

Cláusulas abusivas: Especial mención a las Cláusulas Suelo

Abusive clauses special mention to the Ground Clauses.

Martín León, Bárbara.

Rodríguez Hernández, Antonio Manuel.

Tutor: Medina Hernández, Orlando.

Grado en Contabilidad y Finanzas.

Presentación: San Cristóbal de la Laguna

ABREVIATURAS.

EHA/2899/2011 (Orden EHA/2899/2011 del 28 de Octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)

CE (Constitución Española)

LGDCU (Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias)

PGH (Préstamos con garantía hipotecaria)

TS (Tribunal Supremo)

TAE (Tipo de interés anual efectivo)

IRPH (El IRPH es un indicador que se utiliza en hipotecas a tipo variable, y se denomina como Índice de referencia de préstamos hipotecarios)

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará “la cláusula suelo”, cláusula que numerosas entidades bancarias incorporaron a los créditos hipotecarios concedidos, para protegerse de las bajadas de los tipos de intereses que estuvieran por debajo de determinados umbrales. Esto generó un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes, ya que la información que se le suministraba al consumidor del contenido del contrato y la aplicación de la cláusula no era clara ni sencilla. Esta falta de transparencia provocó el carácter abusivo en las cláusulas. La falta de licitud dio pie a que el TS dictara la Sentencia del 9 de Mayo de 2013, que establece por primera vez la nulidad de la cláusula suelo y limita su retroactividad a ese momento.

Palabras Claves: cláusula suelo, contrato, falta de transparencia, sentencia, nulidad.

SUMMARY

In this essay we will analyze the so called <<cláusula suelo>>, a clause which was included in accepted mortgages by numerous banking entities in order to protect themselves from the lowering of interest rates under specific values.

This “minimum interest” clause generated an imbalance between the rights and obligations from both sides, due to the fact that the information provided to the recipient of the mortgage and application of said clause wasn’t completely clear and concise.

This lack of transparency generated the abusive character of this clause. In conjunction with its lawlessness, the Supreme Court passed the Sentence of the 9th of May of 2013, declaring for the first time the “ground clause” null and limiting its retroactivity up until that moment.

Keywords: ground clause, contract, lack of transparency, judgment, nullity.

ÍNDICE

1. Introducción.

2. El sistema de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de la contratación.

2.1. Marco normativo constitucional y legal.

2.2. Concepto del consumidor.

2.3. Protección del consumidor en la contratación en general.

2.3.1. Protección del cliente en la fase precontractual

2.3.2. Protección del cliente en la fase contractual

2.4. Protección del Consumidor en la contratación bancaria.

2.4.1. Protección del cliente en la fase precontractual

2.4.2. Protección del cliente en la fase contractual

2.4.3. Protección del cliente en la fase de ejecución del contrato

2.5. Protección del consumidor en la contratación hipotecaria.

2.5.1. Protección del cliente en la fase precontractual

2.5.2. Protección del cliente en la fase contractual

3. La contratación de consumidores y usuarios bajo la modalidad de préstamo con garantía hipotecaria.

4. Cláusulas Abusivas.

4.1. Concepto Legal y Jurisprudencial.

4.2. Nulidad de las Cláusulas con los Préstamos de Garantía Hipotecaria.

4.3. Integridad del Contrato.

4.4. Tipos de Cláusulas Abusivas.

5. Análisis en particular de la denominada “cláusula suelo”.

5.1. Marco histórico

5.2. La cláusula suelo en la práctica bancaria: concepto y caracteres

5.2.1. Licitud de las cláusulas suelo y regulación sectorial

5.2.2. Posición de las cláusulas suelo en el contrato

5.2.3. Control y transparencia de las cláusulas suelo

5.2.4. Carácter abusivo de la cláusula suelo y nulidad parcial del contrato

5.3. Evolución de la jurisprudencia de los tribunales españoles y del Tribunal Europeo en el tratamiento de la “cláusula suelo”.

6. Conclusión.

7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

El derecho a la vivienda es un derecho que viene recogido en nuestra legislación en el artículo 47 de la constitución española, el cual expresa que: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

La decisión de adquirir una vivienda familiar constituye, sin duda, una de las decisiones más importantes en la vida de una persona, no solo por la función que ésta cumple, sino también por el elevado coste que supone dicha adquisición; pero es la importante inversión de capital que requiere esa adquisición la razón por la que el recurso a la financiación bancaria es la vía más rápida y habitual para conseguirlo. Aunque actualmente el proceso de contratación de una hipoteca es más garantista, según la revista financiera “ED ECONOMÍA DIGITAL”, en los años 2004-2008 previos al estallido de la conocida como “burbuja inmobiliaria”, las hipotecas en España eran las más baratas y accesibles del mundo, y más de la mitad de esas hipotecas se concedieron por un importe del 110% del valor real del inmueble gravado, como consecuencia del importante descontrol reinante en el proceso de tasación. La “burbuja” trajo consigo un aumento en el precio de las viviendas, que llegó a crecer 6 puntos porcentuales del salario medio, lo que terminó provocando un crecimiento progresivo de los impagos, de los desahucios, y un aumento preocupante del número de ocupaciones ilegales de viviendas.

Durante estos años se firmaron muchas hipotecas que no cumplían con buena parte de las normas que regulan y tutelan los derechos de los consumidores y usuarios en general y, en particular, las que disciplinan sus derechos en el ámbito de la contratación bancaria.

En este trabajo nos proponemos abordar el estudio de algunas de las cláusulas que se han venido utilizando habitualmente en la mayor parte de los préstamos bancarios con garantía hipotecaria destinados a la adquisición de viviendas, cláusulas que judicialmente han terminado mereciendo el calificativo de abusivas, y entre ellas, dedicaremos especial atención a una de esas cláusulas conocida popularmente como “cláusula suelo”.

2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN.

2.1. MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

Las normas que tienen por objeto la protección de los consumidores y usuarios constituyen un conjunto de disposiciones, caracterizadas por participar de unos rasgos específicos por su procedencia y función, así como su aplicación y ejercicio. De este modo, para la correcta aplicación y defensa corresponde al 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 (LGDCU). Que regula los derechos básicos de los consumidores y usuarios, las asociaciones de consumidores y usuarios, la potestad sancionadora en materia de consumo, los procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios, los contratos celebrados por los consumidores y las empresas, las garantías y servicios posventa, la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y los viajes combinados.

También el artículo 51 de la CE regula los derechos de los consumidores y usuarios, convirtiéndose en un principio básico que obliga al Estado a asegurar a los ciudadanos sus derechos y libertades en este ámbito. Y dice así:

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

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

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, expresa con carácter general que todas sus cláusulas deberán ajustarse a los criterios que establece la LGDCU. Por ello, dicha ley protege los intereses de los consumidores, pero también de cualquiera que use las condiciones generales en el proceso contractual, añadiendo un artículo 10 que modifica la antigua Ley 26/1984, de 19 de julio, que media sobre las exigencias de la buena fe, el daño del consumidor, y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales.

El régimen jurídico específico de la protección de los consumidores en relación al crédito al consumo está contenido en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que incorpora la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo. Dicha Ley se aplica a aquellos contratos en que el prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación. La delimitación del ámbito objetivo de aplicación de esta Ley, así como la definición de los conceptos que en la misma se utilizan, responden al interés de adaptar la norma a la constante

evolución de las técnicas financieras y a la conveniencia de que sus disposiciones puedan acoger futuras formas de crédito. Con la finalidad de mejorar la información de los consumidores, la Ley hace referencia a todas las fases del servicio financiero, así como, a los derechos y obligaciones de las partes involucradas.

Esta Ley se complementa por la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que establece el régimen de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos.

Por otra parte, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, transposición de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, contiene el régimen jurídico específico de la protección de los consumidores en los servicios financieros que se comercializan a distancia. Esta Ley se aplicará a los contratos de servicios financieros prestados a distancia por las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas como entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Los derechos de los consumidores estipulados en dicha Ley, no podrán ser renunciados en ningún momento, ya que se estaría cometiendo acto de fraude.

Sin embargo, este amplio conjunto de normas no cubre todas las necesidades de protección de los consumidores y usuarios en un sector tan dinámico como el financiero, donde tanto la innovación de los productos como la aparición de nuevos prestadores de servicios es constante. Esta característica del sector financiero obliga a los poderes públicos a prestar una permanente atención para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios. En concreto, dos fenómenos, que hasta la fecha no contaban con una previsión normativa específica, están adquiriendo en la actualidad un gran auge: los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación del crédito. Ambos son el objeto fundamental de esta Ley, que los regula con el objetivo de salvaguardar los intereses económicos y los derechos de los consumidores y usuarios.

2.2. CONCEPTO DE CONSUMIDOR.

El Concepto de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico viene desarrollado en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU), estando recogido en el artículo 3 como se ha especificado anteriormente extrayéndose lo siguiente:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

A pesar de ello, el concepto de consumidor en La Ley 3/2014, supone una de las transformaciones más significativas del contenido del Texto Refundido desde su

creación por el Real Decreto Legislativo 1/2007 pues, aunque no se modifica un gran número de artículos, se efectúan cambios sobre aspectos que hoy por hoy son fundamentales en la interacción de todo consumidor con los diferentes agentes que intervienen en el mercado.

En 1984 la LGDCU dispone “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Añadiendo el matiz de “No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

El cambio se pronuncia en 2007, en la afectación al tener en cuenta como usuarios a todas las personas que no se encuentren en el ejercicio de una actividad “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

El concepto de consumidor a día de hoy indica que “a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Precizando que estos usuarios no deben tener personalidad jurídica y que su actuación debe ser sin ánimo de lucro, en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Como se expone en la Sentencia Civil Nº 205/2016, AP - Badajoz, Sec. 3, Rec. 304/2016, 05-10-2016: es verdad que, a diferencia de la normativa europea, en España las personas jurídicas pueden ser también consumidores. Ahora bien, la nota esencial que diferencia a un profesional y a un consumidor es la ajenidad a la actividad profesional. En la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (en vigor desde el 29 de marzo de 2014), todavía se clarifica más el concepto al definir al empresario como aquella persona que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de septiembre de 2015, señala que lo determinante no son las condiciones subjetivas del contratante sino el destino de la operación, ya que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Concluyendo, es consumidora toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

2.3. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN EN GENERAL.

Para empezar hablar sobre la contratación en su ámbito general, debemos indicar que se encuentra regulada en la LGDCU, la cual, indica desde el art. 60 hasta el art. 66, las condiciones previas al contrato; así como desde el art. 68 hasta el art.74, comprende la fase contractual o derecho de desistimiento. Esta ley, se encuentra complementada por

la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la cual tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, y se dicta en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a, por afectar a la legislación mercantil y civil.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o no, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional

2.3.1. Protección del cliente en la fase precontractual

En la información previa contractual, el empresario debe facilitar de forma clara y comprensible, antes de que el consumidor y usuario quede vinculado, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

El artículo 60 establece en su apartado 2º, una serie de obligaciones de información sobre los bienes y servicios de carácter relevante, como por ejemplo las características principales de los mismos, el precio total, incluidos impuestos y tasas, procedimiento de pago, derecho de desistimiento, etc. Así como en caso de que se prevean pagos adicionales, el empresario deberá obtener el consentimiento expreso para el mismo; y queda expresamente prohibido que lo empresarios apliquen cargos a los consumidores por la utilización de medios de pago.

En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato.

La entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta, el empresario deberá entregar los bienes en un plazo máximo de 30 días naturales desde la celebración del contrato. Por lo que, si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.

2.3.2. Protección del cliente en la fase contractual

En la fase contractual, podemos llamarla como proceso de desistimiento, incluyéndose en el art. 68 de la misma ley. Este derecho es una facultad del consumidor y usuario para dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose a la otra parte en el plazo establecido para ello, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna. Por esta razón el empresario no podrá imponer penalización por ello.

El consumidor tendrá así, 14 días naturales desde que el empresario informe sobre este derecho y a contar desde la celebración contractual (art. 69). En caso contrario el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento finalizará 12 meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial.

Si el consumidor y usuarios desiste del contrato no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, y tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien; obteniendo estas sumas sin demoras indebidas.

2.4. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA.

Una de las principales finalidades para conseguir una protección del consumidor en el terreno bancario es la transparencia, la cual, podemos definir como una serie de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre los usuarios y las entidades de crédito, así como imponer a las entidades que informen y comuniquen obligatoriamente a las autoridades supervisoras. Esto ayudará y fundamenta el contenido de la normativa de transparencia que afecta a la clientela que establezca un contrato bancario o ejecución del mismo.

Por eso, creemos necesario diferenciar estas obligaciones, y las podemos distinguir en diferentes momentos del tiempo, es decir, según las fases que tiene el consumidor durante la celebración del contrato. Así por otra parte, por su singularidad y por su regulación específica, nos centraremos en la contratación de préstamos hipotecarios; recogidos en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

2.4.1. Protección del cliente en la fase precontractual

La etapa en la que el cliente de una entidad de crédito está interesado en contratar una operación o servicio bancario, es la Precontractual. En ella se recoge información sobre las condiciones económicas, de una o varios bancos que ofrecen el mismo producto o servicio. La normativa incluye una serie de normas referidas a la información que ofrecen sobre los intereses; los cuales son regulados por la orden EHA/2899/2011 en su artículo 4 este menciona que estos deberán ser fijados libremente entre las entidades de crédito y los clientes, sea cual sea su modalidad y plazo. Además, tienen que poner a disposición los tipos de interés actualizados.

Junto a los intereses, las comisiones por servicios son una constante de los contratos, ya que también están regulados por la misma Orden en su artículo 3 estas comisiones deben ser aceptadas expresamente por el cliente y respondan por el servicio prestado, y de igual forma que los intereses, las comisiones deberán estar debidamente actualizadas, en caso de que se realicen servicios bancarios a distancia por vía electrónica nos deben indicar de forma perceptible y gratuita los gastos repercutibles.

Para completar la protección del cliente en la fase precontractual, se exige previa autorización para la publicidad explícita o implícita, que haga referencia dicha entidad. La cual, para ser autorizada debe ser presentada al público con claridad, precisión y respeto de la competencia; así como, que le llegue el cliente de la misma manera antes de contratar el producto o servicio, como así establece la orden EHA/1718/2010 del 11 junio.

2.4.2. Protección del cliente en la fase contractual

Según la EHA 2899/2011 en su artículo 7, la entidad de crédito está obligada a entregar el documento contractual. E incluso, se deben de enviar al cliente, siempre que esté así lo requiera, los documentos por medios electrónicos, o copias reservadas a los notarios. Cuando se establezcan fondos reembolsables como los depósitos, concesión de préstamos se deberán recoger explícita y claramente determinados aspectos como por ejemplo el tipo de interés nominal o la periodicidad del devengo de intereses, así como el resto de los aspectos que se encuentran en el artículo 7 de dicha orden en el punto 3 apartados del a al i.

Junto al contrato de estas condiciones, la entidad debe entregar un ejemplar de sus tarifas de comisiones, gastos repercutibles y normas de valoración aplicables a las operaciones. Además de las disposiciones examinadas dirigidas a la regulación de la fase previa de la contratación, existen otras que pretenden conseguir la protección del consumidor bancario en la fase contractual. En esta etapa del tiempo consisten en la obligatoriedad de la entrega del documento contractual al cliente.

2.4.3. Protección del cliente en la fase de ejecución del contrato

Por último, se encuentra la normativa que regula la fase de ejecución del contrato, referida a las cuestiones relacionadas con la liquidación de las operaciones y con la información periódica que se debe enviar a los clientes sobre el desarrollo de las relaciones establecidas. Esta normativa no es otra que, conseguir la claridad informativa y fiel, donde cada liquidación debe dar al cliente un justificante documental en el que consten todos los datos necesarios para así pueda comprobar la corrección de los cálculos efectuados.

2.5. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN HIPOTECARIA.

En este epígrafe se desarrollará la protección del consumidor en la contratación de un préstamo hipotecario, y para ello debemos tener en cuenta el capítulo dos de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios, la cual contiene la información previa al contrato, se establece la información que la empresa debe facilitar al consumidor, sobre el servicio ofrecido y sobre el contrato de intermediación. El desarrollo de la citada información

viene contenido en la fase precontractual que se expondrá en el siguiente epígrafe, que incluye elementos esenciales para la adopción de una decisión informada y responsable, tales como la descripción de las principales características de los contratos y el precio total que debe pagar el consumidor. Así como, la Orden EHA/2899/2011, que tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de productos y servicios bancarios de entidades de crédito, mediante la implantación de normas de conducta y medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios, Que se explicará posteriormente.

2.5.1. Protección del cliente en la fase precontractual.

Previamente se debe informar al consumidor sobre una serie de aspectos importantes referidos al documento contractual, de forma gratuita y con una antelación de cinco días naturales a la celebración del contrato, según nos señala el artículo 14 de la Ley 2/2009. Estos aspectos se basan en la descripción del contrato, en el cual, deberá figurar:

- El precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa.
- La obligación de informar si existen otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma. No obstante, en el caso de que estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar su cuantía y cuáles son.
- Las modalidades de pago y de ejecución, así como su duración, condiciones y modo para ejercerlo.
- Los medios de reclamación, a qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos.
- Legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato.

La información prevista en este artículo se prestará por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita hacer constarla fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información. El incumplimiento de los requisitos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos 61 y 65 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

Además, los derechos y las obligaciones de los consumidores se cumplimentan en una serie de aspectos, como son:

A) Transparencia en relación a los contratos y a los precios.

Los consumidores tendrán la obligación de recibir las condiciones generales de la contratación en un formato que pueda consultarlo cuando así lo desee. Así como, no deberán afrontar ningún gasto ni asumir ningún compromiso para recibirlas. La

información dada, debe ser accesible desde la web de los prestamistas y en los establecimientos abiertos al público.

Así mismo, el consumidor obtendrá esta información de forma gratuita. Además, debe estar redactada de forma clara y sencilla, y ha de ser siempre entregada con 5 días hábiles de antelación a la formalización de cualquier contrato. Por último, las comisiones y gastos repercutidos solo pueden ser por los servicios que le prestan o solicita el mismo consumidor.

B) Comunicaciones comerciales y publicidad.

La Ley enumera el contenido que, como mínimo, han de tener las comunicaciones comerciales y publicitarias de los créditos y préstamos hipotecarios. Estas deben ser claras, no engañosas, legibles y, si procede, audibles. En ningún caso pueden generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito o préstamo, y deben serle suministradas de una forma comprensible y transparente, de modo que pueda conocer los elementos esenciales para poder comparar las diferentes ofertas.

C) Información precontractual.

Se regula de forma, que el consumidor debe conocer de forma detallada, el contenido de la información precontractual de forma gratuita, clara, completa, comprensible y por escrito. Además, con una antelación de catorce días naturales a la formalización del contrato y, en cualquier caso, antes de que se adquiere ninguna obligación:

- La identidad y el domicilio del prestamista y la identificación de la persona responsable del préstamo.
- La finalidad para la que podrá utilizarse el crédito o préstamo.
- El derecho del consumidor a escoger notario y a aportar una tasación del bien inmueble, que debe ser aceptada e incluida en el registro de la entidad de crédito.
- Deberá conocer la duración; la descripción comparativa de los tipos de crédito disponibles con una breve exposición de las características de los productos a tipo fijo, referenciado y variable; las implicaciones para el consumidor; las opciones para reembolsar el crédito al prestamista, con la indicación del número, la periodicidad y el importe de las cuotas y la posibilidad, si procede, de reembolso anticipado. En todo caso, el consumidor tiene el derecho de recibir un cuadro que refleje la evolución, durante los doce meses anteriores, de los diversos tipos de referencia oficiales.
- El precio total, incluido el desglose de todas las comisiones, cargas, gastos e impuestos.
- Las modalidades de pago y de ejecución.
- La información relativa a cualquier derecho que tengan las partes para resolver el contrato anticipadamente, de acuerdo con la legislación aplicable y las condiciones del contrato, incluidas las compensaciones.
- El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables y las condiciones en que pueden modificarse, así como el tipo de interés de demora.
- Un estudio de sensibilidad de las oscilaciones en el importe total del préstamo para el consumidor en los créditos o préstamos hipotecarios a tipos de

referencia, con la comunicación del importe más alto y más bajo que puede tener la cuota mensual a lo largo del período de amortización previsto, en base a la fluctuación que ha sufrido el índice de referencia, al menos, en los últimos veinte años.

- Las cláusulas suelo y techo y demás cláusulas o contratos accesorios que pueden alterar el tipo de interés o el precio del crédito o préstamo hipotecario, las implicaciones de estas cláusulas o estos contratos accesorios para el consumidor, y la comparativa de la onerosidad del crédito o préstamo con estas cláusulas o estos contratos y sin ellos.
- Indicaciones sobre cómo puede afectar el préstamo hipotecario a las obligaciones fiscales y sobre las ayudas públicas, teniendo en cuenta las cualidades del prestatario consumidor.
- Los medios de reclamación y los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos.
- El sistema de fijación de la deuda o de la determinación de las cantidades debidas.
- El derecho del consumidor a negociar individualmente las cláusulas del contrato.
- La obligación de añadir en la escritura de préstamo una expresión manuscrita en que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.
- La posibilidad de consultar la Guía de acceso al préstamo hipotecario, del Banco de España, y la indicación de dónde puede consultarse.

2.5.2. Protección del cliente en la fase contractual

El momento en el que la entidad comienza a realizar la fase preparatoria de la operación, lo podemos encontrar en el art.15 de dicha Ley. En este caso, deberá informar al consumidor si la prestación de servicios conlleva gastos adicionales para el afectado, como por ejemplo las tarifas honorarias de los que prestan el servicio. En particular, las empresas deberán entregar al consumidor copia del informe de tasación si la operación llega a formalizarse, o el original de dicho informe, en caso contrario.

Como hemos mencionado anteriormente la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, también regula la información que debe conocer el consumidor y está recogida en su art.7, el cual expresa lo siguiente:

- El cliente tiene el derecho de recibir el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice el servicio recibido.
- Las entidades de crédito deberán conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que éste lo solicite.
- En las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de copias por los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial.
- Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, y de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara la TAE u otra expresión equivalente, la periodicidad, los gastos y comisiones, etc.

3. LA CONTRATACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS BAJO LA MODALIDAD DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

Dentro de esta modalidad de préstamo debemos señalar que la regulación del mismo la podemos encontrar en las siguientes disposiciones:

- El Decreto del 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria modificó a la anterior del año 1944, La finalidad de esta consiste en armonizar los textos legales vigentes y abreviar el contenido de los asientos del registro, y además especifica los de inmuebles que pueden ser hipotecados.
- La contratación con los consumidores viene recogida en la ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, concretamente en sus artículos 17 y 18. Este tipo de contrato deberá ser cumplimentado por las condiciones previstas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarias, que sustituye a la Orden 5 de Mayo de 1994, como ya hemos especificado con anterioridad.
- La Ley 5/2019, de 15 de marzo, que regula los contratos de crédito inmobiliario la cual entrara en vigor con fecha 16 de junio del año 2019, que tras analizar el contenido de la misma destacamos lo siguiente:

Esta Ley establece determinadas normas para la protección de las personas físicas que sean deudores o fiadores de préstamos que tengan como garantía una hipoteca u otro derecho real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos construidos o por construir. De los cuales destacamos los siguientes artículos y cuestiones:

El art. 2, la Ley se aplicará a los contratos de préstamos hipotecarios concedidos tanto a personas físicas como jurídicas, que tengan como garantía un bien inmueble de uso residencial; ya sea trasteros, garajes o cualquier otro que cumpla una función doméstica.

Los agentes que presten los servicios hipotecarios, deberán actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos de los consumidores, como bien señala el art.5. Además, las actividades y los servicios de asesoramiento se basarán en una información actualizada, especificando los riesgos existentes para la situación del prestatario a lo largo de la vigencia del préstamo propuesto.

Toda publicidad relativa a los contratos de préstamo que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo para el prestatario deberá especificar de forma clara, concisa lo que destaca en el art. 6:

- a) La identidad del prestamista, del intermediario de crédito o representante designado.
- b) Que el contrato de préstamo estará garantizado por una hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial.

c) El tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos, junto con información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del préstamo para el prestatario.

d) El importe total del préstamo y el TAE. Además, en caso de servicios particulares como puede ser un seguro deberá indicarse de manera obligatoria.

Según el art. 9, el contrato hipotecario deberá ser facilitado al consumidor en un soporte de papel o cualquier formato duradero, con una información clara y comprensible. Especificando en todo momento las partes identificadas, los fines para lo que se puede emplear el crédito y las formas de garantías. Del mismo modo, los posibles costes que le pueda suponer no incluidos en el coste total del crédito y las posibles advertencias en caso de no cumplir con las condiciones impuestas.

Las obligaciones del prestamista vienen recogidas en una serie de artículos de los que destacamos la de ofrecer al prestatario la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato, la información deberá ser facilitada mediante una ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) como es recogido en su artículo 10. La de evaluar la solvencia del prestatario fiador o garante debiendo tener en cuenta los factores pertinentes para verificar si el cliente en cuestión puede cumplir con las obligaciones que se deriven del préstamo. El prestamista solo podrá dar la disposición del préstamo si en el momento de evaluar la solvencia es posible que se cumplan las condiciones pactadas del mismo. En el caso de que la evaluación sea incorrecta no otorga el derecho de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato, salvo en los casos que el prestatario oculte o falsifique consciente la información. De igual forma los prestamistas no podrán resolver, rescindir o modificar el contrato en perjuicio del prestatario debido a que la información sea incompleta.

En los casos que se deniegue la solicitud del préstamo se deberá informar por escrito al prestatario, y en los casos que corresponda al fiador o avalistas respectivos. Cuando la denegación se produzca como resultado de una consulta de una base de datos deberá entregarse copia del resultado, y de los pormenores de la base de datos, así como el derecho de acceder y rectificar, en su caso contenidos de esta.

En los casos de préstamos con garantía real la evaluación de la solvencia no se hará de forma mayoritaria en el valor de la garantía exceda del importe del préstamo o en la premisa de que el valor de la garantía aumentará.

La información referente a la solvencia lo podemos encontrar en su artículo 12 y se deberá especificar de manera clara y directa en la fase precontractual del mismo la información y pruebas comprobables, que el prestatario deberá facilitar, así como el plazo en que se debe realizar, debiendo ser proporcionada y limitada a lo necesario para realizar la evaluación.

Respecto a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos resaltamos la obligación de entregar por parte del prestamista con una antelación de diez días naturales respecto a la firma, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN, una ficha de advertencia estandarizadas (FAE) en la que se

debe recoger la existencias de cláusulas o elementos relevantes, como pueden ser la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable, y en los caso de préstamo con tipos de iteres variable, un documento con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

En la comprobación del cumplimiento de los principio de transparencia destaca la obligación por parte del notario de verificar la documentación comprobando que cumpla con los requisitos previstos. Una vez acreditado dicho cumplimiento se hará constar en un acta notarial previa a la formalización del contrato. Además, el notario deberá informar individualmente que ha prestado asesoramiento en relación a las cláusulas específicas recogidas en el FEIN y la FAE siendo insuficiente una afirmación genérica. Además, el prestatario deberá responder a un test que tendrá como finalidad concretar la documentación entregada y la información suministrada. Así como comparecer ante notario para que el notario pueda extender el acta. Y en el documento se insertará un reseña identificativa referida a los apartados anteriores por parte del notario. Dicho esto esta actuación por parte del notario no exime la obligación por parte del prestamista de dar las explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas del préstamo.

- Dadas las circunstancia que atraviesa el país, fue necesario la creación de unas medidas que ayuden a los consumidores que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual. Con este fin, profundizaremos en los aspectos que han reforzado la protección de los deudores; por ello se aprueba la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que consta de cuatro capítulos. El primero de ellos, prevé la suspensión inmediata de los desahucios en las familias que se encuentren en una situación de riesgo de exclusión. El Capítulo II introduce mejoras en el mercado hipotecario después de haber añadido diferentes modificaciones. El Capítulo III añade como garantizar de manera adecuada los intereses y los derechos del deudor. Por último, el Capítulo IV modifica las medidas de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

4. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

4.1. CONCEPTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

Las cláusulas abusivas las podemos definir legalmente como todas aquellas cláusulas o estipulaciones no negociadas individualmente, y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Esta es la definición que proporciona el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, como ya hemos mencionado, en su artículo 82.

Debemos destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 27 de junio de 2000, donde en la misma se planteaba un tema relativo a la

interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En esta Sentencia, el Tribunal Europeo definió las cláusulas abusivas como aquéllas incluidas en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional sin que haya sido objeto de negociación individual en el sentido de dicha disposición. El Tribunal Europeo en respuesta a la cuestión prejudicial planteada dicta que la aplicación de este concepto se ha de realizar por los órganos judiciales nacionales aún cuando el consumidor no haya planteado su carácter abusivo.

Con posterioridad a esta Sentencia, se dictó nuevamente sentencia por el Tribunal Europeo, Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2004, que indicó y destacó el incumplimiento por parte de España nuevamente de las obligaciones que le incumben en virtud de la misma Directiva en 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La citada Directiva fue entonces incorporada a nuestro Derecho interno mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, la cual, a través de su disposición adicional primera, modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Más tarde se introdujeron modificaciones destinadas a reforzar la protección de consumidores y usuarios. Finalmente, se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. El tribunal de justicia de la unión europea indica que el carácter abusivo de una cláusula ha de indicarlo el juez nacional; primero debe determinar si el contrato se celebra entre consumidor y profesional y a continuación declarar si es o no abusiva la cláusula, para apreciar si existe un equilibrio entre derechos y obligaciones. El TS¹ determinará si existe un defecto de transparencia, así como si existe una igualdad entre el precio y la contraprestación.

4.2. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS CON PRÉSTAMO DE GARANTÍA HIPOTECARIA.

La nulidad de dichas cláusulas es reconocida en el artículo 83 de LGDCU, el cual estipula que estas cláusulas son nulas por pleno derecho y se tendrán por no puestas en los contratos. También creemos necesario destacar que es responsabilidad de los notarios y registradores de la propiedad, velar por que no se inscriban aquellos contratos o negocios jurídicos donde se establezcan cláusulas nulas por abusivas como viene recogido en el artículo 84 de la LGDCU.

Así mismo la ley 7/1998, del 13 de abril sobre las condiciones generales de la contratación, en su artículo 8, hace referencia a la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, donde la parte afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 código civil.

4.3. INTEGRIDAD DEL CONTRATO.

La persistencia del contrato será posible si se cumple con lo previsto en la directiva 93/13/CEE, especificando la integridad del mismo en su artículo 6, estableciendo que el

¹ STS del 22 de diciembre de 2009 (LA LEY 283751/2009)

STS del 17 de junio de 2010 (LEY 114039/2010)

STS del 01 de junio de 2010 (LEY 199007/2010)

contrato celebrado entre el consumidor y el profesional seguirá siendo obligatorio siempre y cuando pueda subsistir sin estas cláusulas. Así como se establecerán medidas de protección ofrecidas por la misma directiva, cuando se produzcan diferencias entre el derecho de un estado tercero y el de un estado miembro.

En nuestro ordenamiento también se especifica en el artículo 83 de LGDCU. Pretendiendo con ello proteger los intereses del consumidor ya que este mantendrá el bien o el servicio prestado y además tiene un efecto disuasorio buscando terminar con la práctica de utilización de cláusulas abusivas. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

4.4. TIPOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Los artículos 85 a 91 de la LGDCU, por su parte, indican qué cláusulas han de ser consideradas y declaradas abusivas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 511/2017 de 20 Sep. 2017, Rec. 835/2015 declaró que no es abusiva una cláusula que establece una presunción que admite prueba en contrario, y considera que no queda al arbitrio la determinación del cumplimiento o no del contrato, puesto que no se impone un medio de prueba inatacable por el consumidor. Así, las cláusulas abusivas serán las siguientes:

1. Las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario (art. 85 LGDCU). Entre ellas:

- Las que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, 50/2018 del 11 de Mayo del 2018, Rec. 3419/2016).
- Las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogar (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 180/2017 de 14 Sep. 2017, Rec. 212/2017).
- Las que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le facultan a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo breve o sin previa notificación.
- Las que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.
- Las que supongan la imposición de una indemnización alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.
- Las que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las

prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

- Las que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.
- Las que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.
- Las que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido.
- Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

2. Las Cláusulas que limiten los derechos básicos del consumidor y usuario reconocidos por normas dispositivas o imperativas (art. 86 LGDCU). Entre dichos derechos:

- La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total, parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.
- La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.
- La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, 155/2013 de 3 Abril 2013, Rec. 687/2012).
- La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, 311/2014 de 15 Diciembre 2014, Rec. 245/2014).
- La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.
- La imposición de renunciias a la entrega de documento acreditativo de la operación.
- La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

3. Las Cláusulas que entrañen falta de reciprocidad, contraria a la buena fe, y en perjuicio del consumidor y usuario (art. 87 LGDCU).

- La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, 366/2014 de 22 Diciembre 2014, Rec. 521/2014).
- La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, 186/2013 de 14 May. 2013, Rec. 761/2012).

- La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad (Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, 71/2018 de 7 Feb. 2018, Rec. 1143/2015).
- Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.
- Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, etc. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, 47/2019 de 4 Feb. 2019, Rec. 1012/2017).

4. Cláusulas sobre garantías que supongan (art. 88 LGDCU):

- La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, presumiendo lo contrario cuando las garantías se ajusten a su normativa específica.
- La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia.

5. Cláusulas que afecten al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89 LGDCU), cuando:

- Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.
- La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias por errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.
- La imposición de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas
- Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresado con la debida claridad o separación.
- La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, 280/2013 de 20 Junio 2013, Rec. 83/2013).

6. Cláusulas que sobre competencia y derecho aplicable (art. 90 LGDCU) establezcan:

- La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 83/2015 de 17 Noviembre 2015, Rec. 35/2015).

- La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.
- La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario desarrolle la actividad.

7. Finalmente, en el art. 91 LGDCU, se exceptúa la aplicación de las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios; a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas.

El actual art. 83 LGDCU señala que "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

5. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LA DENOMINADA “CLÁUSULA SUELO”.

5.1. MARCO HISTÓRICO.

A finales del 2010 descendió de forma significativa los índices de referencia para la adquisición de viviendas siendo el más representativo el Euribor.

Dado el desconocimiento que existía de dichas cláusulas dio lugar a que las primeras reclamaciones tardaran en llegar, una vez los medios comenzaron a informar de la existencias de estas, se dio pie a las primeras demandas, donde se solicitaba la nulidad de dicha cláusula por contravenir la normativa protectora de los consumidores o usuarios, así como la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

Los primeros pronunciamientos de nuestros Juzgados y Tribunales fueron muy diversos, como sucede con cualquier cuestión novedosa y de cierta complejidad. No obstante, dado el panorama social ante el que nos encontrábamos. La mayoría de las resoluciones eran favorables a los consumidores. Por ello, el Alto Tribunal dictamina que la retroactividad de las cantidades podría ocasionar un detrimento en la economía del país y, en base a ello, estableció que solo se devolverán las cantidades que se cobrasen desde la fecha de la Sentencia del 9 de mayo de 2013. Dicha Sentencia dejó claro que, aunque la cláusula fuese comprensible, no lo eran sus efectos ni su relevancia. De este modo, sólo cuando se produjeran explicaciones detalladas sobre su sentido y posibles efectos futuros, podría considerarse este tipo de cláusulas como transparentes y en definitiva válidas. La información, que debió aportar el banco según el Supremo, incluía simulaciones de distintos escenarios de evolución del Euribor, y lo que tendríamos que pagar en uno u otro caso, con y sin cláusula suelo. Aún así, esa no era la práctica habitual y, en los raros casos en que así hubiese sido, la entidad financiera tenía

demasiado difícil acreditar tal extremo. Es por ello que, la famosa Sentencia del Supremo abría la puerta a que prácticamente cualquier consumidor con cláusula suelo pudiera demandar y ver estimadas sus pretensiones.

La argumentación del Tribunal Supremo, provocó que los consumidores insistieran con las demandas y exigiendo la devolución de cantidades desde que comenzó a ser de aplicación la cláusula. Esto motivó que algunos órganos judiciales españoles, le preguntara al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si era compatible con la Directiva de la UE protectora de los consumidores y usuarios, la limitación de los efectos de una declaración de nulidad de una cláusula por considerarla abusiva.

En la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. El máximo intérprete de la normativa comunitaria determinaría que era inmoral, el criterio que hasta ahora venía siendo usual, con el contenido de la Directiva limitar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula. Con ello, se producía una victoria para los consumidores que en aquel momento parecía definitiva. Sin embargo, quedaban muchas cuestiones pendientes. Entre otras, qué iba a pasar con aquellos que ya hubieran demandado y hubieran obtenido sentencia firme antes de que se pronunciase el tribunal.

Nada más conocerse el contenido de la Sentencia del TJUE, se apresuró a aprobar un Real Decreto-Ley, que establecía un mecanismo eficaz para obtener la devolución. Y además, se creaba un Juzgado por provincia especializado únicamente en resolver asuntos sobre cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios.

El Tribunal Supremo se pronunció, en diversos recursos, en el que los bancos tratan de revertir la situación, o al menos desalentar a los consumidores que aún no habían reclamado. Hay que tener en cuenta, que viendo la situación que estaban teniendo en los Tribunales, la estrategia de muchos bancos pasó por llamar a sus clientes y ofrecerles retirarles la cláusula suelo, o rebajar la misma. Esto implicaba que les subieran el tipo de interés o las comisiones, que corrieran con todos los gastos de la modificación y, que renunciáramos a reclamar las cantidades que nos habían cobrado de más. Ante ello, hay usuarios que aceptaron las condiciones y otros que no. Los usuarios que asumieron las propuestas ni siquiera eran conscientes de que estaban renunciando a reclamar, porque la cláusula de renuncia era igual de poco transparente que la cláusula suelo.

En esta situación, y a la vista de sentencias como STS 558/2017, de 16 de octubre; la estrategia adoptada por los bancos no iba a funcionar. En esta sentencia se afirmaba que la novación o modificación de una cláusula suelo, era tan nula como la cláusula suelo original, porque el art. 1208 del Código Civil “determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad sólo pueda invocar el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”. Era una cuestión que parecía clara, más aún también teniendo en cuenta que la propia ley de defensa de consumidores y usuarios contempla en su art. 87 la nulidad de cualquier renuncia a los derechos de los consumidores.

La cuestión ha cambiado con la más reciente sentencia 205/2018, de 11 de abril. En la misma, se analiza el caso de un consumidor al que en uno de estos acuerdos se le rebajó el suelo, que no eliminó y se le hizo firmar una renuncia a su derecho reclamar. Además de ello, se les hizo escribir que entendían que el tipo de interés nunca bajaría del suelo fijado. Según el Supremo, no nos encontramos como en el caso anterior ante la

modificación de una cláusula nula, sino ante una transacción o acuerdo, regulada en los arts. 1809 y ss. del Código Civil. Aun así, dice que estas transacciones deben ser igualmente transparentes y se ha de dar información sobre sus consecuencias, información que entienda dada y comprendida, atendiendo al párrafo redactado por los consumidores. La polémica en definitiva sigue viva y el conflicto continúa extendiéndose en el tiempo.

5.2. LA CLÁUSULA SUELO EN LA PRÁCTICA BANCARIA: CONCEPTO Y CARACTERES.

Cuando las entidades bancarias concedían préstamos hipotecarios, en su mayoría para la adquisición de viviendas, éstos eran formalizados a un tipo de interés variable, por lo que, a medida que se producía una variación en el índice relativo del préstamo también variaba el tipo de interés.

Esto provocaba incertidumbre entre los consumidores ya que no contaban con los conocimientos suficientes para conocer el beneficio que les daría las bajadas del tipo de interés, y el riesgo que conllevaba las subidas del mismo. Por ello, se estableció un tipo máximo y mínimo a las variaciones, conocidas como tipo de interés “techo”, y tipo de interés “suelo”, del cual vamos a hacer mayor mención.

Así mismo, podemos definir a la cláusula suelo como el tipo de interés mínimo a pagar, es decir, es un límite de variabilidad del cual los consumidores no podían beneficiarse en los momentos que caía el Euribor o el IRPH, oficialmente denominado tipo medio de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda a más de tres años. Este índice no recoge un tipo de interés propiamente dicho, sino lo que se conoce como una TAE, que incluye intereses y comisiones, y por tanto el precio total de las operaciones financieras.

Este tipo de cláusulas se considerarán abusivas para el consumidor cuando no hayan sido conocidas ni negociadas. Por ello, se declara su nulidad por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la cual indica que, se devolverán las cantidades ilegalmente cobradas por los bancos desde la fecha de la sentencia. El Gobierno de España aprobó en Consejo de Ministros el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, con la objeto de establecer un procedimiento que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con la que tienen suscrito un contrato de préstamo que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

5.2.1 Licitud de las cláusulas suelo y regulación sectorial

Para empezar a analizar este tipo de cláusulas, debemos tener en cuenta, por un lado, la especial normativa bancaria sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y por otro, la normativa general reguladora de las condiciones generales abusivas, junto con el resto de normativa de los consumidores y usuarios.

Debido a todos los problemas y conflictos que se han generado en la sociedad con referencia a los deudores hipotecarios, se han incorporado normas para proteger a los consumidores en los contratos de productos bancarios. En relación con la normativa bancaria, se destaca la reciente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que habilita al Ministerio de Economía y

Competitividad para disponer sobre cuestiones relativas a la información precontractual (art. 5.1.a) y la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito (art. 5.1.b). Y con ellos encontramos, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, incrementa estos deberes de información relativos a las cláusulas suelo.

Siempre que se ha cuestionado la legalidad de las cláusulas suelo en los tribunales, la respuesta de los Jueces no ha sido muy concreta, ya que, se han declarado nulas por abusivas cuando esta no tenía como contrapartida una cláusula techo. En otras ocasiones, se han considerado válidas alegando que al tratarse de intereses al alza y a la baja, no puede predecirse ese desequilibrio contractual, y atendiendo a mecanismos contractuales, el objetivo de las entidades es reducir en todo lo posible el riesgo de pérdidas.

Sin embargo, con la STS 241/2013, el TS determina que las cláusulas suelo son legales y que son otros factores incluidos en el contrato, los que pueden hacerla abusiva.

5.2.2. Posición de las cláusulas suelo en el contrato

Una cuestión que siempre se ha generado, es que si, estas cláusulas pueden llegar a ser parte del documento contractual. Por lo que, la STS 241/2013 aclara que las cláusulas suelo incluidas en las condiciones generales de la contratación, son esenciales, porque cumplen e indican el precio que debe pagar el prestatario.

Por otro lado, tal calificación implica la posible aplicación a las mismas de la LCGC, cuyo artículo 8.2 declara la nulidad de las condiciones generales abusivas, entendiendo por tales, en los contratos con consumidores, las definidas en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de la Defensa de Consumidores y Usuarios. A pesar de ello, el que dichas cláusulas se encuentren reguladas en normas sectoriales no implica la exclusión de los posibles preceptos aplicables de la LCGC.

5.2.3. Control y transparencia de las cláusulas suelo

El control de transparencia de las cláusulas suscritas con consumidores, conforme a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo tras la famosa sentencia 241/2013 de 9 de mayo y otras posteriores, tiene su justificación en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE. Según este precepto, el control de contenido no puede referirse, a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Dado lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia considera que el carácter abusivo podrá examinarse en el supuesto de que el contrato no haya sido redactado de manera clara y comprensible. A este respecto, estamos hablando de falta de "transparencia", donde el consumidor no comprende la información que contiene el documento contractual y los puntos establecidos. Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea explica que el concepto de transparencia se debe referir a que la redacción debe ser clara y comprensible, y el contrato debe exponer claramente el funcionamiento de que se trate, de manera que el consumidor pueda valorar las consecuencias económicas que se deriven para él.

5.2.4. Carácter abusivo de la cláusula suelo y nulidad parcial del contrato

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, y al tratarse de contratos realizados con consumidores, se determinó que para declarar abusiva una cláusula tenía que haber sido redactada individualmente y en contra de la buena fe, causando un desequilibrio entre las partes y que cause inconvenientes al consumidor.

Por ellos, serán los tribunales los que estudiarán cada caso, al no establecer una normativa que indique cuales son las causas contrarias a la buena fé, o perjudican al cliente. El TS en la dicha sentencia, entiende que serán abusivas, siempre que exista un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las dos caras de la moneda, y esto beneficie más a la entidad.

Declarar una cláusula abusiva comporta la nulidad de la misma de acuerdo con lo establecido en el TRLGDCU. Esta nulidad no supone la subsistencia del contrato, pues la jurisprudencia ha reconocido la nulidad parcial de los contratos, en los casos en los que declarando la nulidad limitada de las condiciones ilícitas el contrato pueda subsistir.

5.3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y DEL TRIBUNAL EUROPEO EN EL TRATAMIENTO DE LA “CLÁUSULA SUELO”.

Como resultado de los litigios planteados ante tribunales españoles sobre la legalidad de las cláusulas suelo han surgido cuestiones cuyas soluciones propuestas por jueces y magistrados han sido muy dispares. Cabe destacar, que una de las cuestiones de mayor importancia, ha sido los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, llegando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha dado respuesta además de a esta cuestión y a las que han sido planteadas por diferentes tribunales.

Tras la citada STS de 9 de mayo de 2013, en la que el Tribunal Supremo declaró nulas las cláusulas suelo por falta de transparencia, limitando de igual forma los efectos retroactivos a la fecha de publicación de la sentencia usando como base el principio de seguridad jurídica y la alteración del denominado orden público económico, en dicha sentencia también se limitó los efectos de nulidad de las cláusulas, generando discrepancias sobre la compatibilidad de lo determinado por el Alto Tribunal y lo dispuesto en el art 6.1 de la Directiva 93/13 en cuanto que los Estados miembros establecerán la “no vinculación” al consumidor de las cláusulas declaradas abusivas. Este criterio desembocó en la sentencia el 25 de marzo de 2015, confirmando la limitación de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión, haciendo extensiva las acciones individuales de cesación y la cual modifica la solución adoptada por la STS de 9 de mayo de 2013. En la sentencia, el Supremo fija como doctrina la siguiente: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 25 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Las demandas se siguen presentando para declarar nulas las cláusulas suelo, buscando que se devuelva a los consumidores, las cantidades indebidamente pagadas, basándose tanto en la Directiva 93/13 como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Los juzgados españoles consultan al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea las dudas sobre la correcta aplicación del derecho comunitario puesto que son los únicos que pueden interpretar dichas leyes, queriendo evitar una posible vulneración de la Directiva 93/13, con lo que deciden suspender el procedimiento, y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales, dando lugar, por parte de este Tribunal, a la acumulación de los asuntos.

Las cuestiones prejudiciales planteadas, hace que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicte que la solución es acorde con la decisión del Tribunal Supremo en lo que respecta a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia material, y rechaza su decisión de limitar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo.

La cuestión principal del pronunciamiento es si la limitación de los efectos de nulidad de una cláusula abusiva va en contra de lo dispuesto por el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13. El Tribunal de Justicia manifiesta que “reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”. Así pues, para determinar si la limitación de los efectos de nulidad entra en conflicto con lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, se determina que los Estados miembros no vinculan al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado por este y un profesional, el Tribunal de Justicia lo fundamenta en base a que, de acuerdo con la normativa europea, un tribunal nacional debe de oficio resolver el carácter abusivo de una cláusula contractual, en el ámbito de aplicación de la Directiva, y enmendar el desequilibrio que existe, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios, sin modificar el contenido de las cláusulas, pues se podría eliminar el efecto disuasorio que se presume que tiene que las cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores. Por consiguiente, el Tribunal esclarece que resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que requiera la situación, en principio, que una cláusula declarada abusiva nunca ha existido, y no podrá tener efectos frente al consumidor. Por lo tanto, la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, regresar a la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber estado dicha cláusula.

6. CONCLUSIÓN.

Es necesario realizar una serie de conclusiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo que generó un debate sobre su legalidad en los contratos hipotecarios.

Por ello el consumidor está en una situación de desigualdad en el momento de la celebración del contrato ya que no puede negociar las cláusulas que vienen impuestas en el mismo, como por ejemplo la cláusula suelo.

El tribunal supremo declaró el carácter abusivo debido a la falta de claridad, sencillez y comprensión de estas cláusulas, o cuando afecten al contenido principal del contrato, además del control de transparencia. Si no superase este control se declarará la nulidad de las cláusulas suelo, del mismo modo debemos aclarar que serán lícitas cuando se pueda probar que el consumidor conoce todos los aspectos referentes al contrato, cosa difícil, por lo que es poco probable que suceda.

Como consecuencia de lo expuesto y tras reflexionar sobre la postura de la nulidad adoptada por el tribunal, la retroactividad de dichas cláusulas se limita a la fecha de la sentencia del 9 de mayo de 2013 del TS, alegando que una retroactividad mayor podría tener un efecto perjudicial en la situación financiera del país, dado que las entidades financieras son a fin de cuentas uno de los pilares fundamentales de la economía.

Dado que no compartimos la misma opinión que el TS, debemos preguntarnos, si esta sentencia es justa para los consumidores, ya que la argumentación y defensa de su irretroactividad es beneficiosa para aquellos que celebraron un contrato con fecha posterior a la sentencia de Mayo del 2013, dejando a una gran parte de la población que adquirió hipotecas, sin la posibilidad de recuperar los importes que fueron indebidamente cobrados con anterioridad a dicha sentencia.

7. BIBLIOGRAFÍA.

Reyes López, María José. (2012); Manual del derecho privado del consumo.

Yzquierdo Tolsada, Mariano. (2005); Derecho del consumo.

Parra Lucán, María Ángeles. (2011); La protección del consumidor frente a los daños : Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios

Lasarte Álvarez, Carlos. (2010); Manual sobre protección de consumidores y usuarios

Miranda Serrano, Luis María. (2018); El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria

Pérez Vázquez, Francisco María. (2017); Las cláusulas suelo: Un problema de transparencia y entendimiento.

Ribón Seisdedos, Eugenio. (2018); Todo lo que aún queda por reclamar en préstamos hipotecarios: 30 cláusulas abusivas”.

Bello Torres, Leticia. (2017); Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos.

Anta González, Jaime. (2016); Breve historia de las Cláusulas suelo.

Cordero Lobato, Encarna. (2013); Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?