos de pleno derecho por vulnerar el principio de reserva de ley y el de jerarquía normativa (artículo 62.2 de la Ley 30/1992). En este sentido, se argumenta que falta una concreta habilitación legal que permita establecer reglamentariamente la denegación de la autorización o intervención notarial, como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable.

Según manifiesta la Jurisprudencia, este control carece de la necesaria precisión en cuanto al alcance de la deficiencia legal en que se sustentaría un hipotético juicio desfavorable de los notarios, careciendo asimismo de la valoración sobre la incidencia en los derechos tutelados y afectados por dicha denegación, que resultaría insostenible como norma reglamentaria que carece de la necesaria cobertura legal⁶⁹.

2. El órgano competente para regular las materias que se abordan es el Ministerio de Justicia y no el de Economía y Hacienda, por lo que tales preceptos (apd 3 y 4 del art. 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia

⁶⁸ Art. 18 de Ley 2/2009: *“En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.”*

⁶⁹ Fundamento que se recoge en la Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 5 marzo 2013 FJ 5.

y protección del cliente de servicios bancarios) son nulos de pleno derecho ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992 o en su caso anulables ex artículo 63 de la misma ley.

En definitiva, lo que se cuestiona no es la oportunidad o procedencia de que el Notario pueda denegar su autorización o intervención en determinadas situaciones, cosa que estimamos necesaria o al menos conveniente, sino que ello no se haya establecido en norma de adecuado rango de legal. Por todo ello el precepto fue anulado por cuanto responden a un control de legalidad que no se entiende amparado legalmente.

CONCLUSIONES

Tras realizar este estudio jurídico de las condiciones generales de la contratación, las cláusulas abusivas, y en especial la cláusula suelo en la contratación bancaria, hemos de hacer varias reflexiones y propuestas de mejora para la eficaz protección de los consumidores que desarrollaremos a continuación:

Primera.-

Debido a la naturaleza jurídica de las Circulares y Órdenes, tal y como se ha expuesto en el apartado 3 (Fuentes del derecho bancario. especial mención a las circulares y órdenes ministeriales), su aplicación queda al arbitrio de la voluntad de los contratantes, los cuales no se encuentra en una posición de igualdad.

A nuestro juicio, estas normas, deberían ser impuestas a las entidades de crédito “ex lege”, obligándolos a cumplir con determinados requisitos fundamentales para la efectiva protección de sus clientes (consumidores).

Esta imperatividad y vigor de la norma que reclamamos, es justificada en la posición de debilidad en la que se encuentra una persona que va a solicitar crédito respecto a la posición de fuerza que ejercen los bancos.

Segunda.-

A la luz de la escasa eficacia que presenta el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España (el cual no se pronuncia en materia de cláusulas abusivas tal y como ha sido expuesto en el punto 3-Departamento de conducta de mercado y reclamaciones-), se hace necesario adoptar una de las dos medidas que se proponen a continuación: (i) dotar a este departamento de fuerza vinculante en sus decisiones, ya que no es razonable que el consumidor se vea

abocado a la vía judicial si quiere reclamar una práctica abusiva bancaria (como lo son las cláusulas suelo), o bien (ii) crear un organismo independiente, que estuviera especializado en la materia, y dotado de los medios personales y materiales suficientes para conocer de aquellas cuestiones que planteen los consumidores en una materia tan complicada como es la bancaria. Sus resoluciones serían de carácter vinculante (ya sea en sentido positivo o negativo para el consumidor) dejando, como es lógico, expedita la vía judicial en caso de disconformidad con la decisión adoptada.

En nuestra opinión, este organismo también debería tener competencias a la hora de sancionar a las entidades bancarias de forma directa, una vez probado el incumplimiento de la numerosa normativa expuesta en relación con criterios de transparencia y requisitos de información, que muchas veces, tal y como demuestra la jurisprudencia, han sido vulnerados.

Tercera.-

Como propuesta en lo que atañe al control ejercido por los notarios, entendemos que sería conveniente formular una norma con rango legal de forma que no quedara al arbitrio de los notarios el mencionado control genérico de legalidad, tal y como se ha explicado en el punto 1.6 (especial mención al deber de control por el notario) . Ante tal tesitura, cabe proponer un sistema que potencie la función pública de los notarios, atribuyéndoles, mediante la forma normativa adecuada y reglada, las competencias para controlar, en el acto del otorgamiento, el conocimiento que tienen los clientes bancarios sobre las cláusulas que suscriben, valorando el grado de percepción que tiene el consumidor sobre el contenido y el alcance de los elementos del contrato.

Cuarta.-

Se ha llegado a la conclusión de que al no existir medidas extrajudiciales, el consumidor se ve abocado a la vía judicial. Una vez en vía judicial, el cliente

bancario se ve abocado a obtener dos pronunciamientos para ver satisfechas sus pretensiones con los consecuentes problemas de economía procesal y de coste para los mismos.

Como se extrae de las jurisprudencia analizada, los demandantes utilizan primero la vía de la acción de cesación para después, y en un ulterior proceso, proceder con una acción individual de restitución.

Bien es cierto que existe la posibilidad de acumular la acción de restitución a la de cesación, pero las dificultades en cuanto a los requisitos procesales exigidos para tal acumulación, hace que caiga en desuso.

Las propuestas en este sentido serían , (i) facilitar la acumulación de acciones o bien, (ii) efectuar una modificación legal que facilite la restitución de forma que la acción de cesación, siempre y cuando se refieran a cláusulas abusivas (especialmente en contratación bancaria), conllevara de forma implícita la restitución.

Quinta.-

Otra cuestión que a nuestro parecer es criticable, es la posición del Tribunal Supremo respecto a la posibilidad de restitución de las cantidades cobradas de forma indebida una vez se haya declarado la nulidad (relativa) de una cláusula suelo. La posición del TS facilita y favorece la posición dominante de las entidades bancarias.

Bien es cierto, que el Alto Tribunal lo motiva en razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico, además de que en ocasiones se trata de acciones colectivas de cesación contra varias entidades bancarias para que eliminen las cláusulas suelo de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico (a las entidades de crédito). Sin embargo, a nuestro parecer era una oportunidad única para hacer valer el derecho de

defensa de los consumidores y usuarios, amparado en lo que la ley establece, que es la restitución cuando se declara la nulidad (efectos ex tunc-Art. 1303 Código Civil).

Si el Alto Tribunal hubiera establecido la restitución de cantidades, cosa que jurídicamente hubiera sido posible, hubiera establecido un precedente histórico y una verdadera advertencia para las entidades de crédito de que usar prácticas abusivas tiene sus consecuencias, y es que, hasta que no se toque el bolsillo de los bancos estas prácticas no cesaran, solo mutaran.

Sexta.-

Es manifiesta la desprotección a la que se ven sometidos los consumidores cuando acuden a las entidades de crédito en busca de satisfacer sus necesidades. El problema reside en la falta de información en la cual se encuentra el cliente bancario que deviene, entre otras cosas, de la dispersión normativa existente. Esta complejidad de la normativa que regula el sector bancario, ha desemboscado en un aumento de los conflictos entre las partes.

Se hace prácticamente imposible para un ciudadano lego en derecho (incluso para uno que sea jurista), saber que normas regulan sus derechos, más allá del Texto Refundido de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Esta dispersión normativa es, en nuestra opinión, consecuencia de dos aspectos fundamentales: (i) la recientemente derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, por la que se habilitó al ministerio de Economía y Hacienda para dictar las normas necesarias para tutelar las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, y por otro lado, (ii) la falta de la debida atención por parte de los legisladores, los cuales se han limitado a regular aspectos de transparencia mediante normativa de rango reglamentario.

La propuesta que en este sentido es sustituir el actual ordenamiento por un ordenamiento esencialmente sectorial (por la especialidad de la contratación

bancaria), articulado en un par de normas que regulen, por un lado los requisitos de información y transparencia, así como las sanciones que llevarían aparejadas sus incumplimientos, y por otro las acciones, procedimientos y cláusulas abusivas del sector bancario a los cuales acudir en caso de vulneración.

Toda la complejidad del sistema financiero y bancario, y la dificultad que entraña el entendimiento del mismo, hace pensar que hay una falta de interés en una regulación que pueda ser entendida por la mayoría, y no por unos pocos como ocurre actualmente, lo que hace pensar que, parafraseando a Henry Ford, está bastante bien que la gente no entienda nuestro sistema bancario y monetario, ya que si lo hiciese, creo que tendría lugar una revolución antes de mañana por la mañana.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Cámara Lapuente, Sergio. Comentarios a las normas de protección de los consumidores.. Editorial Colex. Ed 2011 .
- Arroyo Martínez, Y, Miquel Rodríguez, J y Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Editorial Tecnos, Ed1999.
- Busto Lago, José Manuel, Grandes tratados. Reclamaciones de consumo. Editorial Aranzadi, Ed 2010
- Jiménez Sánchez, Guillermo J. Jiménez Sánchez, Díaz Moreno, Alberto. Lecciones de derecho mercantil, Editorial Tecnos, 15ªed.
- Uría, Rodrigo. Menéndez, Aurelio. Curso de derecho mercantil. tomoII. Editorial Civitas. Ed 2006.
- Múrtula Lafuente, Virginia. La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos. Virginia Múrtula Lafuente. Editorial Reus. Ed 2013

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Lete Achirica, J.: "Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir", en Actualidad Civil, núm. 17, 24-30 abril 2000.
- García de Pablos, Jesús Félix. Doctor en Derecho Publicación. Revista aranzadi doctrinal núm. 3/2013. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.
- Revista de Derecho Bancario num.122/2011 parte Artículos Doctrinales. El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios.
- Arnaldo Alcubilla, Enrique y Zamorra Álvarez., Carmen Mª. condiciones generales de la contratación. La Ley 1835/2008.
- García de Pablos, Jesús Félix. La modificación de la Cláusula suelo de las hipotecas. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2013

ÍNDICE DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
CGC	Condición General de Contratación
TRLGDCU, LCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
OM	Orden Ministerial
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
EHA	Ministerio de Economía y Hacienda
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
AUSBANC	Asociación de usuarios de servicios bancarios