

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018
Convocatoria: Marzo

LAS CLÁUSULAS SUELO: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL
**‘FLOOR CLAUSES’ IN BANK MORTGAGES: A RESEARCH FROM A GLOBAL
PERSPECTIVE**

Realizado por el alumno D. Carlos Ignacio González González

Tutorizado por la Profesora D^a Estefanía Hernández Torres

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

Currently, the use of 'floor clause' in consumer mortgage loan contracts continues to generate argument.

The aim of this research would be to research the mortgage floor rate from a doctrinal and jurisprudential perspective, as well as the rules that regulate them.

KEY WORDS: 'floor clause', consumer, banking institution, bank loan.

RESUMEN

Aún en la actualidad, la utilización de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores sigue generando debate.

El objetivo de este trabajo será analizar las mismas desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial así como de las normas que las regulan.

PALABRAS CLAVE: cláusula suelo, consumidor, entidad bancaria, préstamo hipotecario.

1. Introducción	4
2. Cláusulas abusivas: notas esenciales.....	5
2.1.- Concepto de cláusulas abusivas y fundamento de la protección del consumidor.....	5
2.2.- La negociación no individualizada.....	6
2.3.- Clasificación de las cláusulas abusivas.....	8
3. La cláusula suelo.....	11
3.1.- Concepto.....	11
3.2.- Calificación jurídica.....	12
4. Evolución doctrinal y jurisprudencial en relación con las cláusulas suelo.....	17
5. Cuestiones relevantes en la materia.....	32
5.1.- RD-Ley 1/2017 (Reclamación extrajudicial). Breve mención a los juzgados especializados en cláusulas suelo.....	32
5.2.- Las costas procesales.....	40
5.3.- Los acuerdos para la eliminación de la cláusula suelo: novación y transacción.....	43
5.4.- La defensa del pequeño empresario.....	48
6. Conclusiones.....	51
7. Jurisprudencia consultada.....	52
8. Bibliografía.....	53

1.- Introducción.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el análisis jurídico de las cláusulas suelo, un instrumento que ha venido siendo utilizado en los contratos de préstamo hipotecario por las entidades bancarias durante los últimos años en vista de la coyuntura económica en la que se encuentra España, y el cual no ha estado exento de polémica debido a cómo ha afectado a los derechos de los consumidores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la cual será analizada en uno de los epígrafes de este trabajo, supuso el inicio de una auténtica marea jurisprudencial, tanto por parte de los tribunales españoles como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para tratar de defender los derechos de los consumidores perjudicados así como de solucionar todos los aspectos problemáticos relativos a las mismas. No obstante, a pesar de la abundante cantidad de sentencias dictadas sobre la materia aún quedan aspectos sometidos a debate y en los que la doctrina no acaba de llegar a una solución unitaria sobre los mismos, por lo que uno de los objetivos de este trabajo será analizar la jurisprudencia así como artículos doctrinales para exponer estos posicionamientos y los argumentos en los que se basan.

De la misma forma serán examinadas en profundidad otras cuestiones en relación a las cláusulas suelo, como son la labor legislativa del Gobierno que dio como resultando el tan criticado el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, las costas procesales, los intentos de los bancos por eliminar las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario a través de los acuerdos de novación y transacción, así como la protección de los pequeños empresarios frente a las entidades bancarias.

Para iniciar este trabajo resulta conveniente hablar en primer lugar del régimen de las cláusulas abusivas para una mejor comprensión del mismo.

2.- Cláusulas abusivas: notas esenciales

Antes de entrar a analizar en profundidad la materia sobre la cual versa este trabajo, las cláusulas suelo, sus características y los aspectos que las rodean, resulta necesario afianzar una serie de conceptos en relación con las cláusulas abusivas para una mejor comprensión de dichas cuestiones.

2.1.- Concepto de cláusulas abusivas y fundamento de la protección del consumidor.

Con respecto al concepto podemos atender a la definición dada por REGLERO CAMPOS¹, el cual entiende que son cláusulas abusivas *“aquellas estipulaciones que no habiéndose negociado individualmente causan, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato”*.

A su vez las mismas se encuentran definidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007² en su artículo 82, en el cual se establece que se consideraran cláusulas abusivas *“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

Por otra parte, en la Directiva 93/13/CEE³, se establece en su artículo 3.1 que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*. A su vez en el apartado siguiente del mismo artículo se establece

¹ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 8..

² Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>), en adelante “TRLGDCU”.

³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>), en adelante “Directiva 93/13/CEE”.

que “*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 lo que respecta al fundamento de la protección del consumidor, siguiendo a BLASCO GASCÓ⁴, lo podemos encontrar en la STJUE de 14 de abril de 2016⁵, siendo el mismo que los consumidores se encuentran en una situación de inferioridad respecto al empresario (o parte profesional de la relación contractual) en cuanto a capacidad de negociación y a nivel de información, por lo que para poder garantizar esta protección “*la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato*”⁶.

2.2.- La negociación no individualizada

En el marco de la contratación con los consumidores la negociación resulta un elemento crucial, ya que de la misma derivan las condiciones que regirán la relación entre las partes. Por ello conviene destacar, atendiendo nuevamente a BLASCO GASCÓ⁷, la importancia de la negociación individual de las cláusulas, que excluye el carácter abusivo de las mismas.

En los casos en los cuales el empresario alegue que una cláusula ha sido negociada individualmente con el consumidor, deberá ser el mismo quien asuma la carga de la prueba atendiendo a lo establecido en el artículo 82.2 del TRLGDCU. A su vez en el mismo apartado se establece que “*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato*”.

⁴ BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Instituciones de Derecho Civil: Doctrina General de los Contratos*, Manuales de Derecho Civil y Mercantil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 62 y ss.

⁵ Caso Francisco Gutiérrez Naranjo y otros contra Cajasur Banco, S.A.U y otros. STJUE de 14 de abril de 2016 (Aranzadi: TJCE 2016\138).

⁶ FJ 23 de la STJUE de 14 de abril de 2016 (Aranzadi: TJCE 2016\138).

⁷ BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Instituciones de Derecho Civil: Doctrina General de los Contratos... ob.cit*, pp. 62 y ss.

También hay que atender a la STJUE de 21 de febrero de 2013⁸, la cual ha señalado que *“el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula”*. Respecto al consentimiento prestado por el consumidor a sabiendas del carácter abusivo de una cláusula, este volverá a ser tratado posteriormente.

En relación con esta materia, y para cerrar este apartado, resultan interesantes las reflexiones que CARRASCO⁹ realiza en relación a la existencia de negociación infructuosa y *“tensión negociadora”*. Con respecto a la negociación infructuosa, señala el autor que *“no es imposible (aunque improbable) que haya existido una negociación o posibilidad de negociación seria entre las partes del contrato, pero al final el adherente no haya podido doblegar la formulación propuesta inicialmente por el predisponente. Es decir, puede haber existido negociación, pero que haya sido infructuosa para el adherente porque el contenido de la cláusula no haya sido finalmente modificado. Si todavía calificáramos a esta como una cláusula individualmente no negociada, resultaría que toda cláusula contractual a la que se llega al final de una negociación, o sin ella, pero que en cualquier caso el adherente no haya podido modificar a pesar de haber dispuesto de una posibilidad (no simplemente teórica) de hacerlo, sería una cláusula no negociada y por tanto susceptible de control de contenido”*.

En relación a la tensión negociadora, para CARRASCO, lo decisivo es si al final del proceso negociador se ha modificado la cláusula o no. Además, señala que *“es un puro juicio especulativo el de averiguar hasta donde había, sí había, una oportunidad real de negociar”*. También cabe destacar que cuando el adherente llega al final del proceso negociador y este ha sido infructuoso puede deducir que bien desde el inicio no

⁸ Caso Banif Plus Bank Zrt contra Csaba CsipaiViktória Csipai. STJUE de 21 de febrero de 2013 (Aranzadi: TJCE 2013\46).

⁹ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 761 y ss.

existía posibilidad de negociar, bien que “no ha ofrecido al oferente impasible unas compensaciones adecuadas”.

2.3.- Clasificación de las cláusulas abusivas

Una vez analizados concepto, fundamento y la negociación no individualizada como elemento de las cláusulas abusivas abordaremos la clasificación de las mismas. La regla general establece que el contenido de las cláusulas deberá atender a los principios de “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas” (art. 80.1 del TRLGDCU), pese a ello en la realidad no siempre es así. Atendiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹⁰ la clasificación sobre el control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores se articula legalmente en dos niveles:

- a) En primer lugar, encontramos el art 82.1 del TRLGDCU en el cual se establece que “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”¹¹.
- b) Por otra parte, deben considerarse abusivas en todo caso las cláusulas de los artículos 85 a 90 del TRLGDCU a tenor de lo establecido en el 82.4 del mismo.

Con respecto a este segundo nivel, podemos dividir las cláusulas contenidas en el mismo de la siguiente manera atendiendo a la clasificación del propio art 82.4 del TRLGDCU y a la explicación dada por DOMENECH¹² sobre la misma:

- a) “Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario”. Atendiendo a este autor, el mismo señala que el poder unilateral de una de las partes contratantes

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Curso de Derecho Civil II, Volumen I, Editorial Edisofer S.L Libros Jurídicos, Madrid, 2016, pp.418 y ss.

¹¹ El inciso “y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente” se introdujo con la finalidad de impedir que dichas prácticas pasaran a formar parte del contrato al amparo de lo establecido en el art 1258 del Código Civil como medio de integración del contenido contractual.

¹² ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Editorial Wolters Kluwer S.A, Barcelona, 2017, pp.33-35.

resulta prohibido a tenor en el ámbito de la contratación por el art 1256 del Código Civil¹³ “*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”. Por desgracia, la realidad en la contratación de los bancos con los consumidores es otra al abundar la utilización de cláusulas predispuestas (e impuestas) que dan un amplio poder unidireccional al empresario.

- b) “*Las que limiten los derechos del consumidor y usuario*”. Estos se encuentran contenidos en el art 8 del TRLGDCU, destacando especialmente la protección frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. Este tipo de cláusulas vulneran los derechos de los consumidores porque por una parte constituyen una práctica desleal en relación al equilibrio entre derechos y obligaciones de los consumidores, y por otra son abusivas por no poder intervenir el consumidor en su redacción e inclusión.
- c) “*Las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato*”. Un claro ejemplo serían las cláusulas suelo¹⁴.
- d) “*Las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba*”¹⁵. A tenor del autor, es por ello, y a efectos de evitar la denominada “*prueba diabólica*”, que la carga de la prueba se impone al empresario que pretenda discutir la abusividad de una cláusula que el consumidor alegue que no se ha negociado individualmente.

¹³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en adelante “CC”.

¹⁴ Atendiendo, entre otras, a la SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 2016 (Aranzadi: JUR 2017\23312), la cual expresa lo siguiente “*(...) ha de concluirse en que la cláusula suelo no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, al no determinarse un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 3,50% supone una falta de reciprocidad entre las partes, en la medida que a la prestación a cargo del consumidor, que será pagar el tipo fijo como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquel como además acababa de ocurrir y se reconoce en el escrito de recurso, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, por lo que tal desequilibrio jurídico y económico convierte la cláusula en abusiva y debe declararse su nulidad*”.

¹⁵ Atendiendo, entre otros, al Auto de la AP de Toledo, Sección 1.ª de 17 de noviembre de 2016 (Aranzadi: JUR 2017\30411), el cual expresa lo siguiente “*No corresponde pues al consumidor acreditar que carece de los conocimientos necesarios para el correcto conocimiento de las cláusulas que denuncia por incomprensibles u oscuras, ni que la entidad de crédito no le facilitó la información precisa al efecto, sino que es a esta a quien corresponde demostrar que en todo momento se condujo con la diligencia debida en cuanto a su deber de información, facilitando al consumidor cuantos datos eran precisos para comprender las consecuencias económicas de aquello que estaba contratando*”.

- e) “Las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato”¹⁶.
- f) “Las que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”¹⁷, un ejemplo de esto serían las cláusulas que someten al consumidor a arbitrajes distintos del de consumo.

Por último, resulta interesante hablar también de la división realizada por CARRASCO¹⁸:

- a) Cláusulas negras: definidas por el autor como “cláusulas contractuales cuya nulidad resulta sin más de la sola contrastación literal de su tenor con la regla aplicable. En tales casos, no resulta posible ni necesaria ninguna ponderación adicional de intereses, ni es legítimo realizar una labor de contextualización de la cláusula en el resto del contrato, ni considerar las circunstancias concurrentes a la celebración de aquél ni la naturaleza de los bienes o servicios. El juzgador no está sujeto a concretar conceptos jurídicos indeterminados, y la norma que fundamenta el juicio de nulidad no es una norma de competencia que habilite al juez para realizar una labor creativa de una su regla acomodada al caso concreto”. Estas serían las cláusulas contenidas en los artículos 85 (apartados 4.I, 5, 7, 8, 9 y 11), 86 (apartados 1.II, 2, 4, 5 y 6), 87 (apartados 1 a 5), 88 (apartados 2 y 3), 89 (apartados 1, 3, 4, 5, 6 y 8) y 90.1 del TRLGDCU.
- b) Cláusulas grises: son aquellas que el autor entiende que “requieren de una concreción ulterior por el juzgador, en virtud de una consideración contextual de la cláusula y de una valoración sobre la base de principios”. Estas serían las cláusulas contenidas en los artículos 85 (apartados 1, 2, 3, 4.II, 4.III, 6 y 10), 86 (apartados 1.I y 3) y 88.1 del TRLGDCU.

¹⁶ Para ilustrar esta explicación DOMENECH hace referencia al Auto de la AP de Barcelona, Sección 16.ª, de 27 de diciembre de 2016 (Aranzadi: JUR 2017\55708) en el cual se habla sobre cláusulas de vencimiento anticipado.

¹⁷ Como, entre otros, en el caso establecido en la STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2017 (Aranzadi: RJ\2017\5509).

¹⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos...ob.cit.*, pp. 763 y ss.

- c) Subcláusulas generales: siendo estas “*mandatos legales de grado intermedio entre la cláusula general del art. 82.1 TRLGDCU y las específicas listas de cláusulas negras y de cláusulas grises. Se trata de cláusulas de clasificación de estas subcláusulas negras o grises. Aquí el legislador opera mediante una clasificación por afinidad de las sucesivas cláusulas prohibidas*”. Estas serían las cláusulas contenidas en los artículos 82.4 y 87.6 del TRLGDCU.
- d) Cláusulas abusivas por infracción de la norma imperativa: estas serían las cláusulas contenidas en los artículos 86.7, 89.7 y 90 del TRLGDCU.
- e) La cláusula general de abusividad contenida en el art 82.1 del TRLGDCU.

3.- La cláusula suelo.

Una vez expuesto previamente el régimen de las cláusulas abusivas podemos pasar a analizar del objeto principal de este trabajo. En este epígrafe se tratarán dos cuestiones, concretamente: concepto y calificación jurídica de las cláusulas suelo.

3.1.- Concepto

Atendiendo a FUERTES LÓPEZ¹⁹, las cláusulas suelo pueden definirse como “*estipulaciones que, incorporadas a los contratos de préstamo (hipotecarios) en los que se ha establecido un interés variable impiden que el tipo de interés efectivo sea inferior a un determinado porcentaje o aquellas que establecían un umbral mínimo por debajo del cual no podía situarse el tipo de interés variable o, en términos del Diccionario de español jurídico «en el contrato de préstamo hipotecario a interés variable, condicional contractual que impide que el interés a aplicar a la cuota del préstamo baje de cierto nivel aunque si lo haga el tipo de interés que sirve de referencia»*”.

En este caso nos centraremos únicamente en los contratos de préstamo hipotecario, los cuales pueden definirse, siguiendo la explicación realizada por

¹⁹ FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “Impugnación y reclamación previa de «cláusulas suelo»: sobre su validez y tutela judicial efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, número 3, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 2.

GÓMARA HERNÁNDEZ²⁰, como aquellos en los que “*una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad*”. Este préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés. Va a ser este segundo supuesto el que se desarrollará aquí, y concretamente con un interés variable (siendo este generalmente entre un 3 o 4%²¹) ya que ha sido el utilizado en la mayoría de los mismos²².

Atendiendo a la paradigmática STS de 9 de mayo de 2013²³, el interés a pagar “*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***”.

Aquí entraría en juego la cláusula suelo, actuando como un límite a la baja que operaría como tope mínimo de los intereses a pagar por el prestatario, impidiendo que, cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descenden por debajo del tope mínimo fijado, la bajada se traslade al mismo.

3.2.- Calificación jurídica

En primer lugar, habría que determinar si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato o no, y si cumplen con una función esencial en el mismo.

En la STS de 9 de mayo de 2013 se establece que la Directiva 93/13/CEE no define qué debe entenderse por cláusulas “*que describan el objeto principal*” del

²⁰ GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis, *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales extrajudiciales*, Colección Claves Prácticas, Editorial Lefebvre, Madrid, 2017, pp. 72.

²¹ Atendiendo a los datos del INE <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=24457&L=0>

²² “Según los últimos datos del INE, del mes de octubre, el 63% de las hipotecas se constituyó a tipo variable –con un interés medio inicial del 2,48%– y el 37% a tipo fijo” según lo publicado en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/19/midiner/1516371274_242010.html.

²³ STS de 9 de mayo de 2013 (Aranzadi: RJ\2013\3088).

contrato o referidas "*a la definición del objeto principal*", ante lo cual la doctrina se halla dividida en los siguientes posicionamientos que refleja la sentencia:

a) Un primer sector doctrinal distingue entre dos tipos de cláusulas: las principales que serían aquellas que definen el objeto principal, y las accesorias que no definen el mismo. Esta tesis defiende que "*la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés*" (o la cláusula suelo) no regula el precio pactado, ya que se aplica únicamente en el supuesto de "*que se produjese la situación prevista como eventual*".

b) Otro sector entiende 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*". Es decir, todo aquello que se refiera al precio en un contrato oneroso, sea cual sea su relevancia o probabilidad de aplicación en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad del art 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (respecto al control de abusividad nos referiremos en profundidad sobre este aspecto en el epígrafe siguiente).

c) El tercer sector entiende que para decidir si la cláusula define el objeto principal debe atenderse a dos circunstancias: la importancia que la misma tiene para el consumidor y a su incidencia en la decisión de comportamiento económico. Según esta postura "*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*".

Por otro lado, en el IC 2000²⁴ se establece que "*las cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva*".

²⁴ Informe (IC 2000) de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52000AE1424>).

Atendiendo a lo establecido en el IC 2000 y a la literalidad de lo dicho en la Directiva 93/13/CEE, el Alto Tribunal dictaminó que las cláusulas suelo “*forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario*” y por tanto, se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial. Una vez aclarada esta cuestión hay que delimitar si las cláusulas suelo tienen el carácter de condición general de la contratación o no.

Las condiciones generales de la contratación se encuentran definidas en el art 1 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación²⁵. En dicho artículo se establece que “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”.

De esta definición legal se han extraído diversas notas características que debe reunir una cláusula para considerarse condición general de la contratación, estando estas expuestas en la STS de 9 de mayo de 2013 y siendo las siguientes:

“*a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión*”. Es decir, no vienen impuestas por normas imperativas de derecho positivo.

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

²⁵ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>), en adelante “LCGC”.

“c) *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula*”. Es decir, que dicha cláusula haya sido incorporada al contrato mediante la decisión impuesta de una de las partes y sin negociación individual con la otra, lo cual no excluye que esta tenga que prestar su consentimiento.

“d) *Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse*”. Además, atendiendo a CARRASCO²⁶, no es preciso que estas cláusulas hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas en todos los contratos que vayan a celebrarse con el predisponente del que se trate.

A su vez “(...) *para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:*

a) *La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias.*

b) *Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores"*”.

²⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos...ob.cit*, pp.748.

Resulta también necesario señalar, atendiendo de nuevo a CARRASCO²⁷, que aunque una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente, y no se trate de condiciones generales, la LCGC podrá aplicarse al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión como se expresa en el artículo 1.2 de la LCGC. La formulación final de dicho artículo 1.2 de la LCGC, establece que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*, del cual cabe realizar dos interpretaciones:

-Que resulta preciso para poder aplicar la LCGC a cualquiera de las cláusulas del contrato que globalmente pueda ser considerado como un contrato de adhesión, aunque en él hubiese cláusulas negociadas.

-Que toda cláusula no negociada está sujeta a la LCGC aunque el contrato en su conjunto no pueda ser valorado globalmente como un contrato de adhesión. CARRASCO²⁸ señala que esta segunda interpretación es la preferible pese a que en la práctica será inusual encontrar un contrato que tenga cláusulas no negociadas y a la vez no sea un contrato de adhesión. Estoy de acuerdo con este posicionamiento ya que permite una mayor protección de los consumidores, ya que carecería de sentido que pese a cumplirse las notas de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad que caracterizan a las condiciones generales de contratación no pudiese aplicárseles la LCGC por no permitir el conjunto de cláusulas del contrato darle al mismo la consideración de contrato de adhesión.

El TS en la sentencia antes citada y con respecto a la consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación realizó los siguientes pronunciamientos:

²⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos...ob.cit*, pp.749.

²⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos...ob.cit*, pp.750.

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato del que forman parte (lo cual pasaremos a analizar a continuación) no es un obstáculo para que las cláusulas sean calificadas como condiciones generales de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en dicho contrato.

b) El conocimiento de una cláusula es por una parte un requisito previo al consentimiento, y por otro es un elemento necesario para su incorporación al contrato. En caso contrario, no obligaría a ninguna de las partes.

c) El hecho de que una cláusula tenga naturaleza de condición general de la contratación no exime al empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

Por tanto, las cláusulas suelen tener la consideración de condiciones generales de la contratación. Esto es relevante a la hora de realizar un control de su contenido, lo cual será analizado en el epígrafe siguiente.

4.- Evolución doctrinal y jurisprudencial en relación con las cláusulas suelo.

A lo largo de este epígrafe se analizará como la problemática de las cláusulas suelo ha sido tratada por los tribunales españoles y europeos hasta la actualidad, destacando los pronunciamientos más relevantes sobre la materia así como los aspectos importantes que hayan sido objeto de valoración.

El primer pronunciamiento destacable es la antes citada STS de 9 de mayo de 2013. Atendiendo a MARTÍNEZ ESCRIBANO²⁹, esta sentencia abordó la ilicitud de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, culminando el iter procesal iniciado con la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de

²⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2014, número 133, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 1.

septiembre de 2010 (sentencia 246/2010)³⁰ y continuado posteriormente por Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de octubre de 2011³¹. Señala la autora que *“la primera de estas sentencias declaró la nulidad de las cláusulas suelo porque atendiendo a los términos en que se habían insertado en el contrato, producían un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. A esta conclusión se llegó a partir de un control de contenido realizado sobre la base de que las cláusulas suelo son elementos accesorios y no el objeto principal del contrato. La sentencia de apelación, desmarcándose de la anterior, mantuvo que no era posible un control de contenido de cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y, al cumplir con las formalidades legales y las establecidas en la OM de 5 de mayo de 1994, declaró su licitud”*.

Hecha esta introducción, y entrando a analizar el propio contenido de la sentencia, deben observarse varios aspectos:

a) ¿Son lícitas las cláusulas suelo?

Señala la STS de 9 de mayo de 2013, en sus FJ decimoquinto (apartados 255 y siguientes) que las cláusulas abusivas son lícitas siempre que:

-“Su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo...””.

-“No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite””.

³⁰ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla 246/2010 de 30 de septiembre (Aranzadi: AC\2010\1550).

³¹ SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de octubre de 2011 (Aranzadi: AC 2011\1569).

-“(…) son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo”.

Por tanto, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO³² la utilización de este tipo de cláusulas no puede traducirse de forma automática en su nulidad (es decir no son nulas *per se*) ya que la validez genérica de las mismas queda amparada por un lado por la autonomía de la voluntad de las partes y además por la normativa sectorial³³ que admite su existencia. Dicha regulación fue uno de los argumentos expuestos en sede judicial por las entidades de crédito para defender la validez de las mismas y la imposibilidad de someterlas a la LCGC a tenor de lo establecido en el art. 4.2 de la misma que dispone que *“la misma no será de aplicación a las condiciones generales «reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”*. Sin embargo este artículo no resulta aplicable en el sentido que pretendían ya que dicha normativa sectorial no las impone en los contratos, sino que impone una serie de obligaciones de información respecto a las mismas al incorporarlas en contratos de préstamo.

b) ¿Las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato? ¿Tienen estas la consideración de condiciones generales de la contratación? Estas cuestiones ya han sido tratadas con anterioridad en este trabajo, pero a modo de resumen:

-Forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y por tanto, se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

³² MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”...*ob. cit.*, pp. 2.

³³ OM de 12 de diciembre de 1989, la OM de 5 de mayo de 1994, la Ley 2/2009 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, y más recientemente, se alude a ellas en la Ley 1/1013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.

-Las cláusulas suelo tienen la consideración de condiciones generales de la contratación. Este aspecto tiene especial relevancia en relación con la siguiente cuestión.

c) ¿Es posible un control de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato?

El problema en relación con el posible control del objeto principal del contrato viene dado por la falta de trasposición del art 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que establece lo siguiente *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*. Esto llevó a entender que sí es posible el control de contenido de aquellas cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, en atención a la STJUE de 3 de junio de 2010, que dictaminó 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”*, y en definitiva atendiendo a MARTÍNEZ ESCRIBANO³⁴ los tribunales *“admitieron la posibilidad de realizar un control de contenido de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, y en definitiva, a la adecuación entre precio y contraprestación”*.

No obstante este planteamiento tiene críticas en la doctrina, aquí resulta interesante destacar los argumentos dados por BRANDNER y ULMER³⁵ *“a) vulneraría el principio de autonomía de la voluntad, sobre el que se sustenta la economía de mercado; b) no hay un parámetro normativo conforme al cual valorar cuándo un precio es justo, ya que la equivalencia entre precio y contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y c) el control de precios no es*

³⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”...*ob. cit.*, pp.5.

³⁵ BRANDNER y ULMER, “EG-Richtlinie über missbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission“, *BetriebsBerater*, 1991, núm. 11, pp. 701-724, a los cuales cita y analiza PERTIÑEZ VILCHEZ en PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Revista para el análisis del derecho*, Julio de 2013, número 3, InDret, Barcelona, pp.9.

necesario, ya que la competencia es garantía del equilibrio económico". Además, puede entenderse que si se interviniera de esta manera se estarían vulnerando los principios contenidos en los arts. 38, 128 y 139 de la Constitución Española.

El TS señaló que pese a no haber un control del equilibrio entre el precio y la contraprestación sí que cabe el denominado "*doble control de transparencia*", el cual consiste en lo siguiente:

-Control de inclusión: consiste en observar si se cumplen las exigencias de los artículos 5 y 7 de la LCGC, es decir, comprobar que las cláusulas sean transparentes, claras, concretas y sencillas de entender, así como que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras ni incomprensibles. Es lo que define FERNÁNDEZ SEIJÓ³⁶ como "*requisito de perceptibilidad y comprensibilidad*". Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO³⁷ "*en el caso de los préstamos hipotecarios, indica el TS que la OM de 5 de mayo de 1994 «garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC», por lo que se cumplen los requisitos de incorporación*", por tanto las cláusulas suelen superar este primer control.

-Control de transparencia: este control se sustenta en una interpretación a *sensu contrario* del art 4.2 de la Directiva 93/13/CEE el cual establece que "*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*". A su vez esto se apoya en los arts 60 y 80 del TRLGDCU. Es decir, control abstracto de la validez de la cláusula, distinto del error como vicio del consentimiento, que supondría un control sobre el caso concreto. Este control consiste en, atendiendo a la STS de 406/2012, de 18 de junio³⁸ "*el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el*

³⁶ FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Editorial Kluwer S.A, Barcelona, 2017, pp. 79.

³⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, "El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo"...*ob. cit.*, pp.7.

³⁸ STS de 406/2012, de 18 de junio (Aranzadi: RJ 2012\8857).

contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Es decir, se centra, según PLAZA PEÑADES³⁹, en "un dato objetivo, como es la falta de información previa, clara y comprensible".

Una vez expuesto esto, hay que comprobar si las cláusulas suelo superan este control. Para comprobar la falta de transparencia el TS enumera una serie de criterios⁴⁰:

-Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

-Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. Pudiendo actuar, en palabras del propio tribunal, como un "señuelo"⁴¹, desviando la atención del consumidor y obstaculizando el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato.

-No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

-No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

-Que se ubiquen entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y se diluya la atención del consumidor.

Entiende el Alto Tribunal que en este caso no se cumplen las exigencias de transparencia por lo que procede realizar un control de contenido, consistiendo el mismo en analizar si en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el

³⁹ PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, 2013, número 8097, LA LEY, pp. 3.

⁴⁰ FJ decimotercero (apartado 225) de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁴¹ FJ decimotercero (apartado 219) de la STS de 9 de mayo de 2013.

consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes atendiendo a los arts art 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del art 82.1 TRLGDCU.

Finalmente, según explica MARTÍNEZ ESCRIBANO⁴² *“el TS considera **nulas por abusivas** las cláusulas suelo de los contratos sometidos a su enjuiciamiento porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resulta contrario a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato creyendo que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando”*, señalando por ende la nulidad parcial de los contratos que podían continuar en vigor y obligando a las partes, pero eliminando dichas cláusulas.

Esta decisión no está exenta de críticas, por ejemplo, YZQUIERDO TOLSADA⁴³ señala que *“decir, en fin, que las cláusulas suelo no son transparentes porque para los consumidores no son comprensibles y porque desconocen su alcance y consecuencias, es jugar a un buenísimo dulzón demagógico y estomagante”*, criticando a su vez si las cláusulas no resultaban claras aunque el sujeto contratante fuera un entendido en la materia como puede ser un abogado o un asesor financiero. El autor en este caso señala que debió seguirse un criterio de error-vicio atendiendo a las características del sujeto en vez de realizar un juicio general como el realizado por el TS.

d) Efectos de la declaración de nulidad

Esta última parte ha sido la más criticada, pues el TS declaró la irretroactividad, 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, ya que si se dotara a la misma de efectos retroactivos, en opinión del TS se generaría *“el riesgo de trastornos graves*

⁴² MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”...*ob. cit.*, pp.11.

⁴³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La sentencia europea sobre las cláusulas suelo: crónica de una muerte anunciada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2017, número 926, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp.1.

con trascendencia al orden público económico”, sobre lo cual ha señalado PÉREZ CONESA⁴⁴ que este argumento puede ser considerado como el más significativo y razón última del fallo.

Para realizar una crítica de dicha declaración, atenderemos a los motivos expuestos por MATEOS FERRES⁴⁵:

-Según el art 1303 del CC la declaración de nulidad debe conllevar la restitución recíproca de las prestaciones con sus frutos y el precio con sus intereses de manera tal que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante. Tampoco expresa el artículo ningún tipo de excepción a esta regla general. Al mismo tiempo señala la STS de 6 de julio de 2005⁴⁶ en su FJ segundo que el art 1.303 “*tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley. Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración, debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato*”.

-La STS de 9 de mayo de 2013 no es el único cuerpo dogmático ni tiene efectos ultrapartes. Como expone en la Sentencia del Juzgado mercantil nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013⁴⁷, no se puede concebir esta sentencia como un único cuerpo dogmático que deba aplicarse en todos sus extremos. Como señala MATEOS

⁴⁴ PÉREZ CONESA, Carmen, “Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, número 4, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 6.

⁴⁵ MATEOS FERRES, María, “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, número 5, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 1 y ss.

⁴⁶ STS de 6 de julio de 2005 (Aranzadi: RJ 2005\9532).

⁴⁷ Sentencia del Juzgado mercantil nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013 (Aranzadi: AC 2013\1507).

FERRES⁴⁸ *“si bien los criterios del Alto Tribunal son aplicables para declarar la abusividad de la cláusula, no obliga a aplicar, como dice este juzgado, el criterio relativo a los efectos consecuentes de la nulidad por las siguientes razones: a) Porque la propia sentencia en sus F. 298 a 300 niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad, b) porque en el caso que resuelve el Supremo se ejercitaba una acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro, diferente a la que se dilucida en las acciones individuales, c) porque por la dimensión de las reclamaciones individuales no se quiebra ni se pone en riesgo la seguridad jurídica ni trastornos graves al orden público económico, d) porque el artículo 1303 Cc resulta de aplicación sin que una sentencia judicial pueda abrogar o derogar la Ley”*.

-No es posible la aplicación analógica de otras normas que prevean la irretroactividad a tenor de lo establecido en el art 4 CC ya que no existe una laguna que la justifique. Además, tampoco existe igualdad jurídica entre los casos señalados, la analogía no puede modificar el sentido de la ley (que es claro) y porque no es aplicable la misma irretroactividad declarada en supuestos objeto de decisión por el TC.

-La nulidad de una clausula suelo no implica trastorno grave para el orden socio económico ya que según MATEO FERRES es impensable que la devolución a un consumidor que ejercita una acción individual de nulidad y reclamación de cantidad altere el orden económico ya que la cantidad no será lo bastante grande como para afectar a la economía. A su vez señala la autora que *“Si en la acción colectiva que se ejercitó por AUSBANC se hubiera reclamado la devolución de cantidades podría haberse discutido tal circunstancia pues la sentencia estimatoria implicaría que habría que devolver lo indebidamente cobrado a cientos de miles de afectados. Por lo tanto tal consideración del Tribunal Supremo ha de ser entendida en el exclusivo ámbito de la acción colectiva, pero no es extrapolable a las acciones individuales”*⁴⁹.

⁴⁸ MATEOS FERRES, María, “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”...ob.cit, pp. 2.

⁴⁹ MATEOS FERRES, María, “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”...ob.cit, pp. 3.

-Se vulneran los principios de congruencia y justicia rogada ya que el TS aborda la irretroactividad, cuestión no sometida a consideración en ninguna de las instancias anteriores, no siendo susceptibles de plantearse en casación cuestiones nuevas. Como señala MATEOS FERRES⁵⁰ “*el objeto del proceso queda configurado por los hechos y pedimentos aducidos en la demanda y la contestación a la misma (artículo 412.1 de la LEC) y el Juez no puede dar más de lo pedido ni cosa distinta a lo pedido en la demanda (ya sea en primera o en las siguientes instancias) en base a los principios de justicia rogada (art. 216 LEC) y congruencia (art. 218.1 LEC). El que vía recurso de casación se introduzca una cuestión nueva, no planteada en la demanda y que no fue objeto de prueba, produce indefensión a las partes en el proceso*”.

Afortunadamente, este planteamiento de la STS de 9 de mayo de 2013 ha ido modificándose en casos posteriores para alejarse de la irretroactividad, acercándose cada vez hasta llegar a una verdadera solución, consolidando así la idea expresada por el profesor MIQUEL ROCA⁵¹, con la cual estoy totalmente de acuerdo, de que “*la economía no es fuente del derecho*”.

El siguiente pronunciamiento relevante en la materia es la STS de 25 de marzo de 2015⁵². Cabe destacar que en el caso de la sentencia de 2013 se interpuso una acción colectiva de cesación en la que no se pedía la devolución, mientras que en la de 2015 se trataba de una acción individual que solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula y la devolución de las cantidades pagadas. Dicha sentencia establece que procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado, en aplicación de la cláusula suelo, a partir de la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁵⁰ MATEOS FERRES, María, “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”...ob.cit, pp. 4 y 5.

⁵¹ MIQUEL ROCA, José María, “Las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, *XX Seminario Juan Miquel de Derecho Comparado*, Universidad de la Laguna, La Laguna, Abril 2017.

⁵² STS de 25 de marzo de 2015 (Aranzadi: RJ\2015\735).

Este pronunciamiento ha sido criticado por LÓPEZ CÁNOVAS⁵³ por considerar que esta doctrina no respeta el principio de igualdad⁵⁴ atendiendo a los siguientes motivos:

-La limitación de la retroactividad de la nulidad declarada de la cláusula suelo a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 supone que el efecto restitutorio será distinto en cada caso ya que vendrá condicionado por otros factores temporales, concretamente dos que serían por un lado la fecha de suscripción de cada escritura pública de préstamo hipotecario en que se haya incluido la cláusula suelo declarada nula, y por otro a fecha de la sentencia que declarara, en su caso, la nulidad.

-En segundo lugar, también hay que tener en cuenta el aspecto material, ya que no todas las cláusulas suelo insertadas en contratos de préstamo hipotecario son iguales al poder variar el “suelo” establecido en las mismas. Esto condiciona la restitución ya que, como bien señala la citada autora *“su cálculo ha de hacerse no sólo con referencia al Euribor fijado en cada momento, sino también con referencia a cada cláusula suelo declarada nula”*.

Con esta sentencia nos encontramos nuevamente ante otra (torpe) estrategia por parte del TS para evitar la aplicación del art 1303 del CC, vulnerando esta vez el principio de igualdad. Pese a esto, finalmente las pretensiones restitutorias formuladas por los consumidores obtuvieron resultados en la STJUE de 21 de diciembre de 2016⁵⁵. En esta sentencia, el TJUE se pronunció sobre las siguientes cuestiones atendiendo al análisis realizado por RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI⁵⁶:

⁵³ LÓPEZ CÁNOVAS, Ángeles, “La sentencia del Tribunal Supremo nº 139/2015, de 25 de marzo, denegatoria del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, número 5, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 4 y ss.

⁵⁴ Consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española en el cual se establece que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

⁵⁵ Caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Otros contra Cajasur Banco, S.A.U. y Otros. STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Aranzadi: TJCE\2016\309).

⁵⁶ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, “Implicaciones, a vuelo pluma, de la STJUE de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, número 1, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp.1 y ss.

-En primer lugar señala la sentencia que el examen de una cláusula relativa al objeto principal del contrato, cuando el consumidor no dispone de la información suficiente para el entendimiento de la misma, está comprendido dentro del art 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, conteniendo dicho artículo el principio de no vinculación que supone que *“una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”*⁵⁷. Señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁵⁸ que no vincular es no producir efectos, ni en el futuro tras la declaración judicial de abusividad (*ex nunc*) ni en el pasado (*ex tunc*), por tanto debe aplicarse el efecto restitutorio contenido en el art 1303 CC sin ningún tipo de limitación temporal, es decir, aplicarse de forma totalmente retroactiva. En caso de no cumplirse con ello se estaría poniendo en cuestión el efecto disuasorio contenido en el artículo 6.1, pudiendo ser esto un incentivo para la inclusión de este tipo de cláusulas ya que en caso de ser declaradas abusivas por un tribunal estas habrían tenido el efecto deseado por el profesional hasta dicha declaración.

-A continuación, considera el TJUE, que la regulación del derecho nacional no puede modificar la amplitud de la protección dada por la Directiva 93/13/CEE, siendo el TJUE el único que puede decidir sobre limitaciones temporales que deriven del derecho la Unión Europea, aunque sí reconoce la facultad del derecho nacional para fijar las condiciones en virtud de las cuales puede declararse el carácter abusivo de una cláusula. Por ello establece que *“los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que no resulta compatible con el Derecho de la Unión”*⁵⁹.

⁵⁷ FJ 61 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

⁵⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 188 y ss.

⁵⁹ FJ 74 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

-Con respecto a los procedimientos en trámite, estos podrán resolverse atendiendo al criterio establecido en esta sentencia, a su vez aquellos resueltos en primera instancia podrán ser revisados en apelación con arreglo a lo establecido por el TJUE. La situación se torna algo más complicada en relación con los procedimientos resueltos con sentencia que produce efectos de cosa juzgada, a este respecto señala el TJUE que *“a este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (...) De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada”*, es decir, no es obligado contradecir las normas procesales que disponen fuerza de cosa, pero tampoco hay nada que lo impida ya que la cosa juzgada no deja de ser una norma de derecho interno. Pese a esto, en determinadas resoluciones (como el Auto del TS de 4 abril 2017⁶⁰ en su FJ sexto) se ha alegado que *“el principio de equivalencia no impone que, con base en una sentencia del TJUE cuya doctrina sea incompatible con sentencias firmes dictadas con anterioridad por los tribunales nacionales, se admita la revisión de tales sentencias firmes”*. Siguiendo a PERTÍNEZ VÍLCHEZ⁶¹, en el caso de sentencias que hayan resuelto acciones individuales podrán interponerse por un lado acciones de responsabilidad por incumplimiento de la entidad financiera de responsabilidades extracontractuales del art 1101 CC, o bien en el caso de que se hubiese ejercitado únicamente una acción de nulidad llevar a cabo la correspondiente acción de restitución del art 1303 CC. En el caso de acciones colectivas, como ya se dijo en la STS de 25 de marzo de 2013, el pronunciamiento de irretroactividad de la STS de 9 de mayo de 2013

⁶⁰ Auto del TS de 4 abril 2017 (Aranzadi: RJ\2017\2121).

⁶¹ PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Francisco, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios...*ob.cit, pp. 194 y ss.

no produce efectos de cosa juzgada negativa que impidan interponer acciones individuales de restitución⁶².

Finalmente, señala RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI⁶³ que *“no será improbable que comiencen a menudear sentencias con expresa declaración de temeridad al litigar. Conforme a los arts. 32.5 y 394.1 de la LEC esa declaración, ante una resistencia injustificada a hacer efectivos fallos judiciales tan reiterados como los que recoge la jurisprudencia y ahora ratifica la STJUE de 21 diciembre de 2016, cabe considerar que el banco litigó con temeridad. Lógica consecuencia será que no habrá limitación del importe de las costas a la tercera parte de la cuantía, como disponen los arts. 394.3 y 243.2 LEC, sancionando al litigante temerario, y que en reclamaciones inferiores a 2.000 €, en las que conforme a los arts. 23.1 y 32.1 LEC no es preceptiva intervención letrada ni representación mediante procurador, tal asistencia debería ser atendida y abonada por el litigante condenado en costas como dispone el art. 32.5 LEC”*.

Tras este pronunciamiento los tribunales españoles han ido adoptando la doctrina establecida por el TJUE, un ejemplo de ello sería la STS de 24 de febrero de 2017⁶⁴ que, como señala ÁLVAREZ OLALLA⁶⁵ fue la primera sentencia del TS en la cual se condenó a la entidad bancaria a abonar todas las cantidades percibidas indebidamente, en concepto de intereses remuneratorios, por aplicación de una cláusula suelo que no supera el control de transparencia.

⁶² Como sucede en la STS de 8 de junio de 2017 (RJ\2017\2509). Es más, esta sentencia, en su FJ segundo apartado cuarto señala que los pronunciamientos desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que tal consumidor ejercita una acción individual carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarlo un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir.

⁶³ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, “Implicaciones, a vuela pluma, de la STJUE de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo...ob.cit, pp.5.

⁶⁴ STS de 24 de febrero de 2017 (Aranzadi: RJ\2017\602).

⁶⁵ ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, “Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, número 5, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp.2.

Por último, resulta conveniente hablar de la STS 171/2017 de 9 de marzo⁶⁶, ya que se produce un cambio de criterio respecto a lo dictado anteriormente por el TS. En la misma se desestima la petición de declarar la nulidad de una cláusula suelo, al considerar que el consumidor recibió suficiente información sobre el contenido y efectos de la cláusula suelo. Dicho fallo se fundamenta en lo siguiente:

-La utilización de “negrillas” para señalar los porcentajes de suelo y techo. En relación a esto, señala AGÜERO ORTÍZ⁶⁷ que las cláusulas en este caso no difieren en esencia de las cláusulas no transparentes señaladas como tal por la STS de 9 de mayo de 2013, es más, aquí ni siquiera se menciona que cláusulas las precedían para evaluar si se encontraban inmersas en una cantidad abrumadora de datos. Además, está lo establecido por la STS de 8 de septiembre de 2014⁶⁸ en la cual se señaló que el uso de las negrillas era irrelevante. Esto es criticado por la autora que lo considera una estrategia del TS para flexibilizar los requisitos del control de transparencia y así evitar el “indeseado” efecto retroactivo de la declaración de nulidad.

-La actuación del notario es otro elemento a tener en cuenta a tenor de la STS de 9 de marzo de 2017, en la cual se señala que en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. Esto denota en opinión de AGÜERO ORTÍZ el cambio de criterio en el TS ya que en la antes citada STS 8 de septiembre de 2014 se niega tajantemente que la actuación del notario pueda suplir la falta de transparencia de las cláusulas.

Una vez analizadas las sentencias anteriores así como las opiniones de diversos autores sobre las mismas para su mayor comprensión podemos pasar al siguiente

⁶⁶ STS 171/2017 de 9 de marzo (Aranzadi: RJ\2017\977).

⁶⁷ AGÜERO ORTIZ, Alicia, “Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2017, número 104, Editorial Civitas, Pamplona, pp.492-495.

⁶⁸ STS de 8 de septiembre de 2014 (Aranzadi: RJ 2014\4660).

epígrafe del trabajo, donde se abordaran una serie de cuestiones que precisan de un tratamiento separado para su mejor exposición.

5.- Cuestiones relevantes en la materia.

5.1.- RD-Ley 1/2017 (Reclamación extrajudicial). Breve mención a los juzgados especializados en cláusulas suelo.

Ante la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y previendo la cantidad masiva de demandas por parte de los consumidores para ejercer la acción de nulidad de la cláusula suelo así como la restitución de las cantidades indebidas, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto-Ley 1/2017⁶⁹ para intentar facilitar dicha devolución. No obstante, pese a la aparentemente bienintencionada labor legislativa del gobierno la realidad es otra, teniendo este Real Decreto-Ley múltiples carencias y aspectos criticables, los cuales se ha encargado de señalar la doctrina y pasaremos a analizar a continuación.

En primer lugar hay que analizar una serie de aspectos básicos de este texto legal, los cuales pueden resumirse atendiendo a DOMENECH⁷⁰ de la siguiente forma:

-La reclamación extrajudicial tiene un carácter potestativo y gratuito para el consumidor. Este carácter gratuito se circunscribe incluso en los supuestos en los cuales el consumidor obtenga una contestación favorable, estando en este caso los gastos de modificación de la escritura pública, notariales y de registro, sometidos a bonificaciones.

-No cierra la vía judicial pues en caso contrario se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 de la Constitución Española⁷¹.

-En virtud de este Real Decreto-Ley los bancos tienen las siguientes obligaciones: en primer lugar tendrán un mes desde la fecha de publicación en el BOE de la mencionada norma, es decir desde el 21 de enero, para adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma; en segundo lugar deberán disponer

⁶⁹ Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-653>), en adelante “RD-Ley 1/2017).

⁷⁰ ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios...* ob.cit, pp. 269 y ss.

⁷¹ Constitución Española (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>), en adelante “CE”.

de un departamento que atienda a las reclamaciones presentadas; y por último, tendrán una serie de obligaciones en relación a la comunicación de este sistema así como de sus aspectos básicos.

-El plazo máximo de tramitación de las reclamaciones será de 3 meses (90 días) a contar desde la presentación de la misma por el consumidor ante la entidad. En relación a esto hay que señalar que en el caso de que la entidad bancaria no responda en el plazo establecido se entenderá la reclamación desestimada por silencio negativo. Lo cual refleja que los bancos pueden tener una actitud totalmente pasiva frente a la reclamación del consumidor y, como señala PEREZ SÁNCHEZ⁷² en aquellos casos en los que contestan “*sus destinatarios reciben respuestas negativas estereotipadas e idénticas, formularios ajustables a cualquier supuesto previamente redactados y, desde luego, sin aplicar la clara jurisprudencia sobre la denominada cláusula suelo*”.

-Su ámbito objetivo se encuentra limitado a los contratos de préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo. No obstante, en la definición que da el Real Decreto-Ley de dicha cláusula no se especifica que será aplicable solo en aquellos casos en que las cláusulas no se hayan negociado individualmente y sean abusivas, lo cual puede inducir al error de que es aplicable en cualquier caso cuando solo lo será en el supuesto que acabamos de mencionar.

-Su ámbito subjetivo se encuentra limitado únicamente a las personas físicas, excluyéndose a las personas jurídicas (excluyendo a emprendedores, PYMES, etc.) así como a los fiadores.

-Se trata de un procedimiento antiformalista ya que el Real Decreto-Ley se limita a señalar que las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, esto, en opinión de DOMENECH⁷³ puede ocasionar los siguientes problemas: construcción unilateral del proceso de reclamación por parte de la entidad bancaria, falta de uniformidad en los sistemas de reclamación (generándose desigualdades entre los mismos), y la posibilidad de que no se respete el equilibrio entre las partes.

⁷² PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo, “Consumidores contra bancos: combate amañado”, *Blog de Gerardo Pérez Sánchez*, julio de 2017, artículo disponible online en <http://www.gerardoperez.es/consumidores-contrabancos-combate-amanado/> (Última visita: 23/02/2018).

⁷³ ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios...* ob.cit, pp. 275

Tras este breve repaso a las características del RD-Ley 1/2017, podemos pasar a analizar los aspectos más problemáticos del mismo:

-En el art 3 se establece que “*las entidades de crédito deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por todos los consumidores que tuvieran incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario*”. Sin embargo esto resulta genérico e impreciso, pudiendo extraerse del mismo que lamentablemente todas las formas de publicidad son válidas. Para evitar esto debió establecerse un sistema de publicidad que garantizara realmente que los consumidores quedaran informados, ya que en caso contrario de alguna manera puede ocultarse la posible utilización de este sistema de reclamación al no publicitarlo en un medio accesible para todos los afectados.

-No se establece requisito alguno sobre el escrito de reclamación, siguiendo a DOMENECH⁷⁴ hubiese sido aconsejable realizar un impreso normalizado básico para todas las entidades en el que concurrieran una serie de requisitos mínimos (identificación de la persona del solicitante, de la entidad bancaria y la petición expresa de ser restituido más el abono de intereses). Este podría haberse incorporado como anexo o bien haber realizado el CGPJ un modelo oficial.

-En relación a los efectos de presentación de la reclamación extrajudicial, aunque es acertada la regulación de la suspensión de la vía judicial, se cometen errores en las vertientes sustantiva y procesal de la misma. Con respecto a la primera no se establece que la reclamación extrajudicial previa sea un motivo de interrupción de la prescripción a efectos de poder reclamar en la vía judicial, ante lo cual considera DOMENECH⁷⁵ que es de aplicación análoga el art 1973 CC “*la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*”. En cuanto a la segunda vertiente se plantean dos problemas: por una parte, la suspensión se encuentra sometida al acuerdo de las partes y no hay que olvidar que se trata de sujetos en conflicto con

⁷⁴ ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios...*ob.cit, pp. 276 y 277.

⁷⁵ ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios...*ob.cit, pp. 278.

intereses opuestos por lo que esto puede suponer un obstáculo para suspender el mismo; por otra la falta de armonización en los plazos de suspensión, ya que el RD-Ley 1/2017 se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁶, la cual que prevé en su art 19.4 un plazo de suspensión de hasta 60 días, sin embargo, la tramitación de la reclamación puede durar tres meses (90 días) por lo que podría darse el caso de levantarse la suspensión antes de que se resuelva sobre la reclamación, existiendo una dualidad de reclamaciones tramitándose a la vez, atentado esto contra el principio de seguridad jurídica y de economía procesal.

-En mi opinión el aspecto más criticable del RD-Ley 1/2017 es la amplísima libertad de actuación que se deja a los bancos a la hora de decidir sobre las reclamaciones extrajudiciales, casi pudiendo elegir a la carta que solución les conviene más en cada caso concreto. En primer lugar con respecto al rechazo de la reclamación, la entidad bancaria puede ampararse en los siguientes motivos atendiendo a DOMENECH⁷⁷:

a) Por discrepancias en las cantidades reclamadas.

b) Existencia de un proceso declarativo en curso o por la tramitación de un recurso de apelación, está la posibilidad de suspender dichos procesos pero como ya se ha dicho depende del común acuerdo de las partes. A su vez, si en la demanda inicial se solicitó la totalidad de las cantidades pagadas al banco puede interesarle un acuerdo extrajudicial, mientras que si solo se exigieron las cantidades pagadas a partir del 9 de mayo de 2013 opina el autor que *“la entidad crediticia puede no tener un excesivo interés en el éxito de la reclamación extrajudicial, en función de cómo se pronuncien los Juzgados respecto a la posible ampliación de la demanda conforme al art 286 LEC, en base a considerar hechos nuevos la jurisprudencia del TJUE, pues la no consideración de hechos nuevos podría conllevar la preclusión de la alegación concerniente a la reclamación de cantidades anteriores a la fecha de 9 de mayo de 2013, sabiendo, en este caso, la entidad crediticia que en vía judicial no debería abonar las cantidades no reclamadas en la demanda inicial”*.

⁷⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&tn=1&p=20171104>), en adelante “LEC”.

⁷⁷ ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios...* ob.cit, pp. 280 y ss.

c) Existencia de un proceso declarativo finalizado con sentencia firme: si en el proceso anterior se reclamaron solo las cantidades posteriores al 9 de mayo de 2013 se rechazará la solicitud alegando efectos de cosa juzgada, de la misma forma que si se hubiesen solicitado todas las cantidades podría hacerse lo mismo.

d) Tramitación con carácter previo de un proceso de ejecución ordinaria o bien de ejecución hipotecaria.

e) Existencia de un acuerdo novatorio del contrato de préstamo hipotecario, lo cual se tratará de forma separada más adelante.

En el hipotético caso de que la entidad de crédito considere procedente la reclamación, señala el RD-Ley 1/2017 que *“la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses”*. En este supuesto existen una vez más inconcreciones y fallos a juicio de DOMENECH⁷⁸ por los siguientes motivos:

-Por falta de concreción en como deberá comunicarse la oferta del banco al consumidor, lo cual adquiere especial relevancia cuando el afectado rechace la misma ya que en caso de acudir a la vía judicial puede darse la circunstancia de que no pueda acreditar la propuesta realizada por la entidad bancaria por la forma en que esta le ha sido comunicada (por ejemplo, por teléfono).

-Pueden ser objeto de discusión los intereses ofrecidos por el banco, ya que este podría intentar aplicar los intereses interbancarios y no los legales aunque esto debe rechazarse ya que no puede confundirse el ámbito sustantivo del contrato con el de una reclamación extrajudicial.

-Otro problema que puede presentarse es la falta de comprensión económica y jurídica de la oferta por parte del consumidor, más si se tiene en cuenta que no es necesaria la intervención de profesionales del derecho en esta reclamación y que el RD-Ley 1/2017 no prevé ningún plazo para que el consumidor pueda aceptar la oferta.

⁷⁸ ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios...* ob.cit, pp. 286 y 287.

-Por último, el autor señala que en la práctica se está dando la situación de que los bancos abonan la cantidad que consideran correcta directamente en la cuenta del consumidor, lo cual no puede ser considerado como aceptación de la oferta ya que debe haber una acreditación documental de la misma y con anterioridad a cualquier ingreso.

El régimen de costas tampoco ha estado exento de polémica, ya que una vez más el legislador ha sido inconcreto al no regularse determinados supuestos, en los cuales hay que acudir a la aplicación supletoria de los arts 394 y 395 LEC. De entre los supuestos establecidos en el art 4 del RD-Ley 1/2017 el más criticado es el contenido en el apartado 2⁷⁹ del mismo aplicable a los casos en los que el consumidor acuda directamente a la vía judicial y se produzca un allanamiento (parcial o total según el caso) al resultar beneficiada la entidad bancaria en detrimento del consumidor. DEL CARPIO⁸⁰ realizó la siguiente crítica sobre dicho apartado con la cual estoy totalmente de acuerdo en la cual expresa que *“si ha habido algún tipo de requerimiento fehaciente previo a la demanda o acto de conciliación, el deudor que se allana a la demanda tiene que pagar las costas, porque le constaba la reclamación antes de demandar y ha dado lugar con su pasividad a gastos al demandante. ¿Y nos encontramos ahora con que la banca queda eximida de la obligación general, cuando ahora es ella la deudora, cuando si fuera el consumidor el deudor no sucedería, cuando es la propia banca la que ha colapsado los juzgados al no pagar nunca por las buenas en innumerables casos de cláusula suelo y de todo tipo de cláusulas nulas, preferentes y demás historias y ese es el pretexto? ¿Cuándo lo único que se establece por el Gobierno es un no-procedimiento extrajudicial en el que el banco no está obligado a*

⁷⁹ 2. Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán las siguientes reglas:

a) En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

b) En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada.

⁸⁰ DEL CARPIO, Verónica, “El Real decreto-ley 1/2017 sobre cláusula suelo”, *El Bosque y los árboles-Blog jurídico de la abogada Verónica del Carpio*, Enero 2017, artículo disponible online en <https://veronicadelcarpio.com/2017/01/23/rdl-clausula-suelo/> (Última visita: 23/02/2018).

nada y sin garantía de ningún tipo?”. A su vez, VILAPLANA⁸¹ critica “que la norma llegue a premiar al banco que se ve sorprendentemente demandado (luego de venir aprovechándose durante años de una cláusula manifiestamente abusiva), sin reclamación extrajudicial previa y se allana a la demanda, eximiéndolo de las costas judiciales”.

Por último, en relación con el RD-Ley 1/2017, cabe destacar que en la actualidad existe un recurso de inconstitucionalidad⁸² interpuesto sobre él mismo por, entre otros motivos, entenderse que vulnera los arts 24 (tutela judicial efectiva al afectar a las costas procesales entre otros motivos), 31.3 (Incumplimiento de la prohibición de afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos), 51 (protección de los consumidores, al haberse creado un mecanismo que no solo impone a los mismos dilaciones en el ejercicio de sus derechos en caso de acogerse sino que también beneficia a las entidades bancarias, cuando este artículo contiene una finalidad totalmente opuesta) y 86 (al no haberse producido un incumplimiento de las previsiones de extraordinaria y urgente necesidad y de provisionalidad) de la CE, así como de incumplir con lo establecido por la jurisprudencia emanada del TJUE.

Además de la reacción del Gobierno ante la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el CGPJ en vista de la cantidad de demandas de consumidores que se esperaban recibir optó por concentrar las mismas en juzgados especializados de carácter provincial que conocerían en exclusiva de dichos asuntos. La última modificación⁸³ realizada a este régimen de juzgados especializados entró en vigor el pasado 1 de enero de 2018. Sin embargo, no se obtuvieron los resultados esperados por el CGPJ y la realidad ha sido otra, de hecho ha sido completamente distinta.

⁸¹ VILAPLANA RUÍZ, J., “Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, Febrero de 2017, nº. 8928, pp. 4.

⁸² <https://veronicadelcarpio.files.wordpress.com/2017/05/recurso-inconstitucionalidad-rdl-1-2017.pdf> (Última visita: 23/02/2018).

⁸³ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-15879# analisis

⁸⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-diseno-de-un-nuevo-plan-sobre-clausulas-suelo-para-2018> (Última visita: 23/02/2018).

DEL CARPIO⁸⁵ los califica como “juzgados pozo o trampa” añadiendo que estos han sido creados deliberadamente para que los asuntos sean resueltos aún más tardíamente, haciendo caso omiso al derecho a la salud laboral de los trabajadores de esos juzgados a los que “*se les pide el imposible de que resuelvan demandas masivas y sin medios, y atentando contra la independencia judicial tanto en la designación de jueces como en la falta de medios que es en sí misma un atentado contra la independencia judicial, y contra el principio del juez natural, y designando incluso a jueces en prácticas aún susceptibles de evaluación por la Escuela Judicial, con lo que ello significa de riesgo de independencia, y además, saltándose la normativa y jurisprudencia europeas sobre competencia territorial según el fuero del domicilio del consumidor demandante*”, concluyendo con que estos juzgados constituyen únicamente un beneficio para la banca. Con esto DEL CARPIO representa la opinión de prácticamente la totalidad de los juristas, la solución adoptada por el CGPJ no fue la acertada ya que con ella se crearon unos juzgados que estaban destinados a colapsar antes de recibir tan siquiera la primera demanda⁸⁶⁸⁷. Pese a ello, y a que no solo no se ha cambiado el rumbo sino que se ha continuado apostando por este sistema que no ofrece más que dilaciones y más dilaciones, los jueces siguen aplicando la ley y la jurisprudencia y lentamente está avanzando la lucha que se inició hace ya tantos años por los derechos de los consumidores pese a los obstáculos que han surgido en el camino.

⁸⁵ DEL CARPIO, Verónica, “La Justicia en la trampa: juzgados trampa para cláusulas abusivas” *Blog jurídico de la abogada Verónica del Carpio*, Junio 2017, artículo disponible online en <https://veronicadelcarpio.com/2017/06/09/la-justicia-en-la-trampa-juzgados-trampa/> (Última visita: 23/02/2018).

⁸⁶ PÉREZ SÁNCHEZ opina que “*la Comisión Permanente del C.G.P.J. decidió que esa avalancha de decenas de miles de reclamaciones previstas se tramitase en apenas medio centenar de juzgados que ya han nacido colapsados. En un mes han recibido cerca de dieciséis mil demandas. Con esta progresión, antes de final de año el número de casos se habrá elevado a cien mil. La consecuencia es tan previsible como inevitable: los consumidores se verán atrapados en una telaraña judicial que eternizará la resolución de sus conflictos. Por lo tanto, la medida del C.G.P.J. beneficia nuevamente a los bancos, que no tienen ninguna prisa por devolver un dinero incorrectamente cobrado. A ellos la ralentización del proceso no les supone inconveniente alguno*” en PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo, “Consumidores contra bancos: combate amañado”, *Blog de Gerardo Pérez Sánchez...ob.cit.*

⁸⁷ Atendiendo al Acuerdo de 28 de diciembre de 2017 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, a fecha 17 de diciembre de 2017 el total de asuntos relativos a cláusulas suelo en manos de estos juzgados especializados era de 156.862 en todo el territorio nacional.

5.2.- Las costas procesales.

Pese a que estas se encuentran pobremente reguladas en el RD-Ley 1/2017, ni siquiera las cuestiones meramente procesales han estado a salvo de toda la problemática que han suscitado las cláusulas suelo, si anteriormente hablábamos de los efectos de la cosa juzgada a raíz de la SJUE 21 de diciembre de 2016, ahora habría que hablar de cómo la STS 419/2017 de 4 de julio⁸⁸ ha afectado a las costas procesales. Dicha sentencia establece la doctrina de que los bancos condenados en juicios declarativos por cláusulas suelo (consideradas abusivas), y en los que el prestatario pueda ser considerado consumidor, deberán pagar las costas de la primera y segunda instancia al considerar que es la decisión más ajustada al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión. Para defender este posicionamiento el Alto Tribunal se basó en lo siguiente:

-El principio del vencimiento en materia de costas, que se encuentra contenido en el art 394 LEC, es la regla general por lo que la no imposición de las mismas al demandado supondría primero la aplicación de la excepción de dicho principio (en los supuestos en los que se planteen serias dudas de derecho), y segundo un perjuicio para el consumidor. Además, esta regla general favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión, mientras que la excepción la obstaculiza.

-Evitar el denominado “efecto disuasorio inverso”: en el caso de que el consumidor, pese a obtener una sentencia favorable, tuviera que pagar las costas, no se restablecería la situación de hecho y derecho existente con anterioridad a la cláusula abusiva, y por tanto no quedaría indemne pese a contar con una norma procesal que le exime de realizar dichos gastos. Es más, si los consumidores tuvieran que pagar las costas en estos casos por un lado se estaría provocando que los mismos no litigaran cuando las cantidades fueran elevadas, y por otro no se produciría el buscado efecto de evitar que el profesional siga usando este tipo de cláusulas en el futuro.

⁸⁸ STS 419/2017 de 4 de julio (Aranzadi: RJ\2017\3064).

-La actitud procesal del propio banco, que atendiendo a ROCA MARTÍNEZ⁸⁹ la sala deja entrever que era merecedora de la imposición de las costas, y evitando referirse al temeridad el tribunal expresó lo siguiente al final de su FJ quinto *“interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado”*.

Una vez expuestos los argumentos dados por el tribunal conviene citar la opinión de varios autores sobre esta cuestión. En primer lugar, según MARTÍN FABÁ⁹⁰, esta doctrina no podrá modificar las sentencias firmes que ya condenaron en costas a los consumidores, ni en procesos ejecutivos ni en procesos en los cuales existen varias pretensiones y posibilidades de resolución. No obstante, considera el autor que esta doctrina *“ha sido engendrada para casar todas las sentencias de audiencias, recurribles o recurridas –pero pendientes de resolución- dictadas con anterioridad al 21 de diciembre de 2016, que hayan estimado la nulidad de la cláusula suelo pero no hayan condenado al banco a las costas de las dos primeras instancias bien porque...”*, señalando a continuación dos circunstancias:

-*“Estimaron solo parcialmente la pretensión del prestatario al no reconocer el efecto restitutorio pleno de la cláusula, como fijaba inicialmente la doctrina del Tribunal Supremo”*. En este caso el TS podrá casar los pronunciamientos e imponer las costas de las primeras instancias al banco, lo hará porque estas resoluciones se recurrirán pretendiendo los efectos retroactivos. MARTÍN FABÁ critica que en este caso se está alterando la regla del vencimiento objetivo pues se aplicara para imponer las costas de las instancias cuando el banco únicamente ha sido vencido en casación, se vulneran las reglas sobre costas y además se vulnera el principio de seguridad jurídica, concretamente la vertiente sobre predictibilidad de las resoluciones pues las sentencias

⁸⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María, “Un paso más en la protección del consumidor: imposición de las costas de las instancias previas (STS Sala Primera, pleno, 419/2017, de 4 de julio)” *Actualidad Civil*, Diciembre 2017, número 12, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid, pp.24.

⁹⁰ MARTÍN FABÁ, José María, “El banco condenado por una cláusula suelo abusiva no debería pagar las costas si fue parcial la estimación de las pretensiones, o si se consideró que el caso era jurídicamente dudoso”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Septiembre-Diciembre 2017, número 105, Editorial Civitas, Pamplona, pp.30 y ss.

dictadas por las audiencias se acomodaron a la doctrina de la irretroactividad del TS para ser predecibles y dar dicha seguridad.

-“Entendieron que existían importantes dudas de derecho para resolver el pleito, con independencia de si declararon efectos retroactivos o no”. Estas sentencias se recurrirán pretendiendo los efectos retroactivos o bien se recurrirá únicamente el pronunciamiento sobre las costas con interés casacional. En estos casos entiende el TS que deberá aplicarse la regla general del vencimiento objetivo por ser acorde al principio de efectividad del Derecho de la Unión y para beneficiar al consumidor.

A su vez critica el autor la decisión del TS por los siguientes motivos:

-Porque su decisión va más allá de la interpretación de una norma atendiendo al derecho Europeo, ya que lo que está haciendo el TS es derogar una norma que faculta al juez para excepcionar de imposición de costas a la parte que ve rechazadas todas sus pretensiones aun cuando se estime serias dudas de derecho, impidiendo que los tribunales decidan conforme a la ley y por tanto vulnerando el art 117 CE. A su vez entiende el autor que el TS debió dar presunción de validez a la decisión del juez de apreciar de forma motivada la existencia de serias dudas de derecho, con la consecuencia de no imponer las costas a ninguna de las partes.

-Que la aplicación de la excepción a la regla general del vencimiento objetivo no vulnera el principio de efectividad si el juez motiva su decisión de una manera más rigurosa que si una de las partes no fuera un consumidor pues el principio de efectividad no debe sobreponerse al principio de seguridad jurídica ni al de legalidad. Además hay que tener en cuenta que en muchos casos el consumidor litiga mediante asistencia jurídica gratuita, es decir, no tiene que pagar al letrado.

-Que el TS menoscaba la seguridad jurídica con esta decisión al apartarse de su propia jurisprudencia consolidada en la que señaló que era procedente la aplicación de la excepción a la regla del vencimiento objetivo cuando acababa de resolver dudas

interpretativas sobre normas⁹¹, o cuando no existía doctrina precisa sobre una cuestión y debido a esto discrepancias entre las audiencias⁹², o cuando se interponían los recursos antes de que se fijara doctrina sobre la materia⁹³. A su vez, incumple el TS su propio acuerdo de 27 de enero de 2017⁹⁴ en el que consideró un factor a tener en cuenta para resolver sobre las costas los cambios sobrevenidos en la jurisprudencia.

Sin embargo no todas las opiniones respecto a esta sentencia han sido negativas, por ejemplo VÁZQUEZ GARCÍA⁹⁵ afirma estar de acuerdo con el planteamiento de la citada sentencia del TS ya que en caso de optar por aplicar la excepción de la regla del vencimiento objetivo no solo se produciría el “efecto disuasorio inverso” sino que también podría generarse en la banca la idea de que introducir cláusulas abusivas en los contratos con consumidores no supone costes altos e incluso puede llegar a producir beneficios económicos.

5.3.- Los acuerdos para la eliminación de la cláusula suelo: novación y transacción.

Los bancos ante la más que predecible pérdida de la batalla judicial frente a los consumidores por la nulidad de las cláusulas suelo, decidieron proponer una serie de acuerdos a los mismos con el fin de reducir las consecuencias de dichos conflictos. El objetivo de las entidades, como bien señala GONZÁLEZ GARCÍA⁹⁶, es privar al consumidor del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula así como cerrar la vía jurisdiccional. Antes de entrar a analizar los argumentos a favor y en contra de dicha práctica resulta conveniente analizar brevemente a través de qué tipos de contratos se realiza la misma.

⁹¹ STS 435/2015 de 10 de septiembre (Aranzadi: RJ\2015\5628).

⁹² STS 720/2016 de 1 de diciembre (Aranzadi: RJ\2016\5673).

⁹³ STS 329/2015 de 8 de junio (Aranzadi: RJ\2015\2925).

⁹⁴ Aranzadi: RJ\2017\367.

⁹⁵ VÁZQUEZ GARCÍA, David, “Las costas procesales de primera y segunda instancia en los casos de cambio jurisprudencial motivado por la doctrina del TJUE. Comentario a la Sentencia de Pleno 419/2017 de 4 de julio”, *Actualidad Civil*, Septiembre 2017, número 9, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid, pp. 96.

⁹⁶ GONZÁLEZ GARCÍA. Saúl, “La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales”, *Actualidad Civil*, Noviembre 2017, número 11, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid, pp. 60.

El primer tipo de técnica usada ha sido la novación (en escritura pública de las condiciones financieras). Esta figura se encuentra regulada en los arts 1203 y ss del CC, a su vez podemos distinguir dos tipos diferentes de novación que atendiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁹⁷ se definen de la siguiente manera: la novación extintiva es la cual produce la extinción de la obligación preexistente y su sustitución por otra nueva, mientras que en la modificativa la obligación subsiste pero modificada. Esta división plantea la siguiente pregunta: ¿Cómo distinguir cuando estamos entre un tipo de novación u otro? Pues bien, esto se resolvería atendiendo al art 1204 del CC, habiendo extinción cuando se declare terminantemente o bien la obligación anterior y la actual sean incompatibles.

Realizada esta aclaración, hay que señalar que en el caso que nos ocupa la novación consiste en, atendiendo de nuevo a GONZÁLEZ GARCÍA⁹⁸, una modificación de la escritura de préstamo dejando sin efecto la cláusula suelo, acordando un nuevo precio del contrato a través de un nuevo diferencial. A su vez esta modificación suele ir acompañada de una declaración por el cliente en la que manifiesta que ha sido informado por la entidad bancaria sobre las consecuencias económicas de la misma, así como de una cláusula de renuncia de acciones.

El segundo tipo de acuerdo utilizado por los bancos es la llamada transacción. Es definida por el CC en su art 1809 como “*el contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”. Por otra parte en la STS de 11 de octubre de 2000⁹⁹ se define como “*un contrato en el que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias. Son renunciaciones de sus pretensiones a cambio de reconocimientos parciales de los mismos. Una transacción en modo alguno puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos*”. A su vez puede distinguirse entre transacción judicial y

⁹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Teoría General de la Obligación y el Contrato...* ob.cit, pp.262 y 263.

⁹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA. Saúl, “La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales”...ob.cit, pp. 61.

⁹⁹ STS de 11 de octubre de 2000 (Aranzadi: RJ 2000\9193).

extrajudicial, en el caso analizado sería del segundo tipo al pretender evitar que las partes lleguen a juicio. El acuerdo al cual se llega a través de la transacción consiste en que el banco se compromete a no aplicar la cláusula suelo a cambio de una renuncia de acciones del consumidor y usuario. En este caso la transacción produce efectos de cosa juzgada a tenor de lo establecido en el art 1816 del CC, por tanto esto impediría que la cuestión objeto de transacción pueda ser planteada por ninguna de las partes ante un tribunal.

Una vez expuestos los dos tipos de acuerdos hay que analizar tanto los argumentos que defienden su validez como los que son contrarios a la misma. Para sustentar la validez de este tipo de acuerdos contamos con los siguientes elementos según GONZÁLEZ GARCÍA¹⁰⁰:

-Principio de autonomía de la voluntad: el cual se encuentra consagrado en el art 1255 del CC que establece que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

-“Pacta sunt servanda”: contenido en el art 1091 del CC en el cual se establece que *“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”*.

-La teoría de los actos propios: principio que se encuentra en el art 7 del CC. La doctrina de los actos propios, atendiendo a la STS de 28 de noviembre de 2000¹⁰¹, tiene su fundamento último en *“la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables”*. A su vez atendiendo a la STS de 9 de diciembre de 2010¹⁰², este principio es aplicable cuando *“lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean*

¹⁰⁰ GONZÁLEZ GARCÍA. Saúl, “La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales”...*ob.cit*, pp.64 y ss.

¹⁰¹ STS de 28 de noviembre de 2000 (Aranzadi: RJ 2000\9244).

¹⁰² STS de 9 de diciembre de 2010 (Aranzadi: RJ 2011\1408).

inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquella”. Es decir, esta teoría defiende que en aquellos casos en los que el consumidor renuncia a sus acciones no puede pretender con posterioridad ejercer las mismas.

Por otra parte, los argumentos en contra de la validez de este tipo de acuerdos son los siguientes:

-La irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores y usuario: según el art 10 del TRLGDCU *“la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”*, sin embargo como bien señala PERTIÑEZ VILCHEZ¹⁰³ *“la renuncia que proscribe dicho precepto es la “renuncia previa” de los derechos reconocidos en el TR-LGDCU, esto es, la que resulta impuesta por el empresario en el momento de la conclusión del contrato, de manera preventiva, respecto de un potencial derecho que el consumidor todavía no tiene, pero que podría llegar a adquirir durante el transcurso de la relación contractual (..) lo que prohíbe el art. 10 TR-LGDCU es la renuncia en el propio contrato al ejercicio de acciones de nulidad de cláusulas abusivas contenidas en aquel, pero no prohíbe la renuncia al ejercicio de una acción de nulidad de una cláusula abusiva concreta después de realizado el contrato y de haberse materializado e individualizado el perjuicio que la cláusula implica para el consumidor”*. Atendiendo a esto señala GONZÁLEZ GARCÍA¹⁰⁴ que en su opinión este artículo no es suficiente para fundamentar la nulidad de la renuncia de acciones ya que regula un supuesto distinto al discutido.

¹⁰³ PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios...* ob.cit. 2017, pp.203 y 204 (en la edición física del mismo).

¹⁰⁴ GONZÁLEZ GARCÍA. Saúl, “La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales”...ob.cit, pp.66.

-La abusividad de la renuncia de la acción de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas ex art 86.7 del TRLGDCU: en este artículo se establece que son abusivas las cláusulas que impongan cualquier renuncia o limitación de los derechos del consumidor. Según el citado autor podemos entender que en este caso la renuncia implica el abandono o pérdida de un derecho básico de los consumidores del art 8 del TRLGDCU, concretamente el derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. Por tanto, las cláusulas que supongan la renuncia de acciones pueden ser consideradas nulas de pleno derecho en virtud del art 83 del mismo texto legal al vulnerar el citado art 86.7 en relación con el 8 del TRLGDCU, teniendo dicha fundamentación apoyo jurisprudencial en la SAP de Cáceres de 31 de marzo de 2017¹⁰⁵.

-La nulidad del contrato de transacción o de novación: con respecto a la transacción, nos encontraríamos ante un supuesto de fraude de ley pues a través del mismo negocio jurídico se estaría privando de eficacia al principio de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas y su eliminación del contrato (contenido en los arts 10 de la LCGC y 83 del TRLGDCU). Sobre la novación, hay que señalar que en virtud del art 1208 del CC “*La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen*”, en el caso que nos ocupa es evidente la nulidad de la cláusula que ha sido modificada por tanto este artículo es plenamente aplicable. Estos razonamientos jurídicos encuentran a su vez respaldo jurisprudencial en, entre otras, la SAP de Cáceres de 8 de mayo de 2017¹⁰⁶.

Para finalizar este apartado, señalar que en opinión de GONZÁLEZ GARCÍA¹⁰⁷ los argumentos contrarios a la validez de los acuerdos aquí expuestos deben imponerse a aquellos que la defienden porque por un lado el respeto a las normas imperativas y la buena fe se encuentra por encima del principio de la autonomía de la voluntad, y por

¹⁰⁵ SAP de Cáceres de 31 de marzo de 2017 (Aranzadi: AC 2017\554).

¹⁰⁶ SAP de Cáceres de 8 de mayo de 2017 (Aranzadi: JUR 2017\144167).

¹⁰⁷ GONZÁLEZ GARCÍA. Saúl, “La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales”...*ob.cit*, pp.69.

otro las normas de protección del consumidor se imponen también al principio de autonomía de la voluntad así como a la cláusula relativa a la renuncia de acciones. En mi opinión, comparto con GONZÁLEZ GARCÍA que los argumentos contrarios a la validez de estos acuerdos deben prevalecer, ya que a través de los mismos pretende evitarse la vía judicial por parte de los bancos en detrimento de los derechos de los consumidores así como en contra de la legalidad.

Por último, el autor también señala que la estrategia a seguir en aras de la economía procesal y del propio consumidor sería realizar una acumulación objetiva de acciones del art 71 LEC que contenga las siguientes pretensiones:

-Una acción declarativa de nulidad del acuerdo novatorio transaccional motivada en la nulidad del negocio jurídico por contravenir normas imperativas y ser contrario a la buena fe de conformidad con los arts 6 y 7 del CC, o bien a tenor de lo dispuesto en el art 86.7 del TRLGDCU.

-Una acción declarativa del art 8 de la LCGC motivada en la falta de transparencia de la cláusula impugnada.

-Una acción de restitución del art 1303 CC fundamentada en el efecto restitutorio de la declaración de nulidad.

5.4.- La defensa del pequeño empresario

Para poner fin a este epígrafe, hay que hacer especial mención a los empresarios, los cuales se encuentran en una situación un tanto confusa en relación a la siguiente pregunta, ¿qué clase de defensa pueden tener los pequeños y medianos empresarios frente a las cláusulas suelo concertadas con entidades bancarias?

Existen diferentes posicionamientos que deben ser analizados entorno a esta cuestión. En primer lugar, como señala GÓMARA¹⁰⁸, el control de transparencia que anteriormente fue objeto de análisis en este trabajo no resulta aplicable a los contratos

¹⁰⁸ GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis, *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales extrajudiciales...* ob.cit, pp.57 y 58.

entre profesionales, estando reservado en la legislación europea y nacional¹⁰⁹ a las condiciones generales incluidas en contratos con consumidores. A su vez, como señala la STS de 3 de junio de 2016¹¹⁰ *“ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. Y no corresponde a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores”*. Por tanto, puede entenderse vedada la aplicación de este tipo de control.

Oponiéndose a este criterio encontramos el voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña Moreno en la STS de 3 de junio de 2016, en el cual cuestiona que el control de transparencia no pueda extenderse a la contratación entre empresarios cuando una de las partes contratantes actúa como adherente, señalando que *“no puede desconocerse la relevancia que ha adquirido, cada vez más presente, el ideal de la transparencia en la convivencia social y, por ende, en la progresiva evolución jurídica de la misma. Importancia que no solo se manifiesta en el actual entendimiento de nuestra organización política, en el correcto funcionamiento de los poderes públicos y de la propia Administración, sino también y, sobre todo, en el seno de los valores y convicciones que la sociedad reclama para que se realice el ideal de lo justo. Este ideal de lo justo está ya encarnado en la noción jurídica de transparencia como germen del cambio social y de la evolución que lo acompaña. De ahí la necesidad de atenderlo en todos aquellos ámbitos de la interpretación y aplicación normativa sobre los irremediabilmente ya incide. También, claro está, con relación a la contratación entre empresarios bajo condiciones generales”*. Entiende a su vez el magistrado que *“se debe*

¹⁰⁹ En el caso de la normativa nacional un ejemplo de ello lo encontraríamos en el art 3 del TRLGDCU en el cual se establece un concepto de consumidor que excluye a los empresarios al tener que actuar estos sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

¹¹⁰ STS de 3 de junio de 2016 (Aranzadi: RJ\2016\2306).

proceder a la interpretación extensiva del control de transparencia en la contratación entre empresarios; sin que la ausencia de un reconocimiento expreso de la normativa al respecto sea excusa para su no aplicación”.

Por último, encontramos también en la STS de 3 de junio de 2016 la posibilidad de aplicar a esta contratación el principio de buena fe. Como señala SÁNCHEZ¹¹¹ la sentencia ofrece una posibilidad propia del contrato de negociación, esta solución consiste en aplicar los arts 1258 CC y 57 del Código de Comercio¹¹² que establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, a su vez señala que *“estas normas permitirían eliminar aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio para el adherente en el sentido de que modifican lo que había podido representarse como pactado conforme al contenido normal del contrato, conclusión de que es acorde con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos”*. Esta interpretación tiene respaldo también en la STS 30/2017 de 18 de enero¹¹³ la cual establece que *“es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias - publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato)”*.

¹¹¹ SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, “La protección del pequeño empresario frente a las cláusulas abusivas” *Actualidad Civil*, Noviembre 2016, número 11, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid, pp. 50.

¹¹²

¹¹³ STS 30/2017 de 18 de enero (Aranzadi: RJ\2017\922).

6.- Conclusiones.

Para poner fin a este trabajo, de todo lo expuesto anteriormente podemos extraer las siguientes ideas:

I.- Hemos podido observar que las cláusulas suelo que se encuentran insertas en los contratos de préstamo hipotecario forman parte del objeto principal del contrato y tienen la consideración de condiciones generales de la contratación. Al mismo tiempo se ha podido observar que las mismas no son *per se* ilícitas y que estas pueden ser sometidas al doble control de transparencia, y si se da el caso de que no lo superan pueden ser sometidas a un control de contenido. Aunque en la práctica estas pueden haber sido incluidas en el contrato superando los controles antes mencionados y con el pleno e informado consentimiento del consumidor es innegable que la intención de los bancos desde un primer momento ha sido obtener un beneficio sin tener en cuenta en ningún momento los derechos del mismo.

II.- Que si bien la posición del TS en este proceso ha sido clave hay que destacar que de no ser por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 los consumidores no habrían logrado que sus pretensiones (totalmente legítimas) se materializaran. Aun a día de hoy siguen dictándose nuevas sentencias y aunque el panorama general es de un respaldo total al consumidor no hay que olvidar que se han dictado sentencias como la STS 171/2017 de 9 de marzo que suponen un paso atrás.

III.- La posición del Gobierno de España en esta cuestión, a mi juicio, no puede ser más criticable. La creación del RD-Ley 1/2017 ha supuesto por un lado una ventaja más para los bancos, ignorando normas procesales e incluso yendo en contra del principio rector de la política económica y social contenido en el art 51 CE, por otro, un obstáculo más para el consumidor para poder defender sus derechos ante los tribunales.

IV.- Y por último, que pese a lo dicho anteriormente, es innegable que ha sido gracias a la labor de los tribunales españoles y europeos que los consumidores han podido ver protegidos sus derechos.

7.- Jurisprudencia consultada

Tribunal Justicia de la Unión Europea

STJUE de 21 de febrero de 2013 (Aranzadi: TJCE 2013\46)
STJUE de 30 de abril de 2014 (Aranzadi: TJCE 2014\105)
Auto del TJUE 17 de marzo de 2016 (Aranzadi: TJCE 2016\138)
STJUE de 14 de abril de 2016 (Aranzadi: TJCE 2016\138)
STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Aranzadi: TJCE\2016\309)
STJUE de 26 de enero de 2017 (Aranzadi: TJCE 2017\31)

Tribunal Supremo

STS de 11 de octubre de 2000 (Aranzadi: RJ 2000\9193)
STS de 28 de noviembre de 2000 (Aranzadi: RJ 2000\9244)
STS de 6 de julio de 2005 (Aranzadi: RJ 2005\9532)
STS de 9 de diciembre de 2010 (Aranzadi: RJ 2011\1408)
STS de 406/2012, de 18 de junio (Aranzadi: RJ 2012\8857)
STS de 9 de mayo de 2013 (Aranzadi: RJ\2013\3088)
STS de 8 de septiembre de 2014 (Aranzadi: RJ 2014\4660)
STS de 25 de marzo de 2015 (Aranzadi: RJ\2015\735)
STS 329/2015 de 8 de junio (Aranzadi: RJ\2015\2925)
STS 435/2015 de 10 de septiembre (Aranzadi: RJ\2015\5628)
STS de 3 de junio de 2016 (Aranzadi: RJ\2016\2306)
STS 720/2016 de 1 de diciembre (Aranzadi: RJ\2016\5673)
STS 30/2017 de 18 de enero (Aranzadi: RJ\2017\922)
STS de 24 de febrero de 2017 (Aranzadi: RJ\2017\602)
STS 171/2017 de 9 de marzo (Aranzadi: RJ\2017\977)
Auto del TS de 4 abril 2017 (Aranzadi: RJ\2017\2121)
STS de 8 de junio de 2017 (RJ\2017\2509)
STS 419/2017 de 4 de julio (Aranzadi: RJ\2017\3064)

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2017 (Aranzadi: RJ 2017\5509)

Audiencias Provinciales

SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de octubre de 2011 (Aranzadi: AC 2011\1569)

SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 2016 (Aranzadi: JUR 2017\23312)

Auto de la AP de Toledo, Sección 1.ª de 17 de noviembre de 2016 (Aranzadi: JUR 2017\30411)

Auto de la AP de Barcelona, Sección 16.ª, de 27 de diciembre de 2016 (Aranzadi: JUR 2017\55708)

SAP de Cáceres de 31 de marzo de 2017 (Aranzadi: AC 2017\554).

SAP de Cáceres de 8 de mayo de 2017 (Aranzadi: JUR 2017\144167).

Juzgados de lo mercantil

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla 246/2010 de 30 de septiembre (Aranzadi: AC\2010\1550)

Sentencia del Juzgado mercantil nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013 (Aranzadi: AC 2013\1507)

8.- Bibliografía

ADÁN DOMENECH, Federico, *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Editorial Wolters Kluwer S.A, Barcelona, 2017.

AGÜERO ORTIZ, Alicia, “Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2017, número 104, Editorial Civitas, Pamplona.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, “Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, número 5, Editorial Aranzadi, Pamplona.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Instituciones de Derecho Civil: Doctrina General de los Contratos*, Manuales de Derecho Civil y Mercantil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

BRANDNER y ULMER, “EG-Richtlinie über missbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission“, *BetriebsBerater*, 1991, núm. 11.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

DEL CARPIO, Verónica, “El Real decreto-ley 1/2017 sobre cláusula suelo”, *El Bosque y los árboles - Blog jurídico de la abogada Verónica del Carpio*, Enero 2017, artículo disponible online en <https://veronicadelcarpio.com/2017/01/23/rdl-clausula-suelo/> (Última visita: 23/02/2018).

DEL CARPIO, Verónica, “La Justicia en la trampa: juzgados trampa para cláusulas abusivas” *Blog jurídico de la abogada Verónica del Carpio*, Junio 2017, artículo disponible online en <https://veronicadelcarpio.com/2017/06/09/la-justicia-en-la-trampa-juzgados-trampa/> (Última visita: 23/02/2018).

FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Editorial Kluwer S.A, Barcelona, 2017.

FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “Impugnación y reclamación previa de «cláusulas suelo»: sobre su validez y tutela judicial efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, número 3, Editorial Aranzadi, Pamplona.

GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis, *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales extrajudiciales*, Colección Claves Prácticas, Editorial Lefebvre, Madrid, 2017.

GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl, “La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales”, *Actualidad Civil*, Noviembre 2017, número 11, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid.

LÓPEZ CÁNOVAS, Ángeles, “La sentencia del Tribunal Supremo nº 139/2015, de 25 de marzo, denegatoria del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, número 5, Editorial Aranzadi, Pamplona.

MARTÍN FABA, José María, “El banco condenado por una clausula suelo abusiva no debería pagar las costas si fue parcial la estimación de las pretensiones, o si se consideró que el caso era jurídicamente dudoso”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Septiembre-Diciembre 2017, número 105, Editorial Civitas, Pamplona.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Curso de Derecho Civil II, Volumen I, Editorial Edisofer S.L Libros Jurídicos, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2014, número 133, Editorial Aranzadi, Pamplona.

MATEOS FERRES, María, “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, número 5, Editorial Aranzadi, Pamplona.

MIQUEL ROCA, José María, “Las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, *XX Seminario Juan Miquel de Derecho Comparado*, Universidad de la Laguna, La Laguna, Abril 2017.

PÉREZ CONESA, Carmen, “Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, número 4, Editorial Aranzadi, Pamplona.

PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo, “Consumidores contra bancos: combate amañado”, *Blog de Gerardo Pérez Sánchez*, julio de 2017, artículo disponible online en <http://www.gerardoperez.es/consumidores-contrabancos-combate-amanado/> (Última visita: 23/02/2018).

PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Revista para el análisis del derecho*, Julio de 2013, número 3, InDret, Barcelona.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, 2013, número 8097, LA LEY.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999, Editorial Aranzadi, Pamplona.

ROCA MARTÍNEZ, José María, “Un paso más en la protección del consumidor: imposición de las costas de las instancias previas (STS Sala Primera, pleno, 419/2017, de 4 de julio)” *Actualidad Civil*, Diciembre 2017, número 12, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, “Implicaciones, a vuela pluma, de la STJUE de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, número 1, Editorial Aranzadi, Pamplona.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, “La protección del pequeño empresario frente a las cláusulas abusivas” *Actualidad Civil*, Noviembre 2016, número 11, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid.

VAZQUEZ GARCÍA, David, “Las costas procesales de primera y segunda instancia en los casos de cambio jurisprudencial motivado por la doctrina del TJUE. Comentario a la Sentencia de Pleno 419/2017 de 4 de julio”, *Actualidad Civil*, Septiembre 2017, número 9, Editorial Wolters Kluwer España S.A, Madrid.

VILAPLANA RUÍZ, J., “Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, Febrero de 2017, nº. 8928.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La sentencia europea sobre las cláusulas suelo: crónica de una muerte anunciada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2017, número 926, Editorial Aranzadi, Pamplona.