

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/2016
Convocatoria: Septiembre

LA CLAUSULA SUELO Y SU CARÁCTER ABUSIVO

GROUND CLAUSE AND ITS UNFAIRNESS

Trabajo realizado por la alumna: Luisa Christin Fiedler X-1824205 Y

Tutorizado por el Profesor Francisco Javier Díaz Brito

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil.

RESUMEN

La crisis económica, ha puesto de manifiesto, la relevancia del control de transparencia en la contratación en masa de productos financieros. Determinadas cláusulas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario resultan abusivas, entre estas la cláusula suelo, conocidas por dejar sin efecto el porcentaje diferencial del Euribor ofertado y aceptado, estableciendo un tope por abajo (suelo), que impide a los clientes beneficiarse de la bajada del Euribor.

La jurisprudencia menor, en armonía con la normativa sobre consumidores, estatal y europea, las ha anulado considerándolas abusivas por falta de la información, previa y precisa, para que el cliente consumidor no se encuentre en situación de inferioridad respecto al profesional financiero.

La declaración de nulidad de tales cláusulas suelo, ha desembocado en una controversia en cuanto a su aplicación retroactiva total a favor de los hipotecados, que supone devolver todo lo cobrado en demasía, por aplicación de la cláusula nula o limitada, devolviendo desde el 9 de mayo de 2013 fecha de la sentencia adoptada por el pleno del Tribunal Supremo, que así lo estableció y reiterado en la sentencia, también del pleno de 25 de marzo de 2015.

Según el art. art. 9 LCGC y el art. 1303 del CC, debería aplicarse la retroactividad total. Tal cuestión jurídica, está pendiente de pronunciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se espera en el último trimestre de este año. Si bien no es vinculante, el Abogado General TJUE en su dictamen de fecha 13 de julio de 2016 ha informado al Tribunal alineándose a favor de la retroactividad limitada proclamada por el Tribunal Supremo.

ABSTRACT

The economic crisis has highlighted the importance of transparency control in mass recruitment of financial products. Certain clauses incorporated in contracts for mortgage loan are unfair, among these the clause floor, known by nullifying the differential rate of Euribor offered and accepted, setting a cap bottom (floor), which prevents customers to benefit from the fall Euribor .

The lower jurisprudence, in harmony with the regulations on consumers, state and European levels, considering the abusive annulled for lack of information, previous and accurate customer so that the consumer is not in position regarding the financial professional.

The declaration of invalidity of such clauses floor, has led to a controversy as to its full retrospective application for mortgaged, which means return everything taken in excess, by applying the null, or limited clause, returning from 9 May 2013 date of the decision adopted by the full Supreme Court, which said so and reiterated in the statement , also from the plenary of March 25, 2015 .

According to art. art. 9 LCGC and art. CC 1303 , total retroactivity should be applied. Such legal issue is pending ruling by the Court of Justice of the European Union , expected in the last quarter of this year. While not binding, the attorney General from CJEU in his report dated 13 July 2016 informed the Court lining up in favor of the limited retroactivity proclaimed by the Supreme Court.

Índice

I.- Introducción.	5
II.- La cláusula suelo y techo como condición general de contratación.....	6
III.- Problemas que plantean las cláusulas suelo desde el punto de vista de su legalidad	
1. La legalidad de las cláusulas suelo.....	11
2. Ausencia de información precontractual: oferta vinculante.....	15
3. Ausencia de negociación individualizada del contrato.....	21
4. La nulidad de las cláusulas suelo y su correspondiente retroactividad....	23
IV.- La jurisprudencia sobre las cláusulas suelo	
1. Evolución en el tratamiento jurisprudencial de las cláusulas suelo.....	27
2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	34
VI.- Conclusiones.....	38
VII.- Bibliografía	40

I.- Introducción

Con la crisis económica, salió a la luz que un amplio porcentaje de los préstamos hipotecarios contratados por los consumidores con sus entidades bancarias de confianza, resultaron contener cláusulas abusivas. Estas no se ajustaban al principio de buena fe, ni superaban el debido control de transparencia que estos contratos requieren para no producir indefensión a los consumidores. Cuando los clientes contratan estos productos bancarios de adhesión, se encuentran en una situación de inferioridad con respecto a las entidades financieras, al verse casi obligados a aceptar estas cláusulas limitadoras ya pre-redactadas para financiar la adquisición de su vivienda, desconociendo el alcance real de las mismas al no informárseles debidamente.

Por otro lado, el alcance de la declaración de nulidad de tal cláusula, plantea la cuestión de su retroactividad, siendo un tema de máxima actualidad al abarcar una cuestión tan delicada como lo puede ser el quebrantamiento de la Ley en concreto del artículo 1303 del Código Civil, que dispone :

“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.”

Podemos destacar aquí la regla clásica de "*quod nullum est effectum producit*", que viene a decir que lo nulo no produce ningún efecto, por lo que en principio debería de prevalecer la retroactividad sin ninguna limitación, pero el Tribunal Supremo inició el debate al pronunciarse en su sentencia del 9 de mayo de 2013 sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo estableciendo que la retroactividad tendrá efecto a partir de ésta sentencia en adelante, limitando por tanto el efecto de la retroactividad al no ser aplicable desde el día de la firma del préstamo hipotecario.

A raíz de la gran polémica que ha creado la cláusula suelo y el impacto que supuso el pronunciamiento del Tribunal Supremo, es objeto de este Trabajo, la cláusula suelo y techo como condición general de contratación, así como los problemas que plantean las cláusulas suelo desde el punto de vista de su legalidad. Dentro de la legalidad abarcaremos la ausencia de información precontractual, la ausencia de negociación individualizada y el alcance y legalidad de las cláusulas limitadoras del tipo de interés variable en los préstamos hipotecarios concedidos a consumidores.

Como consecuencia veremos cómo ha evolucionado el tratamiento jurisprudencial de las cláusulas suelo, debido a la controversia que se ha creado con respecto a la limitación de la retroactividad, por tanto sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el que definitivamente se pronuncie sobre si la retroactividad será total, desde la fecha de firma del préstamo o si se impondrá la limitación a partir de la sentencia dictada el 9 de mayo de 2013 del TS.

II.- La cláusula suelo y techo como condición general de contratación.

La cláusula suelo hipotecaria es una cláusula contractual en la que se establece cuál será el tipo mínimo de interés que se liquidará en las correspondientes cuotas.

El Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe de pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato, entendiéndose que el modo en el cual se incorporan estas cláusulas puede considerarse como una condición general de contratación.

Para que las condiciones generales pasen a formar parte de un contrato, será necesario que se acepte por el adherente su incorporación al mismo, y que sea firmado por todos los contratantes. Además, se hace especialmente sensible en este ámbito, la necesidad de que las condiciones generales se ajusten a las condiciones de transparencia, claridad, concreción y sencillez.¹

Según lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, son condiciones generales de contratación las siguientes:

“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”

La misma ley regula en su artículo 5 la válida incorporación de las condiciones generales de la contratación de la siguiente forma:

- a) Aceptación por el adherente, su incorporación al contrato, y que éste sea firmado por todos los contratantes.
- b) Que en el contrato se haga referencia a las condiciones generales.
- c) El predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación.
- d) El predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- e) La redacción de las cláusulas se ajusten a los requisitos de transparencia,

¹ MARTA AMELIA LÓPEZ VOZMEDIANO, «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, 2014, pág 17-30.

claridad, concreción y sencillez.

En cuanto a las cláusulas generales que se aplican a los préstamos con garantía hipotecaria podemos destacar el capital del préstamo, en los que aparecen los prestatarios y la cantidad recibida en el préstamo. La Amortización, por la cual el prestatario paga una cuota mensual, trimestral o semestral, durante el periodo del préstamo contratado. Las comisiones que deberá abonar el prestatario, tales como la comisión de apertura, la comisión por desistimiento, la comisión por amortización anticipada total o parcial etc. Luego están los intereses de demora, que son el tipo de interés anual que debe de pagar el prestatario en el caso de que no abone la cuota de amortización o parte de ella el día señalado en la escritura. Y finalmente el interés ordinario, que es el tipo de interés que paga el prestatario por recibir el dinero de la entidad de crédito. Este interés a su vez puede ser un interés fijo, que es aquel que se estipula en la escritura de préstamo hipotecario sin producirse alguna variación y también puede ser variable, que es aquel tipo de interés que puede sufrir variaciones a lo largo del tiempo del préstamo hipotecario.

Dentro del apartado del interés ordinario de las cláusulas generales que se aplican a los préstamos con garantía hipotecaria, tenemos al tipo de interés variable, el que nos interesa destacar por encontrarse aquí la oculta cláusula suelo y techo que las entidades financieras incorporan como límite de variabilidad del tipo de interés impuesto.

Aquí los porcentajes varían según las entidades financieras, pero queda claro que cualquier límite de porcentaje que sea superior al Euribor más el diferencial aplicable supone una limitación para el prestatario de poder beneficiarse sobre una posible bajada del Euribor.

En cuanto a la contratación del préstamo, se aplica el diferencial que se añade al Euribor, que es el factor esencial sobre el que los empleados de las entidades ponen el

acento para vender el producto, de tal forma que cuánto más bajo fuera ese diferencial, mejores condiciones suponen para el cliente.

La realidad resultante es que estas supuestas buenas condiciones de financiación que los clientes pensaban haber obtenido, iban a quedar anuladas por las cláusula suelo, que dejaban sin efecto el porcentaje diferencial de Euribor ofertado y aceptado, porque impedía que los clientes se beneficiaran de una evolución del mercado favorable, es decir, de una eventual bajada del Euribor.

La cláusula techo era la teórica contrapartida a favor del consumidor, que establecía un límite por encima del cual el cliente no tendría que pagar las subidas del Euribor, pero en la mayoría de los modelos de condiciones de los préstamos que incluían tal opción, estaba a un nivel tan alto que la teórica contrapartida quedaba en la práctica totalmente diluida.

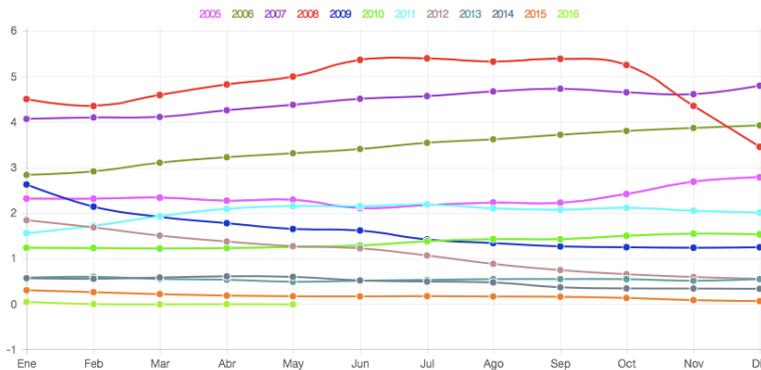
Estas cláusulas son las que, han suscitado dudas acerca de su legalidad, ante la posibilidad de ser consideradas abusivas, en la medida en que impiden a los prestatarios vinculados por este tipo de pactos, beneficiarse en toda su amplitud de las bajadas de tipos que se han originado en la actual coyuntura económica.

Como ejemplo podemos poner la bajada del Euribor visible en el gráfico² del histórico de los últimos diez años en donde se puede apreciar claramente como ha ido bajando continuamente el Euribor hasta llegar al -0.013 en el mes de mayo de 2016.

² http://www.euribordiarario.es/historico_mensual.html

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Enero	2,312	2,833	4,064	4,498	2,622	1,232	1,550	1,837	0,575	0,562	0,298	0,042
Febrero	2,310	2,910	4,094	4,349	2,135	1,225	1,714	1,678	0,594	0,549	0,255	-0,008
Marzo	2,335	3,100	4,106	4,590	1,909	1,215	1,924	1,499	0,545	0,577	0,212	-0,012
Abril	2,265	3,221	4,253	4,820	1,771	1,225	2,086	1,368	0,528	0,604	0,180	-0,010
Mayo	2,286	3,308	4,373	4,994	1,644	1,249	2,147	1,266	0,484	0,592	0,165	-0,013
Junio	2,103	3,401	4,505	5,361	1,610	1,281	2,144	1,219	0,507	0,513	0,163	
Julio	2,168	3,538	4,564	5,393	1,412	1,373	2,183	1,061	0,525	0,488	0,167	
Agosto	2,223	3,615	4,666	5,323	1,334	1,421	2,097	0,877	0,542	0,469	0,161	
Septiembre	2,219	3,715	4,725	5,384	1,261	1,420	2,067	0,740	0,543	0,362	0,154	
Octubre	2,414	3,799	4,647	5,248	1,243	1,495	2,110	0,650	0,541	0,338	0,128	
Noviembre	2,684	3,864	4,607	4,350	1,231	1,541	2,044	0,588	0,506	0,335	0,080	
Diciembre	2,783	3,921	4,793	3,452	1,242	1,526	2,004	0,549	0,543	0,329	0,059	

Gráfico de evolución del Euribor Mensual:



Por tanto cuando el Euribor estaba alto, los clientes lo pagaban a su precio, ahora bien, cuando está bajo, no lo pagan a su precio porque no se pueden aprovechar de la bajada, dado que las entidades financieras se han encargado de eliminar una cuestión aleatoria, como es una evolución del mercado beneficiosa para el consumidor, para ganar a costa del mismo.

Las entidades financieras conocen, desde mucho antes, qué es lo que está pasando en la coyuntura económica y qué posibles bajadas o subidas van a ver en los diferentes sectores, por lo que siempre van un paso por delante de los consumidores a los que no informan de cómo puede cambiar la situación económica.

En el gráfico podemos observar que el Euribor mensual más alto desde diciembre de 1998 hasta hoy ha sido de un 5,39% en julio de 2008, siendo por tanto totalmente

desproporcionado el hecho de que las entidades financieras en sus préstamos hipotecarios añaden a parte de la cláusula suelo una cláusula techo, para la supuesta protección del cliente, de un 12 o más %, cuando claramente los datos de los últimos diez años muestran que la probabilidad de que el Euribor llegue a ese porcentaje es muy remoto. Por tanto, la única función que tiene introducir una cláusula techo con un porcentaje tan alto, es desviar la atención del cliente en la eventual y disparatada subida del Euribor.

Así, queda encubierta la imposición de la cláusula suelo con el límite protector que radica mayoritariamente por debajo del Euribor.

Las entidades financieras se benefician así de las brascas bajadas que ha habido en los últimos años, aprovechándose de sus clientes que no han sido informados claramente sobre lo que supondría la eventual bajada del Euribor.

III. Problemas que plantean las cláusulas suelo desde el punto de vista de su legalidad

I. La legalidad de las cláusulas suelo: doble control de transparencia

A la hora de valorar la legalidad de las cláusulas suelo, hay que partir de la idea que las cláusulas limitadoras del tipo de interés variable en un préstamo, en sí, no son ilegales, pero sí el hecho de que no se le haya informado al prestatario suficientemente sobre la repercusión real y efectiva que puede conllevar dicha cláusula, incumpliendo por tanto la obligación de buena fe y transparencia que le es exigido por Ley a las entidades financieras a la hora de conceder cualquier tipo de contratación con sus clientes.

El bajo conocimiento de los clientes conlleva a que se deba de proteger aún más al consumidor por el hecho de encontrarse en desequilibrio frente a los empresarios, de ahí a que se trate de asegurar que el consumidor conozca por anticipado el alcance de todas las condiciones generales de la contratación que el empresario vaya a aplicar.

El control de transparencia tiene su fundamento en el control de legalidad para poder verificar que la cláusula incorporada sea comprensible y real para su correcta comprensión del consumidor. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Por lo que estas limitaciones no pueden estar disimuladas entre informaciones densas que, en definitiva, dificultan su identificación y esconden en cierta medida lo que considerado aisladamente sería claro. Es decir, para determinar la transparencia de la cláusula se deberá determinar si se desplaza el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

Será a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, cuando adquiere protagonismo el denominado doble control de transparencia de las condiciones generales de la contratación con el objetivo de delimitar cuándo una cláusula podía ser calificada de abusiva.

El Tribunal Supremo sostiene que cabe un doble control de transparencia,³ 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 que supone que la cláusula

³ CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO, «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *Cláusula suelo: ¿se puede negociar con el banco?*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pág 23.

sea clara y comprensible.

Dicho de otra manera, se cumple el doble control de transparencia si la información que se le comunica al consumidor cumple con las exigencias de oportunidad real, y sean legales, legibles claramente y de fácil comprensión.⁴

Así, en el caso de que sí se hubiera informado suficientemente sobre la cláusula suelo al consumidor antes de la celebración del contrato, de tal manera que este hubiera sabido de su existencia y de las consecuencias que pudiera tener ante una bajada previsible del tipo de referencia, la cláusula sería totalmente lícita, tal y como establece la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo del Tribunal Supremo.

En este sentido, en el fundamento jurídico séptimo de la STS 09-05-2013 se enumeran una serie de circunstancias que han sido tomadas en cuenta para valorar el carácter abusivo de la cláusula suelo por un defecto de transparencia:

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.

⁴Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Artículo 5.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

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. “

Se confirma y refuerza por tanto el sentido de la obligación de transparencia en cuanto se exige un perfecto conocimiento de la cláusula suelo, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, resultado que se puede alcanzar por una pluralidad de medios, pero que no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas formalidades, ya que no existen medios tasados para obtener el resultado querido que es ni más de ni menos un consumidor perfectamente informado.

El objetivo es que el consumidor concreto realizase el contrato de préstamo hipotecario ⁵ con pleno conocimiento de causa sobre la existencia de una cláusula suelo en el contrato, su influencia en el coste real del crédito, su incidencia en la ejecución del contrato y la previsible evolución del tipo de referencia durante la vigencia del préstamo.

⁵Pleno de la Sala Primera, Tribunal Supremo, de fecha 9 de mayo de 2013 “*Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.*”

2. Ausencia de información precontractual: oferta vinculante

En cuanto a la capacidad de negociación a la hora de contratar un préstamo bancario, el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional financiero, es decir que el cliente sólo se puede adherir a las condiciones pre-redactadas por la entidad financiera sin poder intervenir en el contenido de éstas.

El empleado de la entidad financiera debe facilitar al cliente la información sustancial, esto es, las características principales del contrato y sus condiciones jurídicas y económicas, antes de que el cliente quede vinculado por el contrato. Es necesario que esto suceda con carácter previo, en la medida en que es susceptible de afectar a la decisión de contratar del consumidor.⁶

El cliente debe tener el tiempo suficiente para poder asimilar la información recibida y tenerla en cuenta para decidir si contrata o no. Parece una cuestión obvia, pero veremos que no pocas veces se incumple, precisamente por esa posición de superioridad que ostenta la entidad financiera.

La información que se suministra debe satisfacer legalmente varias características. Tal y como establece 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 en su Artículo 60. Información previa al contrato:

“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

⁶ FRANCISCA LLODRÁ GRIMALT, «El contrato celebrado bajo condiciones generales» Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág 54-57.

las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.”

Por tanto ha de ser comprensible y clara, entendiéndose por esto que debe de estar redactada de tal modo que un consumidor medio sin conocimientos previos en el sector lo entienda fácilmente sin ningún esfuerzo excesivo. Para ello deberá ser legible, y en un idioma que el cliente comprenda. Deberá contener todos los aspectos relevantes, de manera que el cliente pueda hacerse una idea exacta de los elementos que lo conforman. En todo caso la información deberá ser veraz, precisa y ajustada a la realidad.⁷

Dado que la información es el principal instrumento con que cuentan los clientes para hacer frente a las métodos agresivos del comercio, una buena información supondrá un consentimiento libremente formado y exento de vicios.

La presunción de la obligación de informar correctamente supone también que el cliente da por hecho de que las entidades financieras velan por los intereses de sus clientes, confiando en que éstas entidades actuarán de buena fe a la hora de ceder los préstamos bancarios.

Pero la realidad es otra, las entidades financieras aprovechan el desconocimiento de sus clientes para generar una apariencia que desplaza el foco de atención de sus clientes sobre elementos secundarios. El TS enumera los criterios para valorar la falta de transparencia, tales son:

- Insertar la cláusula techo para crear una distorsión en la que el cliente deja de ver la limitación de la cláusula suelo como un riesgo, sin embargo tal techo en muchos casos es tan desproporcionadamente alto (del 12% al 18 %)

⁷ FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia », Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, cap. I, pág 27-38.

que en realidad no supone ninguna protección al cliente. Recordemos que el Euribor jamás ha llegado a los seis puntos.

- Incluir en la información una abrumadora cantidad de datos que hacen perder el hilo de los aspectos importantes.
- No mostrar simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible de esa cláusula a corto plazo, como en este caso la bajada del Euribor.
- No informar previamente de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, en caso de existir, o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

En cuanto a la oferta vinculante de la hipoteca⁸, es un documento legalmente exigido que contiene todas las condiciones financieras del préstamo hipotecario, que los bancos y cajas de ahorro tenían la obligación de entregar a los clientes antes de concederlo. La validez de esta oferta vinculante, en ningún caso, puede ser inferior a diez días hábiles a partir de la fecha de entrega, por tanto el cliente debe tenerla para su estudio cuanto menos diez días hábiles.

El contenido habitual de la oferta vinculante para el otorgamiento de un nuevo préstamo hipotecario es el siguiente⁹:

⁸ Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos en hipotecarios sobre la vivienda, artículo 14.

⁹ <http://www.expansion.com/diccionario-economico/oferta-vinculante.html>

- Período de validez de la oferta vinculante, normalmente un mes. En ningún caso puede ser inferior a diez días.
- Importe del préstamo, que suele corresponderse con un determinado porcentaje del valor de tasación de la vivienda, por ejemplo, un 80%.
- Duración del préstamo.
- Importe de las cuotas a pagar por parte del prestatario para amortizar el préstamo y periodicidad de las mismas.
- Tipo de interés a aplicar al préstamo, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos. En el caso de ser variable se debe indicar la referencia sobre la que se indicia el préstamo, normalmente el Euribor, aunque también puede ser el preferencial bancario, el de las cajas de ahorros, etc. Asimismo, se deberá indicar los períodos de renovación de la referencia del préstamo en el caso de que se contrate a tipo variable.
- Comisiones que se aplicarán al préstamo, normalmente las de apertura y estudio, que girarán sobre el principal del préstamo y las de cancelación parcial o total, que suelen girar sobre la deuda viva en el momento de solicitar la cancelación.
- Gastos de formalización de la operación: notaría, registro, tasación, etc.

- Tipo efectivo de interés que va a satisfacer el prestatario, conocido como T.A.E.
- Garantías complementarias que, en su caso, se pidan: aval de un familiar, seguro de cancelación de hipoteca, en caso de fallecimiento, domiciliación de la nómina del prestatario, etc.

La oferta vinculante pasó por tres etapas, hasta el año 2007, la oferta vinculante tenía un límite de 150.253,03 euros. A partir de Diciembre de 2007 desapareció el límite de la oferta vinculante. Y finalmente a partir del 29 de Julio de 2012, desapareció por completo la obligación.

Hasta 2007¹⁰ estaba establecido para hipotecas nuevas con límite de 150.253,03 euros. En este caso cuando aún era obligatoria la entrega de la oferta vinculante a los clientes, debía de estar firmada por el cliente al menos tres días antes de la firma de la escritura de la hipoteca.

A partir de del 8 de diciembre de 2007¹¹ se estableció que para hipotecas de cualquier importe se debería facilitar la oferta vinculante o documentación análoga referente a la hipoteca :

"La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos

¹⁰ Orden Ministerial de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios

¹¹ 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, BOE del 8 de diciembre de 2007

hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos".

Sin embargo, la obligatoriedad estricta de los 3 días de acuerdo a la Orden Ministerial de Mayo de 1994 sigue siendo aplicable sólo a las hipotecas con límite de 150.253,03 euros.

Para las hipotecas más recientes, el 28 de Octubre de 2011 se publicó la Orden EHA/2899/2011 que derogaba la Orden Ministerial de Mayo de 1994. Por lo tanto a partir del 29 de Julio de 2012 (fecha establecida para entrar en vigor los cambios sobre la oferta vinculante) deja de ser obligatoria la oferta vinculante aunque el cliente si puede pedirla.

Por tanto la oferta vinculante es trascendente en los casos en los que era obligatoria su entrega, ya que si no se entregó al cliente o si no se respetó los plazos o el contenido exigido, el banco o caja de ahorros incurrió en un claro incumplimiento de la ley, siendo así a su vez más fácil eliminar la cláusula suelo y otras cláusulas abusivas.

Éste es precisamente el periodo donde se firmó la amplia mayoría de los préstamos hipotecarios con la cláusula limitadora del tipo de interés variable.

3. Ausencia de negociación individualizada del contrato

Salvo situaciones muy excepcionales, en las contrataciones entre un particular y una entidad financiera, las condiciones las establecen las entidades financieras. Llevado a las contrataciones de préstamos hipotecarios, el particular no tiene opción de imponer

su criterio, sino más bien queda atado a las cláusulas preestablecidas para poder obtener la financiación que ha solicitado. El préstamo hipotecario se convierte así en un contrato de adhesión, por su ausencia de negociación, y a las cláusulas pre-redactadas como condiciones generales de contratación.¹²

Conforme a La Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993:

“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”.

En contraposición de la Directiva, el artículo 80.1 TRLCU 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".*

¹² JOSÉ RICARDO PARDO GATO, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión» Ed. DIJUSA, Madrid, 2004, pág 117-122.

La contratación en masa ha llegado a tal punto, que las entidades financieras ya tienen redactados en las notarías sus contratos bancarios que los particulares no pueden negociar sino aceptar o rechazar el contrato, pero en tal caso perdiendo la financiación, tras un proceso que podía durar incluso meses (solicitud, estudio, tasación, etc), de tal manera que en muchos casos perder la financiación significaba perder la vivienda y, en no pocas ocasiones, también implicaba perder las arras penitenciales, ya que las compraventas con financiación vienen casi siempre acompañadas de unas arras para garantizar la reserva de la vivienda.

Por ello, al tardar tantas semanas la concesión del préstamo, en muchas ocasiones el particular quedaba atado a las condiciones del banco, so pena de perder la vivienda deseada y las arras.

Los analistas de la entidad financiera evidentemente conocen del estado de necesidad del cliente-comprador y se han aprovechado de ello para aumentar sus beneficios, por ejemplo, introduciendo diferentes tipos de comisiones, o tipos de interés de demora totalmente exorbitados (superiores al 20%) o introduciendo cláusulas limitadoras que perjudican al cliente y que estos aceptan porque no son capaces por sí mismos de conocer su alcance.

Es en esta realidad práctica donde apreciamos claramente la posición de inferioridad que tiene el cliente a la hora de contratar un préstamo bancario. Y todo ello a pesar de que la Ley protege al consumidor cuando considera que dentro de dichas

cláusulas pre-redactadas puedan encontrarse cláusulas abusivas que supongan indefensión en el consumidor, cuales serán anuladas respectivamente.¹³

4. La nulidad de las cláusulas suelo y su correspondiente retroactividad

La nulidad de pleno derecho es una categoría de elaboración jurisprudencial y doctrinal que tiene su apoyo legal en el art 1303 Código Civil:

“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”

Las cláusulas incluidas en un contrato que tengan la consideración de cláusulas abusivas son nulas¹⁴, es decir que se tendrán por no puestas y no producirán efecto alguno.

No obstante, el resto del contrato seguirá siendo obligatorio para las partes contratantes, siempre que pueda subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas.¹⁵

Es decir que únicamente la cláusula abusiva en sí será anulada quedando el resto del contrato con sus efectos que se han pactado en su debido momento de la firma del contrato entre las partes.

¹³ JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, « Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral. » Ed. Gesbiblo, La Coruña, 2008, pág. 324.

¹⁴ La doctrina jurisprudencial, en armonía con la doctrina, siempre ha declarado el efecto retroactivo absoluto de la declaración de nulidad (art. 1.303 CC)

¹⁵ ADELA SERRA RODRÍGUEZ, « Cláusulas Abusivas en la Contratación» Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002, pág 185-216.

El artículo 82 del 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, define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

“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.”

De igual forma se pronuncia Pérez Benítez¹⁶, al establecer que una cláusula es abusiva cuando en contra de la buena fe, causa en detrimento al consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales.

En cuanto a la actuación de los distintos operadores jurídicos en relación con estas cláusulas, hay que tener en cuenta que la declaración de abusividad de una cláusula contractual sólo puede ser ejercida por un Juez, a quien corresponde valorar las circunstancias de hecho concurrentes en el caso concreto.

Por otro lado, tenemos las actuaciones del notario, que se limita, por un lado, a asesorar e informar sobre el posible carácter abusivo de una cláusula y, por otro lado, a denegar la autorización de aquellas escrituras que contengan cláusulas abusivas o que hayan sido declaradas nulas por ser abusivas en virtud de sentencia judicial firme inscrita

¹⁶ PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José, «Control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas», Barcelona, 2008, pág 5.

en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La nulidad de las cláusulas suelo, se ejercita mediante la aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y sobre todo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la que se pretende que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas, con devolución de las cantidades pagadas en exceso en aplicación de la misma.

Igualmente el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que:

"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".

Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

Por tanto, mediante esta cláusula premeditadamente abusiva y sin contrapartida equiparable, la entidad financiera obtiene con el tipo de interés variable que establece como condición general de la contratación una posición más ventajosa objetivamente, en relación con los consumidores que no gozan en modo alguno de protección en caso de

una variación al alza del índice de referencia, o de otras ventajas que compensen ese mínimo establecido a favor de la entidad bancaria.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios regula la nulidad de las cláusulas abusivas en su artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato de la siguiente forma:

“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.”

Todo negocio jurídico tiene como objetivo fundamental producir unos efectos ya que en caso contrario sería ineficaz. La ineficacia a su vez conlleva a la nulidad y el negocio nulo no produce efectos como bien recoge la regla *quod nullum est, nullum effectum producit*¹⁷.

Por tanto, la ineficacia de los contratos o bien de alguna cláusula en concreto, en el caso de que el contrato subsiste la regla general exige que se destruyan también sus consecuencias y eliminar por tanto sus efectos retro trayéndose al punto antes de haberse integrado, como si nunca hubiesen existido.

Pudiendo llegar a la conclusión de que la regla general por tanto es la retroactividad, en cuanto al artículo 1303 CC que establece que el contrato nulo no produce ningún efecto

¹⁷ JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN « Las nulidades de los contratos» Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág 49-50.

por tanto los contratantes no pueden obligarse al cumplimiento de las obligaciones pactadas. En el caso de que alguna de las prestaciones ya se haya efectuado, carecería de causa y habría de ser devuelta.

En otro sentido cabe la posibilidad de limitar la retroactividad al establecer que sus efectos no pueden ser impenetrables a los principios generales del Derecho, pudiendo destacar la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española como principal:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

En este punto es importante señalar que quedan fuera de la protección que otorga esta Ley y Directiva sobre protección de consumidores los préstamos hipotecarios firmados por empresarios o sobre locales ya que no actúan como consumidores. Sólo alcanza a las hipotecas sobre viviendas firmadas por personas físicas.

IV.- Jurisprudencia sobre las cláusulas suelo.

1. Evolución en el tratamiento jurisprudencial de las cláusulas suelo.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la problemática de la licitud de las cláusulas suelo tuvo su inicio con la sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010, al declarar la nulidad de las cláusulas

suelo. Ésta entendía que en los términos en los que se habían insertado las cláusulas suelo en el contrato, producían un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. La cuestión de si las cláusulas suelo son lícitas o nulas por abusivas no ha dejado de estar marcada por una cierta controversia en los últimos años, siendo el Tribunal Supremo el que parece haber puesto punto final a la polémica, a pesar de la resistencia de las entidades financieras que plantearon un incidente de nulidad a la sentencia de 9 de mayo de 2013 del TS. Pero con fecha 19 de noviembre, el Pleno de la Sala 1ª del alto Tribunal desestimó este incidente, confirmando los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013.¹⁸

A tenor de lo expuesto, según la sentencia dictada del Tribunal Supremo, en la que se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula suelo, establece que el efecto de dicha nulidad deberá de ser la retroactividad, pero imponiendo un límite a éste en cuanto a que los clientes afectados solo podrán recuperar parte de sus prestaciones realizadas a partir de mayo de 2013, y no desde la firma del préstamo hipotecario. Los clientes pierden así las cantidades que han pagado de más en los años anteriores, mientras que las entidades financieras se han ido aprovechando, cobrando de más al no respetar la posible bajada del Euribor. La sentencia del Tribunal Supremo es la más relevante en el terreno de las cláusulas suelo porque ha creado una jurisprudencia que afecta a los fallos del resto de tribunales.

Llegados a este punto se ha llegado a cuestionar ante el TJUE si la limitación que impone el Tribunal Supremo en su sentencia del 9 de mayo de 2013, en cuanto a que los

¹⁸ El autor *GONZÁLEZ CARRASCO*, M. C discrepa sobre la decisión judicial en este punto. «Requisitos de validez de la cláusula suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo de 2013», *CESCO*, núm. 6, 2013, pág. 122.

efectos de la nulidad de una cláusula suelo se producirán a partir de dicha fecha y no antes puede llegar a ser compatible respecto a lo que establece la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas, en concreto lo que recogen los artículos 6 y 7 de dicha directiva.

Sobre la retroactividad de las cláusulas declaradas nulas, se han pronunciado varias Audiencias provinciales a partir de la STS del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, entre ellas:

La sentencia de 9 de Julio 2013, núm. 291/2013, de Álava, al pronunciarse en su fundamento jurídico octavo sobre la devolución de la cantidad:

“No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CC, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula - por abusiva y falta de transparencia-, la cláusula suelo”

La resolución de la Audiencia Provincial de Albacete, núm. 81/2014, de 28 de Abril de 2014, es contundente en cuanto a esta cuestión:

“No acordar la devolución de cantidades, además de quebrantar el art. 1303 CC, supondría beneficiar a quien introdujo la cláusula declarada nula. Las entidades financieras con la publicación de la sentencia del TS de 9/5/13 han conocido los parámetros que el Alto Tribunal ha señalado para la validez de las cláusulas suelo, ciertamente tan rigurosos que aquellas debieron entender la suerte que correrían la mayoría de las cláusulas insertas en sus contratos, y pese a ello, no las anularon por

impulso propio. De esta manera han obligado a los consumidores a asumir unos gastos para litigar y si no se respeta el art. 1303 CC el banco seguirá obteniendo indebidamente un interés en base a una cláusula nula y cuanto más tiempo corra (por ejemplo con todo tipo de peticiones o incidentes procesales) mejor para la entidad financiera. Es decir, la devolución ab initio se impone también por elementales razones de justicia. Además, debe presumirse que la entidad bancaria, incluso sin la cláusula suelo, siempre va a ganar o no va a perder, pues por encima del euríbor cobrará el diferencial, que es la ganancia del banco cuando ambas variables están por encima de la cláusula suelo.”

A su vez el informe de la Comisión Europea, fechado el 13 de julio de 2015, también se muestra contrario a la sentencia del Tribunal Supremo incidiendo en que “*no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de cantidades que ha pagado el consumidor en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia*”.

Lo mismo opina Edmundo Rodríguez Achútegui¹⁹, al considerar que la solución que dispone el Tribunal Supremo genera una importante insatisfacción, porque no es fácil comprender cómo una cláusula nula produce efectos hasta una fecha. Se entiende cuando se trata de una acción de cesación del art. 12 LCGC, que por su naturaleza, sólo acarrea ineficacia ex nunc, desde la sentencia que la estima. Pero si se ejercita una acción individual, la previsión del art. 1303 CC es contundente, al disponer que cualquier consecuencia derivada de la nulidad se deje sin efecto, restituyéndose las partes recíprocamente las prestaciones efectuadas.

¹⁹ Magistrado de la Audiencia Provincial de Álava, Sala de lo Civil, en un post sobre las cuestiones prejudiciales sobre cláusulas suelo en enero de 2016.

Por tanto es importante y ha de tenerse en consideración el hecho de que los efectos de la acción colectiva de cesación se proyectan hacia el futuro, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita una acción individual de declaración de nulidad. Es cierto que el Alto Tribunal en su Sentencia no justifica su decisión distinguiendo entre acción colectiva de cesación de nulidad y acción individual de declaración de nulidad, y así se ha apuntado por parte de la doctrina²⁰. Sin embargo, las consecuencias no pueden ser las mismas según se ejercite una u otra acción, dado que cuando se trate del ejercicio de una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva, habría que preguntarse si el riesgo de trastorno grave, con trascendencia al orden público económico, ha de valorarse atendiendo a la repercusión económica de la concreta acción individual ejercitada por el consumidor o tomando en consideración los efectos económicos que tendría el posible y potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores afectados.

Por otro lado están las resoluciones de las Audiencias Provinciales que prevén la limitación del efecto retroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo a partir de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, entre ellas:

La sentencia del 8 de marzo de 2016, núm. 570/2015 de Santa Cruz de Tenerife, se manifiesta sobre la retroactividad en su fundamento jurídico quinto:

“La sentencia recurrida estimó sustancialmente la demanda, siendo así que se condenó a la demandada a devolver a la parte actora las cantidades cobradas en virtud

²⁰ ALICIA AGÜERO ORTIZ, « Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos», CESCO, septiembre de 2013, pág 4.

de la aplicación de la cláusula suelo, pero no a la totalidad de las cantidades cobradas, que fue lo solicitado en la demanda, sino que restringió los efectos retroactivos de la declaración de nulidad a la fecha de la STS de 9 de mayo de 2.013 .”

La reciente sentencia del 7 de junio de 2016, núm 21/2015, Palmas de Gran Canaria, se pronuncia sobre la retroactividad en su fundamento jurídico cuarto:

“procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”. “Dicha consecuencia anulatoria ha sido ratificada por el Pleno en Sentencia de 25-3-2015 en la que se fija como doctrina: Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 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 ”

Asimismo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia adopta el criterio de la limitación de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad basándose, como se ha dicho, en que la retroactividad desde la firma del préstamo hipotecario, generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, pero siendo así, deberá de analizarse cada caso en concreto con sus específicas circunstancias y datos concretos concurrentes.

De ahí que de momento la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado un Auto de fecha 12 de abril de 2016 (La ley 23102/2016), que suspende la tramitación de

un recurso de una entidad bancaria en materia de cláusula suelo de una hipoteca hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie en el asunto C-154/15, cuestión planteada por un juzgado de Granada sobre los efectos de la declaración de nulidad de dichas cláusulas, en concreto sobre el alcance de la retroactividad de dicha nulidad.

De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la limitación de la retroactividad, también tenemos el reciente dictamen del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sr. Paolo Mengozzi, de fecha 13 de julio de 2016, en la que se alinea con la posición mantenida por la entidad bancaria:

El Abogado, en el punto 72 y ss. de su dictamen, afirmó que:

“72. Queda por examinar la situación anterior al 9 de mayo de 2013. Las cláusulas suelo no dejan de considerarse abusivas y nulas, si bien esa nulidad sólo surtirá sus plenos efectos a partir de la fecha de la sentencia del órgano jurisdiccional supremo que la declara.

“73. Siempre que sea absolutamente excepcional, tal proceder parece también admisible a la luz del principio de efectividad. El Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. Sobre todo, no se hace evidente que, para restablecer el equilibrio entre el consumidor y el profesional, resultara necesario, o incluso posible, en cada caso, devolver todas las cantidades abonadas en virtud de una cláusula «suelo». “

“74. En relación con la necesaria toma en consideración de los principios del ordenamiento jurídico nacional que determinó la decisión de limitar los efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Supremo, la seguridad jurídica que éste invoca —debo recordar, más en atención a la multitud de situaciones jurídicas potencialmente

afectadas que en atención al carácter innovador de su decisión— constituye una preocupación que comparte el ordenamiento jurídico de la Unión.”

“75. Por tanto, en estas circunstancias no considero que la decisión del Tribunal Supremo de limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas redunde en perjuicio ni de la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 93/13, ni de los objetivos perseguidos por ésta.”

Para ponerle fin a este conflicto, definitivamente habrá que esperar al pronunciamiento del TJUE que se prevé para finales de este año.

2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹ interpreta la legislación de la UE para garantizar que se aplique de la misma manera en todos los países miembros y resuelve los litigios entre los gobiernos nacionales y las instituciones europeas.

En determinadas circunstancias, también pueden acudir al Tribunal los particulares, empresas y organizaciones que crean vulnerados sus derechos por una institución de la UE. El Tribunal resuelve los asuntos que se le plantean.

Los más comunes son:

²¹ http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm

- Interpretar la legislación (decisiones prejudiciales): los tribunales nacionales deben garantizar que la legislación europea se aplique correctamente, pero a veces los tribunales de distintos países interpretan las normas de distintas maneras. Si un tribunal nacional tiene dudas sobre la interpretación o validez de una norma europea, puede pedir una clarificación al Tribunal de Justicia europeo. El mismo mecanismo puede utilizarse para determinar si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea.

- Aplicar la legislación: este tipo de acción se emprende contra una administración nacional por incumplir la legislación europea. Puede entablarla tanto la Comisión Europea como otro país miembro. Si se comprueba que un país ha incumplido las normas, tendrá que poner remedio o afrontar nuevas acciones y una posible multa.

- Anular normas europeas (recursos de anulación): si se considera que una norma europea vulnera los tratados de la UE o los derechos fundamentales, los gobiernos de los países miembros, el Consejo de la UE o (en algunos casos) el Parlamento Europeo pueden solicitar al Tribunal que la anule.

- También los particulares pueden solicitar al Tribunal que anule una norma europea que les afecte directamente.

- Garantizar que la UE actúe (recursos por omisión): en determinadas circunstancias, el Parlamento, el Consejo y la Comisión deben tomar decisiones. Si no lo hacen, los gobiernos nacionales, otras instituciones

europas o (en determinadas circunstancias) los particulares o empresas pueden recurrir al Tribunal.

- Sancionar a las instituciones europeas (acciones por daños y perjuicios): puede recurrir al Tribunal cualquier persona o empresa que se considere perjudicada en sus intereses por acción u omisión de la UE o de su personal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

El Informe de la Comisión Europea de 13 de Julio de 2015²², solicitado por el T.J.U.E. de Luxemburgo en relación a la a la cuestión prejudicial planteada por Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada sobre si es contraria a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, el límite temporal al efecto de la nulidad de las cláusulas suelo ordenado por nuestro Tribunal Supremo ha dictado lo siguiente:

²² En su informe, fechado el 13 de julio de 2015, la Comisión se muestra contraria a la sentencia del TS que considera nulas las cláusulas suelo, pero no permite la retroactividad, es decir, la obligación de que los bancos devuelvan a los usuarios todas las cantidades cobradas de más por esta cláusula abusiva. Este informe contiene las alegaciones presentadas ante el TJUE sobre la retroactividad de la devolución de las cantidades cobradas de más por los bancos en aplicación de las cláusulas suelo tras la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, presentada en abril de 2015.- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/10610-la-comision-europea-cuestiona-la-doctrina-del-ts-sobre-el-alcance-de-la-nulidad-de-las-clausulas-suelo/>

1. *"La interpretación de no vinculación que realiza la Directiva 99/33/CEE es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de estas cláusulas extiende sus efectos hasta el momento de declaración de nulidad"*
2. *El cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula por abusiva no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad, salvo que sea necesaria para preservar el principio de cosa juzgada.*
3. *No es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia."*

En cuanto a la acción resuelta por sentencia del TS de 9 de Mayo de 2013 se ejercitaba acción de cesación sin acumular reclamación de cantidad con legitimación restringida, imprescriptible y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC.

Cuando hablamos de efecto retroactivo nos referimos al efecto que va más allá de la publicación de la sentencia de pleno del TS de 9 de mayo de 2013, que es el marco temporal a partir del cual da efecto la sentencia de 25 de Marzo de 2015, al menos hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, resuelva la petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Dentro del proceso para la resolución de la decisión por parte del TJUE de Luxemburgo, el Tribunal solicita un informe preceptivo de la Comisión Europea (como órgano emisor de la legislación europea de consumidores), el cual informó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de que el

efecto de la nulidad de clausula suelo no puede ser sino total, de acuerdo al derecho europeo, que remate con la siguiente frase:

“Si se les permitiera a los jueces nacionales moderar a su discreción las cantidades a devolver (...) se estaría vaciando de contenido (...) la directiva y eliminando el efecto disuasorio de dicho precepto para los comerciantes”.

Por cuanto es de aplicación el Derecho Europeo en la protección de consumidores, dado que las leyes españolas son mera trasposición de dicha regulación. En concreto, los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DO L 95. 21.4.93, p. 29) y la jurisprudencia del TJE de Luxemburgo.

VI.- Conclusiones:

Primero.- Es evidente que con la crisis económica, y con la bajada del Euribor, se iba a destapar la existencia de la limitación que suponía la cláusula suelo. A raíz de ahí comenzaron numerosos pleitos contra las entidades, al amparo de la legislación de consumidores y dando lugar a numerosas sentencias favorables, declarando su nulidad, sobre todo a partir de la tan citada del pleno T.S. de 9 de mayo de 2013.

Segundo.- La controversia jurídica actual, creada por la sentencia del TS, radica en el alcance de la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, bien desde su inserción

en el contrato o desde la sentencia del TS de 9 mayo de 2013. En resumidas cuentas, el Tribunal Supremo decidió no aplicar la norma general de la por el altísimo número de préstamos que podían verse afectados y el daño que, presuntamente irreparable, provocaría a las entidades financieras. Sin embargo el argumento de la buena fe de la banca al poner en su día esas cláusulas nunca fue utilizado anteriormente por el Supremo al otorgar efecto retroactivo a las miles de nulidades de otros pleitos sobre productos de inversión financieros (swaps, bonos convertibles, derivados, fondos, etc). En cuanto entiendo que si los ciudadanos afectados recuperaran el dinero indebidamente pagado no sería igual de bueno para el buen orden socioeconómico.

Tercero.- La única diferencia que veo entre la nulidad de las cláusulas suelo y las nulidades de otros productos de inversión, es el volumen de dinero afectado. El Supremo prefirió que ese dinero quedara en manos de las entidades financieras, a que se devolviera a millones de personas el dinero que se les cobró de más, que para muchas familias hubiera significado la diferencia entre quedarse en su vivienda o tener que perderla por impago a causa de circunstancias sobrevenidas, casi siempre la pérdida del sueldo laboral a consecuencia de la crisis.

Cuarto.- En consecuencia habrá que esperar a que el TJUE declare definitivamente a finales de año sobre los asuntos prejudiciales acumulados en relación a la retroactividad de las cláusulas suelo en España.

VII.- Bibliografía citada:

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, «*El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo*», *Cláusula suelo: ¿se puede negociar con el banco?*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

LÓPEZ VOZMEDIANO, Marta Amelia, «*Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*», Fe d'erratas, Madrid, 2014.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «*Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*», Aranzadi, Pamplona, 2004.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «*Cláusulas Abusivas en la Contratación*», Aranzadi, Pamplona, 2002.

LLODRÁ GRIMALT, Francisca, «*El contrato celebrado bajo condiciones generales*», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «*Las nulidades de los contratos*», Dykinson, Madrid, 2005.

PARDO GATO, José Ricardo, «*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*», Dijusa, Madrid, 2004.

NIETO CAROL, Ubaldo, «*Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*», Lex Nova, Valladolid, 2000.

ORDUÑA MORENO, Javier, SÁNCHEZ MARTÍN, CARLOS, GUILLÉN CATALÁN, Raquel, «Control de transparencia y contratación bancaria», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto, «Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas », Bosch, Barcelona, 2008.

AGÜERO ORTIZ, Alicia, «Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos», Cesco, 2013.

PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José, «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo », I foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil, Barcelona, 2008.