



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO FRENTE A LAS CLÁUSULAS SUELO.

Alumna: Marta Fábrega Heredia.

Junio, 2016

ÍNDICE.

1. Introducción.
2. Delimitación conceptual de la contratación bancaria.
 - 2.1 Concepto y elementos esenciales.
 - 2.2 Clasificación de los contratos bancarios.
3. El contrato de préstamo bancario.
 - 3.1 Ideas iniciales.
 - 3.2 La conclusión del préstamo bancario. Condiciones generales de contratación.
4. Cláusulas abusivas en el préstamo bancario.
 - 4.1 Referencia a las cláusulas declaradas abusivas.
 - 4.2 Cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios.
5. La cláusula suelo.
 - 5.1 Cláusula suelo: Concepto y control de abusividad.
 - 5.2 Ejercicio procesal.
 - 5.3 Consecuencias de la abusividad.
 - 5.4 Análisis jurisprudencial de la valoración jurídica de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario.
6. La cláusula suelo y las normas de competencia desleal.
 - 6.1 Actos de engaño con consumidores y publicidad ilícita.
 - 6.2 Mecanismos de defensa.

Conclusiones finales.

Bibliografía.

Anexos.

Anexo 1: Textos jurídicos relevantes.

ABREVIATURAS.

AAP	Auto Audiencia Provincial.
ADICAE	Asociación de Usuarios de bancos, cajas y seguros.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
AUSBANC	Asociación de Usuarios de servicios bancarios.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CCom	Código de Comercio.
CE	Constitución Española de 1978.
LCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito de consumo.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCGC	Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGP	Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
OCU	Organización de consumidores y usuarios.
Pág.	Página.
Págs.	Páginas.
RCGC	Registro de Condiciones Generales de Contratación.
s.	siguiente.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia Juzgado de lo Mercantil.
SJP1	Sentencia Juzgado de Primera Instancia.
ss.	siguientes.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU	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.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN.

La actividad elaborada por las entidades de crédito es de notoria importancia para el desarrollo económico de nuestra sociedad y, en consecuencia, se debe atender a los intereses de los consumidores garantizándoles la tutela de sus derechos y facultades. Los clientes que utilizan el sector bancario para satisfacer sus necesidades económicas deben afrontar la existencia de una mala *praxis*, como lo son ciertas prácticas calificadas de abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La contratación con las entidades de crédito se lleva a cabo mediante los denominados contratos de adhesión que se conforman de condiciones generales. La previsión de estas cláusulas no negociadas entre las partes contratantes, sino impuestas por las entidades de manera unilateral provocan en el consumidor una situación de inferioridad y desventaja, en la medida en que su actuación en la negociación se limita a la simple decisión sobre la aceptación de las mismas. No obstante, el ordenamiento se ha encargado de la regulación de las cláusulas abusivas respecto de la conclusión de contratos con condiciones generales que se lleva a cabo con los que ostentan la condición de consumidores. Así, cabe que a pesar de que se hayan aceptado, éstas puedan ser declaradas nulas por abusivas y, por consiguiente, que no vinculen al aceptante en determinados supuestos. Unas de las cláusulas más comunes en nuestra práctica bancaria son las que limitan el tipo de interés en los préstamos con garantía hipotecaria, las llamadas cláusulas suelo y techo.

En el presente trabajo abordaremos el análisis de una de las condiciones de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que más ha sido debatida en los tribunales españoles y que ha dado lugar a que se presenten cuestiones prejudiciales al TJUE para que establezca la interpretación de su contenido, nos referimos a la cláusula suelo. La complejidad y amplitud que distingue la materia que nos ocupa va a hacer que la abordemos desde distintas ramas del Derecho y abarcando tanto los aspectos del ámbito privado, como las normas de derecho público. Así, en la rama privada el Derecho civil por cuanto se trata de la regulación de los contratos; el Derecho mercantil para explicar la contratación con condiciones generales y la defensa del consumidor, además de su relación con las normas de competencia en el mercado y el contenido de los actos publicitarios o promocionales en relación con la información que las entidades de crédito difunden a sus clientes; y, desde la perspectiva pública, el Derecho procesal para analizar cómo deben actuar las partes ante las cláusulas suelo. Estas cuestiones van a ser estudiadas desde las previsiones internas y en comparación con el Derecho comunitario y, en particular, la jurisprudencia del TJUE que, como se ha indicado, está siendo esencial en la interpretación y tratamiento de ciertas condiciones generales. En concreto, al momento de

abordar el presente trabajo está pendiente la resolución de la cuestión prejudicial planteada por varios recursos referentes a la retroactividad de la cláusula suelo.

Abstract:

In the last years of economic crisis, it has performed great importance the activity of the credit institutions, with special mention, to the considered improper practices on mortgage load. The consumers, who use the banks to satisfy their needs, must confront the existence of a wrong practice that originates an imbalance between the commitments of the parts, causing in the consumer a situation of inferiority, even more, if the majority of the bank contracts are in mass celebrated across general conditions of contracting, being the entity who establishes them in a unilateral way, bordering the consumer to decide on its acceptance.

Across the indicated, it is not of forgetting, that the incorporation of these improper conditions is going to concern the protection of the rights for the consumers. Some of the most common clauses in our banking practice are the use of interest rate limiting clauses on mortgage loads, which are: the ceiling and the floor clauses.

In the present work we will approach the analysis of the clause mas discussed in the Spanish courts: the floor clauses. This topic is quite wide and complex, therefore for its study we will rest on different branches of the right as there are the Civil Law for treating the regulation of the contracts; the Commercial Law to explain the hiring, the disloyal competition or the illicit publicity, between other aspects; the European Law that is going to look for the protection of the European consumers and the Procedural Law to analyze how they must operate the parts with the “floor clauses”. Without forgetting the whole jurisprudence that has arisen in the Courts.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA.

2.1 CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES.

La contratación realizada por consumidores con las entidades financieras es una actividad habitual en nuestra sociedad, por lo que vamos a analizar qué es exactamente la contratación bancaria, las partes que conforman la relación jurídica y cuáles son las características esenciales que distinguen esta modalidad contractual.

La contratación bancaria es un negocio jurídico basado en un acuerdo de voluntades y realizado a través de los denominados *contratos bancarios* que van a surgir entre una entidad financiera, normalmente un banco, y cualquiera de sus clientes. Esta tipología de transacción está regulada en el derecho bancario¹.

Por su parte, el contrato bancario carece de una regulación exacta en nuestro ordenamiento. Sin embargo, ha sido la doctrina más reconocida la que ha previsto una delimitación conceptual de la materia que nos ocupa y de la que podemos extraer que lo es²: *el conjunto de relaciones jurídicas, con carácter mercantil, en las que se va a desarrollar la actividad típica de la intermediación financiera por los bancos o entidades de crédito*³. Teniendo en cuenta que, además, la contratación en masa realizada a través de la adhesión a condiciones generales es base en este sector. De este concepto doctrinal, cabe deducir dos elementos fundamentales del régimen de los contratos bancarios: por una parte, el objetivo, consistente en la actividad que realizan o despliegan las entidades de crédito entendidas en su amplio sentido, pues no todas van a ser definidas como bancarias⁴. Es decir, es necesario que su actividad sea de intermediación financiera para ser denominadas como tal⁵. En segundo término, el subjetivo, que se basa en la presencia de las partes de la relación contractual, las cuales explicamos a continuación.

Los sujetos que van a formar parte de los contratos bancarios van a ser: la entidad financiera y el cliente que ostenta la catalogación de consumidor⁶. La primera ha de ser entendida como

¹ Tapia Hermida, A.J. (2007): “Capítulo 2º Aspectos generales de la contratación bancaria”, en AA.VV: *La contratación bancaria* (Coords. Gadea E., Sequeira A., Sacristán F.), Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, pág. 131.

² Autores como: De Martinos (1976) en: “La operación bancaria en general”, *Operaciones y títulos de deuda Bancaria, Enciclopedia de la Banca y de la Bolsa*, Tema 2, Roma-Milán, pág. 3. y Garrigues, J. (1957) en: “La operación bancaria y el contrato bancario”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 57, págs. 249 y ss.

³ Menéndez A. y Uría R. (2006). Curso de derecho mercantil. Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, pág. 50.

⁴ En caso opuesto, esto es si entendiésemos como bancarios todos aquellos contratos donde intervengan una entidad financiera deberíamos calificar como tal, por ejemplo, el contrato de arrendamiento local o un contrato laboral donde se une al banco con los que trabajan para él, lo cual no llega a entenderse.

⁵ Consistente en captar dinero u otros recursos del público en general y prestarlos a terceros.

⁶ Art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. En adelante, TRLGDCU).

aquella empresa que realiza una actividad empresarial o profesional en el mercado, en este caso concreto, tiene como actividad fundamental la de recibir fondos públicos y privados en distintas formas como puede ser en depósito, préstamo u otras operaciones análogas que llevan aparejada la obligación de restitución⁷. Por esta razón van a quedar reducidas a las siguientes: el Instituto de Crédito oficial, los Bancos, las Cajas de ahorro y la Confederación Española de las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito, siendo todas ellas entidades financieras de crédito⁸. Por otro lado, el cliente bancario, el cual se refiere, de manera particular, a la persona que está vinculada a la entidad de crédito de forma jurídica, como es el caso del ahorrador o inversor. Si bien, como decíamos, se trata del consumidor (o usuario) en su concepción jurídica, esto es la persona física que va a actuar de manera ajena a su actividad empresarial o, en su caso, la persona jurídica que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad. Así, son considerados los destinatarios finales que buscan satisfacer sus necesidades individuales sin reparar en una finalidad profesional. Consecuencia de ello, la doctrina considera que en estos contratos existe un régimen mixto para la contratación bancaria⁹: *el derecho público*, que regula el trato existente entre la Administración y las entidades financieras para garantizar que cumplen sus obligaciones y, *el derecho privado*, que va a controlar las relaciones existentes entre las entidades y sus clientes.

Las características esenciales que distinguen los contratos bancarios cabe concretarlas en las siguientes¹⁰. A saber: son *contratos bilaterales* en los que del acuerdo de voluntades van a surgir obligaciones recíprocas entre ambas partes. En este tipo de contratos, el cumplimiento de una obligación por la entidad bancaria da lugar al nacimiento de un compromiso que deberá cumplir el cliente¹¹. En este sentido, se van a definir acreedores y deudores al mismo tiempo¹². Se trata de *contratos de naturaleza mercantil* en la medida en que se refieren a actos comerciales, siendo todos ellos negocios jurídicos que buscan explotar la actividad económica a través de terceros¹³.

⁷ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014. En adelante, LOSSEC).

⁸ Art. 1.2 de la LOSSEC.

⁹ SAP Madrid, sección 14ª, de 10 de febrero de 2003. Demanda presentada por la OCU contra el BBVA, BANKINTER, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD y BANCO SANTANDER para la cesación de cláusulas contractuales por considerarlas abusivas. (Roj: SAP M 5388/2005).

¹⁰ Tapia Hermida, *op.cit.*, pág. 133.

¹¹ Por ejemplo, en un contrato de préstamo bancario. El banco tendrá la obligación de prestar una cantidad de dinero al cliente surgiendo la obligación de este de devolverlo en su totalidad más los gastos e intereses pactados en contrato.

¹² Ambas partes podrán defender sus intereses. Art. 1124 del Cc que especifica el supuesto en el que uno de los obligados no cumpliere, el perjudicado podrá pedir que se cumpla la obligación o su restitución con intereses y resarcimiento de daños y perjuicios.

¹³ Art.175 del CCom.

Además de lo indicado, cabe señalar que, en todo caso, estamos ante *contratos atípicos* y que, por tanto, difieren de los típicos porque no tienen una regulación concreta y específica en las leyes vigentes lo que hace que se rijan por las normas generales de los contratos. La mencionada atipicidad suele dar lugar a un contrato principal y otro accesorio, por lo que se trata de contratos más complejos que precisan para su interpretación de la analogía respecto de las relaciones jurídicas con las que presenten semejanza¹⁴. A ello se une que son *contratos onerosos*, porque cada parte va a prometer una prestación a favor de la otra, consistente en una mutua transmisión de bienes y servicios. Así, el beneficio que la entidad va a obtener es el resultado de haber realizado un sacrificio previo. Por tanto, en esta modalidad contractual la onerosidad se presume, mientras que la gratuidad necesariamente ha de pactarse, debiendo constar de modo expreso en los términos del contrato.

En relación con esta última salvedad, y como se ha indicado, cabe precisar que los contratos bancarios se encuadran dentro de los denominados *contratos de adhesión*, en cuanto que sus cláusulas son determinadas y propuestas de manera unilateral y previa por la entidad de crédito, pero sin que actúe en la negociación la otra parte (cliente-consumidor). De este modo, la parte contraria no va a poder intervenir en su redacción o modificación, sino que su libertad se va a basar únicamente en la voluntad de aceptar o no el contrato. Los contratos bancarios, en general, están regidos por el principio de *libertad de forma*, pudiendo celebrarse de la forma que las partes lo consideren: verbal, por escrito o de cualquier otro modo. Sin embargo, y a pesar del reconocimiento de este principio, la norma exceptúa de manera expresa los contratos que tienen para su celebración una o varias formalidades impuestas por ley y los celebrados en un país extranjero donde se exija una serie de solemnidades a cumplir, aunque las mismas no sean pedidas por la norma española¹⁵. En todo caso, si el contrato no se celebra respetando las condiciones esenciales para su validez, no nacerán obligaciones para ninguna de las partes¹⁶.

La contratación a través de condiciones generales hace que una de las partes de la relación jurídica tenga limitada su voluntad contractual que se reduce a la simple aceptación de las mismas, siendo preciso el estudio y valoración de las calificadas como cláusulas abusivas, en la medida en que una de las partes contratantes es un consumidor¹⁷. Éste se sitúa en una situación de riesgo mayor al no existir una posibilidad de negociación, por lo que deberá aceptar condiciones que en otras circunstancias no aceptaría.

¹⁴ Art. 1255 del Cc, donde se establece la libertad contractual de las partes.

¹⁵ Arts. 51 y 52 CCom.

¹⁶ Art. 1278 del Cc.

¹⁷ Arts. 82-93 del TRLGDCU y art. 10 bis de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998. En adelante, LCGC).

Para delimitar conceptualmente las relaciones jurídicas bancarias extraemos dos ideas fundamentales: la múltiple variedad de contratos bancarios existentes y que pueden celebrarse con las entidades de crédito, a modo ejemplificativo pueden mencionarse: *los contratos de cuenta corriente bancaria* donde el banco gestionará la provisión de fondos realizada por el consumidor cumpliendo servicios tales como la retirada de dinero en efectivo, transferencias bancarias o la domiciliación de recibos; *el contrato de alquiler de cajas de seguridad* en el que el banco permite al cliente el uso de una caja de seguridad vigilada en todo momento a cambio de unos costes de apertura y por cada visita que realice; *los contratos de tarjetas de crédito*, donde el cliente se convierte en el titular de una tarjeta por la cual puede efectuar desembolsos, con un límite máximo, sin la necesidad de tener fondos en la cuenta bancaria en el momento del pago a cambio de devolverlo en los plazos previstos para ello; *los contratos de custodia y depósito de valores*, donde el consumidor acuerda la intervención de la entidad financiera para que proteja y administre su cartera de valores¹⁸, asumiendo la entidad de crédito las obligaciones de enviar la información o de las operaciones relevantes de forma continua al cliente y ayudarle a ejercitar sus derechos, a cambio, el consumidor deberá pagar los gastos ocasionados y una serie de comisiones establecidos por contrato; o *el contrato de préstamo bancario* que supone que la entidad financiera va a entregar al consumidor una cantidad de dinero con el compromiso de este último de devolverlo en su totalidad más una serie de intereses en el plazo establecido¹⁹. Si bien, de este último nos ocuparemos en mayor detalle seguidamente por ser objeto de nuestro trabajo²⁰.

Y la segunda de las causas de delimitación conceptual de sus relaciones jurídicas es su propio carácter atípico, en la medida en que no se regulan una serie de contratos bancarios clásicos, lo cual consideramos que se justifica en que las relaciones jurídicas que se concluyen con las entidades de crédito en general han tenido que ir adaptándose a la evolución del mercado y del propio cliente lo que da lugar a una regulación bastante compleja teniendo que acudir a distintas leyes²¹.

La problemática existente respecto a los contratos bancarios en los últimos años, ha dado lugar a un gran avance en la normativa que busca proteger a consumidores y usuarios. La normativa vigente en este sentido impone a la entidad financiera, entre otras exigencias, el deber de

¹⁸ Consistente en un conjunto de valores de renta fija o variable que va a formar parte del patrimonio mobiliario del sujeto.

¹⁹ Tapia Hermida, *op.cit.* págs.137-140.

²⁰ *Infra -3. Los contratos de préstamo bancario.* -

²¹ Como si se hace en el Código Civil Italiano en su Libro Cuarto bajo el Título “*DELLE OBBLIGAZIONI*” correspondientes a los arts. 1173- 2059.

proporcionar a su cliente toda la información referente al precio y como deberá actuar para finalizar el contrato antes de que se produzca su celebración; el deber de entregarle una copia del contrato una vez firmado; la obligación de cumplir con lo que han publicitado; y la prohibición de incluir cláusulas que puedan causar un perjuicio al consumidor²².

2.2 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS.

Las entidades bancarias han ido evolucionando y adaptándose a las nuevas necesidades del mercado y del propio consumidor lo que ha provocado que, como se ha referido con anterioridad, existan una gran variedad de contratos bancarios. La diversidad existente hace que sea preciso establecer una clasificación de los mismos atendiendo a diversos criterios, si bien nos centraremos en los que hemos considerado de mayor relevancia en práctica empresarial.

Sin ánimo de ser exhaustivos, los contratos bancarios pueden delimitarse en relación con el carácter temporal, en cuyo caso es posible distinguir entre: *los contratos indefinidos o definidos* que son aquéllos que se singularizan por tener o no un vencimiento concreto²³. Así, será indefinida la relación jurídica de un contrato de cuenta corriente, mientras que se califica de definida la de un contrato de depósito de una duración determinada.

Por otro lado, y teniendo en cuenta la finalidad que se persigue, es posible distinguir: los contratos *bancarios simples* que dan lugar a una sola relación jurídica como es el caso de los contratos de depósito; y *los complejos* que presenten una variedad de obligaciones derivadas de un mismo acto como es el contrato de préstamo.

Otro criterio de clasificación es según el tipo de clientela²⁴ dependiendo de si se realiza con empresas o con consumidores, puesto que, la regulación a seguir será diferente en cada caso²⁵.

La normativa vigente tiene por pretensión proteger de una manera más efectiva al consumidor en la medida en que al ser considerado destinatario final, no se le puede exigir un nivel determinado de formación o conocimiento del sector concreto que nos ocupa²⁶. En contraposición, en caso de ser un contrato entre empresarios las cláusulas solo serán declaradas nulas cuando sean contrarias a normas imperativas o prohibidas, siendo solo en los contratos celebrados con consumidores donde se podrá exigir la condición de que las cláusulas sean abusivas por falta de información; por lo que la ley lo que busca es evitar que esta falta de

²² Art. 60, 61,62 y 63 del TRLGDCU.

²³ Uría y Menéndez., *op.cit.* pág. 50

²⁴ Tapia Hermida, *op.cit.* pág. 136-137.

²⁵ En el caso de los consumidores, se seguirá el art. 59 del TRLGDCU.

²⁶ Art. 2 del TRLDGCU.

conocimiento existente produzca como resultado desequilibrios en el momento de la celebración del contrato.

A pesar de la clasificación aludida, sin embargo, en el trabajo que presentamos vamos a emplear como elemento diferenciador para su catalogación el de la posición que ocupa la entidad en relación a los movimientos de fondos que van a tener lugar en el mercado. Estos son: *contratos bancarios pasivos, activos y neutros*²⁷. En el primer caso, se encuadran los contratos en los que las entidades van a buscar o captar fondos de sus clientes a cambio de una serie de prestaciones. Es la operación bancaria por excelencia, de la que se recibe una suma de dinero asumiendo la obligación de restituirla, ostentando el cliente un derecho de crédito frente a la entidad y pudiendo reclamar la devolución de lo entregado y sumándole posibles intereses. Su devolución será realizada de manera inmediata. La gran responsabilidad que asume el banco al tener que restituir grandes cantidades de dinero a sus clientes hace necesario la creación del Fondo de Garantía de Entidades de Crédito, siendo el mecanismo al que pueden acudir las entidades en el caso de no poder restituir los fondos depositados²⁸. Dentro de esta tipología se encuentran contratos como: el contrato de cuenta corriente ya referenciado²⁹; contratos de libreta de ahorro consistente en ingresar capital en la entidad y acceder a él a través de una libreta de ahorro; y contratos de imposición a plazo, en la que se ingresa una cantidad de dinero, la cual no va a estar accesible hasta que pase un determinado plazo acordado previamente y ganando con ello una serie de intereses.

Por su parte, las relaciones bancarias de activo se distinguen porque la entidad facilita cantidades dinerarias al cliente o le da la facultad de disponer de ellas a cambio de su restitución, esta tendrá una fecha y una forma de devolverlo establecida por contrato, en ocasiones se cobra una comisión por la mera disponibilidad de los fondos, aunque no lo use finalmente. A fin de garantizar su recuperación, el ordenamiento establece la necesidad de que sean autorizados por un notario, tal es el caso del contrato de préstamo; el contrato de crédito donde la entidad da una cantidad de dinero al usuario con la condición de que este lo devuelva más los gastos e intereses que haya aceptado en el contrato o en el contrato de tarjeta de crédito.

Por último, los contratos bancarios denominados de gestión o contratos neutros engloban los que no se recogen en las categorías anteriores. La entidad no va a obtener una financiación de sus clientes ni se le va a proporcionar, sino que les va a prestar unos servicios cobrándoles una

²⁷ Tapia Hermida, *op.cit*, págs.138-144.

²⁸ Página web del Fondo de Garantía de Entidades de Crédito que garantiza los ahorros depositados en una entidad. <http://www.fgd.es/es/index.html> (Fecha de consulta: 23/03/16).

²⁹ Supra - 2.1. *Concepto y elementos esenciales.* -

serie de comisiones. El origen de estas operaciones surgió cuando las entidades financieras aumentaron su actividad. Actualmente, se trata de unas operaciones en expansión y entre las que cabe aludir a: la custodia y los depósitos de valores, el alquiler de cajas de seguridad y el servicio de banca por internet donde el cliente va a poder realizar consultas y movimientos en sus cuentas de manera rápida y sencilla y sin necesidad de ir a la sucursal.

3. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO.

3.1 IDEAS INICIALES.

El préstamo bancario, en líneas generales, es la operación jurídica por la que el banco otorga a los consumidores una cantidad de dinero para que puedan atender sus necesidades económicas³⁰. Consiste, por tanto, en un contrato por el que una parte cederá a otra una cantidad de dinero bajo el compromiso de que devuelva la misma cantidad recibida en el plazo acordado. Los elementos personales del mismo son: *el prestamista* que es el encargado de entregar una cantidad de dinero y *el prestatario* que se corresponde con el sujeto que va a tener la obligación de devolver la cantidad prestada más una serie de gastos e intereses establecidos en el contrato³¹. Los elementos diferenciadores de esta relación contractual se concretan en su caracterización como negocio *real* puesto que exige para su perfeccionamiento la entrega del dinero y no sólo el consentimiento, *unilateral* porque solo genera obligaciones para el cliente³² y *traslativo del dominio*, ya que la entidad va a perder la propiedad del dinero prestado y, en cambio, adquirirá un derecho de crédito³³. La clasificación básica que se hace del préstamo bancario puede ser en razón de la variabilidad de los tipos de interés y a través del tipo de garantía que puede exigirse en cada caso. Respecto a los diversos tipos de interés, es posible diferenciar entre préstamo con interés a tipo fijo o con interés variable³⁴. Siendo el primero estable y sin posibles modificaciones durante el contrato, es decir, es un tipo único que se establece al inicio del contrato. Este tipo de interés aparece en un escaso 2,1% de los préstamos ofrecidos por ser de cuantías muy elevadas³⁵. Sin embargo, cuenta con ventajas como saber cuál es la cantidad a pagar desde el comienzo y no asumir ningún riesgo, lo que conlleva que no habrá beneficio si

³⁰ López Jiménez, J.M. (2015): “Capítulo 6: El contrato de préstamo hipotecario”; en AA.VV: *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Coord. López Jiménez, J.M.) Barcelona, 2ª edición, Ed. Bosch, págs. 241-260.

³¹ Basándose en el artículo 1255 del Cc.

³² Ya que, como se ha indicado, la entrega del dinero por parte de la entidad no es una obligación en sí, sino un acto necesario para el perfeccionamiento del contrato.

³³ Un derecho de crédito consistente en que le devuelvan el dinero prestado en su totalidad y en el plazo acordado.

³⁴ Gento Marhuenda, P. (2014): El final de las cláusulas suelo en España una visión retrospectiva. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, págs. 14-15.

³⁵ Informe del Banco de España sobre “Determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios”, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, pág. 13. <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF> (fecha de consulta: 28/03/16).

existen bajadas en el índice del interés ni tampoco se verá afectado por las subidas. En todo caso, si el índice disminuyera considerablemente el banco suele ofrecer la posibilidad de volver a negociar las condiciones. En contraposición con éste, el segundo va a fluctuar a lo largo del contrato estableciéndose a través de la fórmula:

$$\text{Índice de Referencia} + \text{Margen diferencial} = \text{Tipo de interés}$$

El índice de referencia es objetivo y oscila según los acontecimientos manejados para su constitución. Son oficiales y elaborados mensualmente por el Banco de España, siendo el más utilizado, el Euribor³⁶, seguido por otros como son: el tipo medio de los préstamos a un plazo de más de tres años, el tipo medio a un plazo entre uno y cinco años, tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública en un plazo de dos a seis años y el Mibor³⁷, en cada revisión de cuota se aplicará el índice existente en ese momento. El margen diferencial, es el porcentaje que se le suma al índice de referencia para asegurar una cantidad mínima a recibir por el banco. Por lo tanto, su funcionamiento se basa en mantener las cuotas constantes hasta el periodo de revisión donde se recalculará la cuota cambiándola en base al tipo que se aplique en ese momento y hay que entender que, en base a lo anterior, uno de los grandes riesgos que va a asumir el cliente es que en el momento que haya una referencia a la baja se beneficiará teniendo que pagar una cantidad menor. Por su parte, si la referencia es al alza, la cuota que tiene que pagar será bastante alta. Cabe, también, la conclusión de un contrato de préstamo a tipo mixto, en este supuesto se acepta un interés fijo durante un tiempo entre tres o cinco años y una vez que acabe ese plazo, se pasará a un tipo variable referenciado.

Para garantizarle al consumidor una mayor protección respecto a la variabilidad de sus intereses, las entidades han ofrecido una serie de instrumentos para regular las subidas y bajadas posibles de los tipos de interés³⁸. En primer lugar, *el cap (techo)* donde el consumidor pagando una cuota al banco, siendo mayor cuando *el cap* que se quiera establecer sea más bajo, comprará el derecho a que no se le aplique un tipo que supere el límite, haciendo que la entidad financiera pague la diferencia existente entre *el cap* de su cliente y el interés real, por consiguiente, el cliente puede beneficiarse de todas las bajadas del tipo. En segundo lugar, *el collar*. En esta opción se combina *el cap* con la denominada *floor (suelo)*, siendo este el límite mínimo de interés que se debe aplicar, por lo que se fija un interés máximo y mínimo en el mismo mecanismo. Su funcionamiento se basa en comprar *un cap* a través de la venta de *un floor* haciendo que el cliente solo pueda beneficiarse de aquellas bajadas que no superen el límite

³⁶ Índice oficial a un año. El Euribor está presente en el 84% de los préstamos hipotecarios.

³⁷ Para préstamos hipotecarios originados antes del 1 de enero de 2000.

³⁸ López Jiménez, *op.cit.* pág. 329.

establecido por el floor. Y, por último, *los swaps*, donde ambas partes van a comprometerse a intercambiar dinero en las fechas pactadas, es lo que se conoce como permuta financiera. Normalmente, el cliente hace frente a un tipo de interés fijo mientras que el banco se encarga del tipo variable establecido por contrato, no permitiendo al consumidor beneficiarse de ninguna bajada del interés.

En razón del tipo de garantía exigible, el contrato de préstamo bancario puede ser con garantía personal o con garantía real. Los *préstamos con garantía real* son aquellos cuya esencia es el dinero, títulos, valores o cualquier otra cosa fungible que se deberán devolver en su totalidad más una serie de intereses, mientras que, *los préstamos con garantía personal* van dirigidos a la compra de bienes y servicios de consumo por lo que, en la práctica habitual y en líneas generales, no son de importe elevado. En estos casos, la entidad no cuenta con una garantía específica como ocurre con la real, sino que, el deudor va a responder a la deuda con todos sus bienes presentes y futuros³⁹, es lo que se conoce como la *responsabilidad patrimonial del deudor*. En este planteamiento el banco asume un riesgo mayor ocasionando que el interés aplicado al consumidor sea bastante elevado. En este grupo se encuadran los *créditos al consumo*⁴⁰ que cuentan con una regulación especial que garantiza que el cliente esté informado de todos los aspectos del contrato al que se adhiere. Se aplica cuando un empresario concede un crédito al consumidor a través de un préstamo o cualquier medio semejante para satisfacer sus necesidades personales y cuyo importe sea superior a doscientos euros⁴¹. Y, encuadrados en la modalidad de préstamos reales, los *préstamos hipotecarios* con un importe elevado y de larga duración. La entidad de crédito cuenta con una garantía que les va proporcionar seguridad en su devolución, esta garantía se conoce como “*garantía real hipotecaria*” y va a recaer sobre un bien inmueble concreto cuyo propietario es el consumidor convertido en deudor⁴². Debido a este elemento esencial es necesario para su constitución la intervención de un notario y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Con esta hipoteca, la entidad, ve reducido el riesgo que asume al prestar el dinero por lo que el tipo de interés que van a aplicar será bastante menor al de otras operaciones. La entidad de crédito va a valorar las circunstancias personales de cada cliente y el tipo de bien que se va a hipotecar para decidir si realiza el préstamo y en qué condiciones, por ejemplo, en el caso de una hipoteca a la vivienda habitual, normalmente el

³⁹ Art. 1911 del Cc.

⁴⁰ Garcíá Martínez, R. (2005). “El crédito al consumo en España”, *Revista Condiciones Generales y abusivas, dictámenes y propuestas*, págs. 1-2.

⁴¹ Arts. 1-7 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. (BOE núm.151, de 25 de junio de 2011. En adelante, LCCC).

⁴² En caso de que el bien inmueble sea vendido a otra persona sin que la deuda haya sido pagada, será asumiendo la carga de la correspondiente hipoteca.

banco suele prestar el setenta u ochenta por ciento del valor de su tasación; mientras que, en el caso de un local comercial solo se presta el cincuenta o sesenta por ciento de su valor. De este modo, uno de los derechos con el que cuenta las entidades y que les garantiza el cumplimiento del contrato es que, en caso de impago, es decir, en caso de incumplimiento de la obligación de restitución por parte del prestatario durante tres meses⁴³, el prestamista podrá ejecutar, de forma unilateral, todas aquellas acciones que crea oportunas para hacer posible el pago de la totalidad del préstamo impagado, como es la posibilidad de la entidad de proceder a través de la ejecución hipotecaria, es decir, la posibilidad de pedir a los Tribunales el embargo de la vivienda y demás bienes si no es suficiente con el valor del primero⁴⁴.

En conclusión, al objeto del presente trabajo nos centraremos en el denominado *préstamo con garantía real hipotecaria a tipo de interés variable* y cuyo objeto recae siempre en bienes inmuebles, normalmente, la vivienda de los consumidores.

3.2 LA CONCLUSIÓN DEL PRÉSTAMO BANCARIO. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.

En la actualidad, las entidades financieras se han encontrado, en una situación de contratación masiva de préstamos bancarios. Para poder facilitar y agilizar su intervención los bancos van a elaborar “*contratos en masa*” que son contratos de adhesión, en los que es la propia entidad la que establece el contenido de manera unilateral y que no pueden ser negociado. Este contenido es redactado a través de unas cláusulas generales o condiciones generales⁴⁵.

Las *condiciones generales de contratación* cumplen con las siguientes características: son *predispuestas* de forma anticipada por el empresario, son *impuestas* por la entidad financiera al consumidor sin posibilidad de negociación y *generales* ya que su propósito es el de incluirlas en una pluralidad de contratos⁴⁶. La problemática que ha surgido en torno a estas cláusulas a partir de la crisis económica, ha hecho que primero el legislador comunitario y después el estatal, se hayan ocupado de establecer un nuevo marco legislativo que busca regular las

⁴³ Art. 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013).

⁴⁴ Carrozo A., Díaz García M., García Sosa, E., Martín Liscano S.M., Osorno Florido, N. (2015): “Ejecuciones hipotecarias”, en AA.VV: *Cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, (Coords. Arellano Gómez. F.J, Díaz Gómez, M.J.), Sevilla, págs. 229- 262.

⁴⁵ Pagador López, J. (2000): *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid. Ed. Lex Nova S.A, págs. 137-140.

⁴⁶ Regulado en el art. 1 de la LCGC.

situaciones creadas por su ilicitud⁴⁷, para ello se va a apoyar en el Derecho de competencia y en el Derecho del consumo.

El derecho de competencia será el encargado de promover, a través de sanciones, el buen funcionamiento de las empresas para que no cometan actos que vayan a perjudicar al consumidor y puedan ser consideradas ilícitas, mientras que, *el derecho de consumo* prohíbe la utilización de cláusulas abusivas que provoquen un desequilibrio en la relación empresario-consumidor. En definitiva, buscan devolver el equilibrio entre las partes y así proteger al deudor hipotecario⁴⁸.

Requisito necesario para la aplicación de estas condiciones generales es que el contrato se celebre entre un empresario y un consumidor y que se cumplan aquellos requisitos que la ley establece para su incorporación⁴⁹. En los contratos escritos, será necesario la aprobación del adherente, la firma de todos los que hayan intervenido en la celebración y la referencia expresa a las condiciones incorporadas, por ello se requiere que el cliente haya sido informado previamente de forma expresa no bastando que simplemente se le haya entregado una copia del contenido del contrato. Al mismo tiempo, se deberán ajustar a los criterios de sencillez, claridad, concreción y transparencia establecidos por ley.

Estas condiciones han dado lugar a un debate en el seno de la doctrina. Así, mientras que un sector determina las ventajas de estas condiciones basándose en una mayor seguridad en el intercambio; favorecen la reducción de precios; agilizan la contratación gracias a su simplificación, permite la contratación simultánea, facilita el proceso judicial teniendo solo que interpretar y decidir sobre las cláusulas y se adaptan mejor a los distintos grupos sociales⁵⁰. Por el contrario, otros autores destacan los abusos por parte de las entidades, lo que hace que se imponga la necesidad de que los poderes públicos garanticen la protección de los consumidores y usuarios, a través de la creación de mecanismos que ayuden a facilitar la educación de los consumidores en estas materias, debiendo promover el nacimiento de asociaciones que los protejan defendiendo sus derechos y deberán interesarse por todos aquellos asuntos que puedan afectar de manera grave al consumidor ayudando a evitarlos a través de su intervención⁵¹.

⁴⁷ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (DOUE L nº095, de 21 de abril de 1993).

⁴⁸ Alcalá Díaz, M.A. (2013): *La protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, pág. 19 y ss.

⁴⁹ Art. 5 de la LCGC.

⁵⁰ López Jiménez, *op.cit.* págs. 199-200.

⁵¹ Art. 51 de la CE.

En consonancia con estas últimas apreciaciones, hay que justificar la relación de la tutela del consumidor en razón de que los préstamos bancarios son contratos de adhesión en los que, como se ha indicado, es la entidad de crédito la que establece las condiciones de la relación contractual, en contraposición del cliente que solo va a poder decidir su adhesión a él o no sin posibilidad de negociación⁵². Esto coloca al consumidor en una situación de inferioridad en el proceso contractual basándose en su única intervención posible al otorgar el consentimiento. El legislador ha establecido el límite de evitar la incorporación de aquellas condiciones que el consumidor no haya podido conocer antes de la celebración del contrato ni aquellas que sean incomprensibles, oscuras, ilegibles o ambiguas. Y, en un mismo sentido, también se prevé una serie de controles para hacer efectivos estos límites⁵³. El primero de ellos es *el de inclusión o incorporación* consistente en asegurar que el cliente conoce de la existencia de la cláusula y la función que tiene, para ello es necesario que las condiciones sean redactadas de la manera más sencilla para que el consumidor puede entender su contenido, sin entrar en su legalidad⁵⁴ o, lo que es lo mismo, la necesidad de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez ya mencionados. Mientras que, por otro lado, no se incluirán aquellas que el consumidor no ha conocido antes de adherirse al contrato, no haya firmado o que puedan ser consideradas condiciones oscuras, ilegibles, incomprensibles y ambiguas, salvo que el consumidor las acepte y no sean contrarias a las leyes⁵⁵. Esto se entiende con la idea de que la entidad financiera se encuentra en una situación de superioridad dando lugar a una oferta desequilibrada por el abuso que puede realizar esta en frente del consumidor⁵⁶. El segundo, *el control de interpretación*⁵⁷, que se basa en buscar la interpretación que más favorezca al consumidor, es lo conocido por la regla latina “*contra stipulationem*”⁵⁸. Y, por último, el más importante respecto de la materia que abordamos es *el control de contenido*, que busca la nulidad de todas aquellas cláusulas que ocasionen un desequilibrio entre las partes siendo contrarias a la ley⁵⁹. Este control permite entender que se aplica una nulidad parcial del contrato,

⁵² Rosillo Fairen, A. (2010): *La configuración del contrato de adhesión a los consumidores*, Madrid, Ed. La Ley, pág. 33 y ss.

⁵³ Art. 7 de la LCGC.

⁵⁴ Tal y como se indica en el art. 10.1 a) del TRLGDCU.

⁵⁵ Art. 5 de la LCGC.

⁵⁶ Sentencia del Juzgado de Mercantil nº 2 de Sevilla (Núm. 246/2010 de 30 de septiembre), en este caso, AUSBANC demanda a BBVA, CAJAMAR y CAIXA GALICIA para la declaración de nulidad de diversas condiciones generales de contratación, concretamente por la cláusula suelo. (ROJ: SJM SE 76/2010).

⁵⁷ Art. 6 de la LCGC basado en el art. 1288 del Cc.

⁵⁸ Cañizares Laso, A. (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Civil*, volumen 2, nº3, págs. 68-105.

⁵⁹ Art. 8 de la LCGC.

en cuanto que sólo la cláusula calificada de abusiva se entiende por no puesta, quedando obligado al resto del contrato si puede subsistir sin la condición abusiva.

4. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PRÉSTAMO BANCARIO.

4.1 REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Las condiciones generales de contratación que aparecen en los contratos de adhesión contienen una serie de disposiciones que buscan, entre otras cosas, paliar aquellos posibles efectos o desventajas que pueden sufrir los bancos⁶⁰. Sin embargo, esto no quiere decir que todas estas condiciones sean perjudiciales para el cliente.

Las cláusulas abusivas son aquellas condiciones no negociadas entre las partes y realizadas en contra de la buena fe causando un perjuicio en el consumidor⁶¹. En cuanto a su concepto legal apreciamos que serán consideradas abusivas aquellas condiciones realizadas entre un empresario y un consumidor siendo, en lo que nos interesa, un contrato de adhesión cuyo objeto principal sea la compra de una vivienda, sin posibilidad de negociación y contrarias a la buena fe provocando un desequilibrio que genere una situación, donde al examinar todas las circunstancias que se presentan en el momento de la celebración y demás condiciones, se puede observar la pérdida de derechos por parte del cliente a beneficio del empresario⁶².

Sin ánimo de ser exhaustivos recalamos que, una cláusula tendrá la consideración de abusiva cuando sea predispuesta y decidida unilateralmente por una de las partes de la relación contractual, es decir, debe haberse integrado en el contrato de manera previa por parte del empresario sin que el consumidor pueda influir, viéndose limitado a decidir si se adhiere o no al contrato, y deberán causar un desequilibrio en los derechos y deberes de las partes⁶³. Para evitar esto se crea el denominado “control de contenido” que busca evitar contratos donde no exista una reciprocidad; proteger al cliente eliminando cláusulas que resulten desproporcionadas ocasionando un perjuicio al consumidor y vayan en contra de la buena fe objetiva o, lo que es lo mismo, las cláusulas deben ser redactadas de forma ética y respetando los valores que la sociedad reconoce. En todo caso, una vez que se ejerza la acción para su

⁶⁰ STS de la Sala de lo civil, Madrid, nº 792/2009, de 16 de diciembre de 2009. La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) presenta reclamación contra CAJA MADRID, BBVA, BANKINTER y SANTANDER para la cesación de las cláusulas abusivas que se encontraban redactadas en su contrato, así como, la prohibición de volver a usarlas en nuevos contratos.

⁶¹ *Libro contratos bancarios*. Consejo General del Poder Judicial (Escuela Judicial) Cuadernos de Derecho Judicial. XX, 2003, pág. 40.

⁶² Art. 82.1 del TRLGDCU.

⁶³ Lo mencionado se podrá observar en los arts. 7.1 y 1258 del Cc y en el art. 57 del C.Com.

declaración de nulidad se entenderá que en caso de duda se debe resolver siempre a favor del consumidor, es lo que se conoce a través del principio *pro consumatore*.

A este respecto, los pronunciamientos jurisprudenciales han completado la definición normativa del término y contribuido a la interpretación de la misma⁶⁴. Así, ha diferenciado las condiciones generales de las cláusulas abusivas a través de diversas conclusiones: las condiciones generales no son abusivas de por sí, sino que pueden llegar a serlo si son contrarias a la buena fe; las cláusulas abusivas pueden darse en contratos individuales, mientras que, las condiciones generales tienen como objeto incorporarse en una pluralidad de contratos y, sin olvidar, que los contratos con condiciones generales van a poder ser celebrados tanto con consumidores como con empresarios mientras que las cláusulas abusivas serán para proteger a aquellos que se han celebrado con un consumidor como adherente.

Para intentar proteger al consumidor, el legislador ha previsto de manera expresa una lista de cláusulas que se van a considerar abusivas siendo en todo caso un *numerus apertus*, es decir, que no es una lista exhaustiva, sino que se permite la introducción de más cláusulas cuando se crea conveniente. Para entenderlo, vemos necesario hacer mención a la llamada lista negra, conociendo como tal la lista donde se enuncian treinta y ocho cláusulas que son consideradas como abusivas en cualquier circunstancia y la denominada lista gris que cuentan con aquellas cláusulas que van a serlo presumiblemente.

En cuanto a quien tiene la potestad para declararlas como tal mencionar que el deber de velar por los intereses de los consumidores son los órganos judiciales y administrativos competentes, siendo los propios usuarios quien puede ejercer esta acción de nulidad⁶⁵. Por lo tanto, podrán declarar su nulidad el Juez, ya sea a instancia a parte o de oficio, lo cual es posible por la importancia que da a la defensa de los consumidores el Derecho de la Unión Europea, interpretando las condiciones de la manera que más favorezca al cliente⁶⁶. Y, también podrán intervenir, los registradores y notarios⁶⁷. La intervención de estos último se justifica porque facilitan la inscripción de las cláusulas que hayan sido declaradas contrarias a ley en el Registro de Condiciones generales de la Contratación⁶⁸. Se trata de un registro público donde se inscriben aquellas cláusulas que se consideren condiciones generales, su inscripción puede ser solicitada por el adherente, el predisponente, aquellos legitimados para realizar una acción

⁶⁴ SAP de Cáceres número 140/2013 de 3 de junio. Recurso presentado por la entidad LIBERBANK frente a la sentencia que declaraba nula sus cláusulas por abusivas. (ROJ: SAP CC 384/2013).

⁶⁵ Art. 7 de la Directiva 93/13.

⁶⁶ Marcos González, M. (2011): *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, pág. 210.

⁶⁷ Art. 84 del TRLGDCU.

⁶⁸ En adelante, RCGC.

colectiva o por una resolución judicial. Se caracteriza por tener un carácter estatal y jurídico, su inscripción es voluntaria y no valora la validez de la condición si no que busca conceder publicidad a la condición para que los ciudadanos puedan conocerlas reforzando así la intervención judicial, ya que, la inscripción de aquellas condiciones que hayan sido declaradas nulas tienen la finalidad de proteger al usuario evitando que las entidades puedan volver a inscribirlas en un nuevo contrato⁶⁹.

El efecto jurídico mediato de la declaración de abusiva de una cláusula contractual va a ser su nulidad y, como consecuencia, deberán tenerse como no puestas sin generar obligaciones a los consumidores, mientras que, el consumidor quedará vinculado al resto de contrato de manera obligatoria siempre que pueda seguir subsistiendo sin las cláusulas retiradas.

4.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

La conclusión de contratos de préstamo donde se incluyen una garantía hipotecaria ha dado lugar en la práctica a que se reconozca cláusulas que se han considerado abusivas y de las que nos ocuparemos a continuación⁷⁰.

En primer término, cabe destacar *el vencimiento anticipado* por el cual se le atribuye a la entidad financiera la potestad de exigir el pago de la totalidad de la deuda, dando el préstamo por vencido antes de lo acordado por el impago de alguna cuota. En el caso de incumplimiento de obligaciones por parte del deudor, el proceso que utiliza la entidad es muy sencillo. Así, una vez que el deudor ha realizado el impago, se presentará ante el juez la escritura de la hipoteca y éste podrá ordenar su ejecución. No obstante, habrá que atender a cada caso concreto, ya que el TJUE ha declarado que corresponde a la labor del juez determinar si el incumplimiento es de carácter esencial y grave⁷¹. Es decir, que el consumidor haya dejado de pagar su deuda durante tres meses consecutivos, de manera que, será declarada nula la condición, ocasionando la suspensión de todo procedimiento ejecutivo gestionado y sólo se podrá exigir al cliente el pago de la parte adeudada⁷².

⁶⁹ Murtula Lafuente, V. (2012): *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, Ed. Reus, pág. 160.

⁷⁰ Vázquez Ruano, T. (2015), “Interpretación del TJUE sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el sector bancario. Reforma normativa nacional”, en AA.VV: *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, (coords. Miranda Serrano, L.M, Pagador López, J., Pino Abad, M.) IUSTEL, págs.441-454.

⁷¹ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto c 415/11. Aziz presenta una demanda contra CATALUNYA CAIXA por encontrarse en su contrato de préstamo hipotecario de carácter abusivo como son la de vencimiento anticipado, la de interés de demora y, aquellas que fijaban los intereses variables de su contrato de préstamo hipotecario. (Curia: ECLI:EU:C: 2013:164).

⁷² Art. 693.2 de la LEC.

En segundo término, *el interés de demora* que, en líneas generales, es la penalización que usan los prestamistas en los casos donde exista algún retraso en las cuotas establecidas para la devolución del capital. La mencionada cláusula es declarada como abusiva si supera tres veces el tipo de interés legal del dinero lo que provoca que el deudor tenga dificultades para la devolución de los pagos por tener que añadirle unos intereses demasiados altos⁷³. Respecto de estos supuestos, el TJUE ha aclarado que los jueces, en ningún caso, pueden recalcular los intereses de demora una vez han sido declarados abusivos ya que, en el caso contrario, se eliminaría toda posibilidad de que las entidades no volviesen a utilizarlas⁷⁴.

Por su parte, *la liquidación unilateral de la deuda* consiste en la posibilidad de la entidad de poder iniciar el procedimiento de ejecución dineraria de manera unilateral, o lo que es lo mismo, sin la posibilidad del consumidor de mostrar su oposición, eliminado así su facultad de defensa. El problema no es la cláusula en sí, sino que, en caso de que exista un error en el cálculo realizado por la entidad, el ejecutado no podrá oponerse. Esto ha dado lugar a la intervención de los tribunales para establecer que, para la liquidación, es necesario un acuerdo entre las partes donde se puedan discutir el carácter excesivo de las cantidades que se puedan reclamar, mientras no sea así será declarada como abusiva⁷⁵.

Las cláusulas referidas a *las comisiones* que se incluyen en los contratos bancarios, no son abusivas siempre que correspondan a operaciones o servicios prestados y que el cliente haya sido informado de forma personal y anticipada del coste exacto, tal es el caso de *comisión de gastos por correspondencia*, en este caso, si lo hemos acordado en el contrato, los bancos podrán hacernos pagar por toda la documentación que sea enviada a nuestro domicilio, o, *las comisiones por descubierto* que serán lícitas siempre que no superen el 2'5% del valor legal del dinero. Sin embargo, en ocasiones se incurre en ilicitud por abusividad, como acontece con la condición de *comisiones por sacar efectivo del cajero*; esta ha sido objeto de polémica, ya que algunos clientes se vieron pagando dos comisiones por una simple retirada de efectivo, una por usar su cajero sin ser cliente de la entidad y otra por la llamada tasa de intercambio que buscaban cubrir los costes del servicio. Para evitar este abuso a los consumidores, las entidades se vieron obligadas a cobrar sólo una de las tasas y no al cliente sino a la entidad de la que proceda, siendo está última la que decida si repercutirá esa cantidad a sus clientes. *La comisión por la*

⁷³ En este sentido, se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del TS. Sala primera de lo civil de 22 de abril de 2015, núm. 265/2012. Recurso presentado por el Banco SANTANDER que fue obligado a eliminar algunas de sus cláusulas por imponer unos intereses de demora del 21,8%. (ROJ: STS 1723/2015).

⁷⁴ Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 sobre el asunto C-482/13. Demanda de consumidores contra UNICAJA y CAIXABANK sobre deudas no pagadas en contratos de préstamos bancarios. (Curia: ECLI:EU:C:2015:21).

⁷⁵ Sentencia del TJ de 14 de marzo de 2013, asunto C 415/11.

cancelación anticipada del depósito a corto plazo, el cual será establecido por el banco lo que origina que los clientes se tengan que enfrentar a grandes cantidades. En definitiva, la entidad de crédito busca ahorrarse todos esos costes que se producen por realizar su labor. Siguiendo con las cláusulas abusivas, los *Índices de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH)* es una condición contractual que consiste en el porcentaje que van a utilizar los bancos para actualizar el tipo de interés variable en las hipotecas. Algunas de sus características son: su publicación cada mes a través de una media que se realiza de las diferentes ofertas que muestra el mercado; su incremento y reducción es mucho más lento que en el resto de índices y sus tipos suelen ser más elevados que si utilizamos el Euribor. Puede ser declarada abusiva y, por lo tanto, nula debido a su falta de transparencia, es decir, este índice se realiza mediante una serie de métodos que los consumidores no conocen ni van a conocer, por lo que podrá ser manipulado por las entidades perjudicando a sus clientes⁷⁶.

En otro orden, nos referimos a la *cláusula de compensación de deudas* consistente en la posibilidad de compensación entre aquellos que sean deudores y acreedores al mismo tiempo⁷⁷. Este instrumento es muy utilizado en el marco de las relaciones bancarias en nuestro país por lo que la cláusula solo será declarada como abusiva cuando no se haya introducido de manera clara, sencilla, transparente y concreta⁷⁸.

Finalmente, y sin ánimo de exhaustividad, nos referiremos a las *cláusulas techo y suelo* de notable importancia. En cuanto a la primera, se entiende como tal la que va a limitar la variación del interés variable estableciendo un tipo máximo a pagar ante las posibles subidas del índice de referencia, es decir, el consumidor sólo va a pagar el límite máximo pactado en el contrato. Este tipo de cláusula se ofrece como una protección al cliente, sin embargo, va a surgir el conflicto cuando las entidades las incluyan como condiciones generales sin que se informe en ningún momento de su existencia o cuáles son sus consecuencias obligando al usuario a aceptar un tope muy superior a lo que en realidad puede llegar a subir el Euribor. Esta modalidad de condiciones puede aparecer solas o en relación con las llamadas cláusulas suelo, esto se argumenta bajo la idea de que, las primeras, protegen al consumidor y, estas últimas, a la entidad. En lo que concierne a la *cláusula suelo*⁷⁹ adelantamos que se trata de aquéllas que

⁷⁶ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián de 29 de abril de 2.014, número 156/14. Acción individual contra la entidad KUTXABANK por imponerle a los consumidores un tope en su tipo de interés variable superior al Euribor sin informarle en su contratación. (ROJ: SJM SS 71/2014).

⁷⁸ Sentencia del TS. Sala de lo Civil del 16 de diciembre de 2009. La OCU demanda a las entidades CAJA MADRID, BBVA, BANKINTER y SANTANDER cuyo fallo se resume en la declaración de abusividad de las cláusulas y su nulidad, la prohibición de volver a utilizarla y la publicación de su fallo. (ROJ: STS 8466/2009).

⁷⁹ Esta cláusula ha aparecido en más de 3.834.095 préstamos variando su porcentaje mínimo entre un tres y un cinco por ciento, normalmente, en la mayoría de los contratos se puede encontrar en el mismo apartado, la cláusula

actúan limitando, a través de un tope mínimo, los intereses que debe pagar el consumidor en los contratos de préstamo bancario a tipo de interés variable⁸⁰ con independencia de lo acordado por las partes. En todo caso, lo que se consigue es evitar los beneficios que podría obtener el consumidor ante las bajadas de los intereses, beneficiando al banco y perjudicando al consumidor. Si bien, la importancia de la materia en el trabajo que nos ocupa hace que nos detengamos en su análisis con mayor profundidad en el siguiente epígrafe.

5. LA CLÁUSULA SUELO.

5.1 CLÁUSULAS SUELO: CONCEPTO Y CONTROL DE ABUSIVIDAD

La cláusula suelo incluida en los contratos bancarios de préstamo en los que se constituye una garantía hipotecaria es una de las condiciones generales que mayor repercusión social ha tenido y mantiene en la actualidad, siendo objeto de análisis no sólo desde la perspectiva teórica de la doctrina, sino esencialmente en el ámbito jurisprudencial, como tendremos ocasión de analizar. La cláusula suelo no es una condición ilícita, sino que actúa con la finalidad de cubrir los costes que puede surgir en los bancos por este tipo de contrato, y en ningún caso, busca perjudicar al consumidor. Por lo tanto, para que sean declaradas abusivas deberán ser contrarias a la buena fe y que no se le haya permitido al consumidor conocer el verdadero riesgo de aceptarlas, es decir, cuando no consigan pasar el control de abusividad⁸¹.

La cláusula suelo prevista en los contratos de préstamo constituidos con garantía hipotecaria están sometidos a un doble control de transparencia para determinar su abusividad⁸². En el “*control de transparencia*” la cláusula debe someterse al control por dos vías⁸³. Por un lado, deberá pasar el denominado control de “*transparencia documental*”, se haya celebrado con

financiera tercera bis, que está destinada a establecer los intereses ordinarios bajo los títulos de “*límite a la variación del interés variable*” o “*modificación del interés variable*”, entre otros. Indicar que esta práctica es muy usual en nuestro país, sin embargo, no así en el resto de Europa, solo Francia, Bélgica, Portugal e Italia se pueden encontrar cláusulas suelo con la diferencia de que estas están controladas por la Ley para proteger a los consumidores. (Información obtenida de la sentencia del TS del 9 de mayo de 2013)

⁸⁰ Varios ejemplos de redacción de la cláusula suelo: “*Límites a la variación del tipo de interés: El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual.*”; o, bajo el mismo título: “*En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual.*” (Información obtenida de la sentencia del TS del 9 de mayo de 2013).

⁸¹ Marqués Mosquera, C. (2014), “Las cláusulas suelo”, *Cuadernos de derecho y comercio*, N° Extra 1, págs. 251-266.

⁸² Art. 80 del TRLGDCU.

⁸³ Martínez Escribano, C. (2014), “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 33, nº 133, págs. 295-344. Y, Orduña Moreno, F. (2014), “Las cláusulas suelo: el control de transparencia.”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 2, págs. 2363-2377.

consumidores o con empresarios, que busca comprobar que el procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo el contrato se ha cumplido⁸⁴. Este procedimiento consiste en la entrega de un folleto informativo que informe de todo aquello a lo que se puede adherir el consumidor; posteriormente, se le deberá entregar la oferta con todas las condiciones financieras permitiendo al cliente que pueda estudiarla en un plazo de tres días anteriores a la celebración del contrato y, por último, su formalización a través de la escritura pública. Sin olvidar⁸⁵, la comprobación de que la redacción de las condiciones se haya realizado de manera clara, concisa, sencilla, comprensible y transparente⁸⁶, o que no sean ilegibles ambiguas, oscuras ni incomprensivas⁸⁷. Y, por otro lado, el llamado “*control de comprensibilidad real*” que busca asegurar que el usuario ha conocido tanto la carga económica (el dinero que debe pagar) como la carga jurídica (el riesgo que conlleva), es decir, que el cliente ha podido conocer la cláusula suelo con sus ventajas e inconvenientes desde el inicio del contrato⁸⁸. Algunos autores consideran que a estos dos controles se le añade un tercero consistente en la comprobación de que la cláusula haya sido redactada de manera comprensible para que el consumidor pueda conocerla sin la necesidad de la intervención de un experto. En todo caso, la Jurisprudencia ha declarado la abusividad de las cláusulas suelo basándose en la venta de un contrato donde, al ser de tipo de interés variable, el consumidor podrá beneficiarse por las posibles bajadas⁸⁹, cuando en realidad este beneficio está limitado, por la falta de información que tiene el cliente o la existencia de una redacción poco clara, incomprensible y escondidas entre una gran cantidad de datos⁹⁰.

En resumen, la regla general del “*control de transparencia*”⁹¹ va a alcanzar tanto la comprobación de que las condiciones establecidas han sido redactadas de una manera clara, concreta y sencilla, como de que el cliente conozca desde el inicio la carga económica y los riesgos reales que está asumiendo aceptando el contrato⁹², ya que en caso de no pasar el control la cláusula podrá ser declarada abusiva⁹³.

⁸⁴ Sentencia núm. 1916/2013 de 9 de mayo de 2013 en el Fundamento Jurídico 11º. (ROJ: STS 1916/2013).

⁸⁵ Cordero Lobato, E. (2013), “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº6, págs. 129-133.

⁸⁶ Arts. 5 y 7 de la LCGC.

⁸⁷ López Jiménez, *op.cit.*, págs. 226-228.

⁸⁸ Art. 80.1.a) del TRLGDCU.

⁸⁹ Fallo de la Sentencia núm. 1916/2013 de 9 de mayo de 2013. (ROJ: STS 1916/2013).

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid del 9 de mayo de 2013. El Tribunal Supremo declara la nulidad de las cláusulas suelo por abusivas y la no retroactividad de estas.

⁹¹ El deber de transparencia que da lugar a este control está conectado con el artículo 60 del TRLCU que establece que la entidad debe trasladar al consumidor la información necesaria sobre las características esenciales del contrato.

⁹² García de Pablos, J. F. (2013): “La cláusula suelo de las hipotecas”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3, págs. 207-210.

⁹³ Sánchez Martín, C. (2013), “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas.”, *Diario La Ley*, nº8112.

En consonancia con lo mencionado, es de trascendencia destacar la intervención del notario en estos tipos de contrato, resaltando la posibilidad de que su actividad correctamente realizada puede ayudar a mejorar la decisión del consumidor⁹⁴. El papel de los *Notarios y Registradores de la Propiedad* consiste en informar a los consumidores sobre las condiciones que están aceptando en el contrato, al igual que comprobar que cumplen con la legalidad necesaria para estar presentes en él⁹⁵. Por ello, la propia ley establece que estos deben garantizar que no existen cláusulas abusivas que hayan sido declaradas nula por una autoridad judicial en el contrato⁹⁶. Atendiendo a estas consideraciones, cabe preguntarse si con su intervención se debía de haber avisado al consumidor de la existencia de una cláusula suelo en su contrato. La mencionada intervención del notario en este control es básicamente a través del asesoramiento, buscando no solo la negatividad ante las cláusulas abusivas; sino también, advertir al consumidor todo aquello que pueda ser de su interés. Sin embargo, la jurisprudencia ha dado una respuesta negativa a esta cuestión razonando que la información de carácter relevante debe darse de manera clara antes de la celebración del contrato. En nuestra opinión, creemos que sería necesario, tal y como son las circunstancias en las que nos encontramos, que la actuación de estos funcionarios públicos se presentara desde el inicio de las contrataciones y adaptándose en cada momento, no solo al tipo de contrato que se pretenda celebrar, sino también al tipo de consumidor con el que trata potenciando así el control de los notarios.

5.2 EJERCICIO PROCESAL

En el ejercicio procesal que se debe seguir para la declaración de abusividad debemos diferenciar entre las acciones de carácter individual y colectivas. En el caso de las acciones presentadas individualmente, nos encontramos con el debate sobre quién ostenta la competencia objetiva⁹⁷. A este respecto, nada obsta considerar que el proceso lo deberán conocer los órganos jurisdiccionales españoles⁹⁸. Sin embargo, la problemática radica en que, por un lado, sólo las acciones colectivas deberían ser conocidas por los Juzgados de lo Mercantil, mientras que las individuales serían conocidas por los Juzgados de 1º Instancia. Esta cuestión ha sido resuelta con acierto por la jurisprudencia declarando que conocerán de todas las acciones los Juzgados de lo Mercantil que aleguen la nulidad a través de su consideración como condiciones generales

⁹⁴ López Jiménez, *op.cit.*, pág. 223.

⁹⁵ Art. 81.2 del TRLGDCU y 23.2 de la LCGC.

⁹⁶ Art. 84 del TRLGDCU.

⁹⁷ Mendoza Sánchez, J. (2016): “Cláusulas suelo: demandas colectivas frente a individuales”, artículo publicado en el recurso electrónico: <https://www.capitalmadrid.com/2016/1/21/40890/clausulas-suelo-demandas-colectivas-frente-a-individuales.html> (Fecha de consulta: 29/04/2016).

⁹⁸ Art. 117. 3 de la CE.

de contratación, y conocerán los Juzgados de 1ª Instancia cuando se alegue vicio en el consentimiento o la idea de abusividad del TRLGDCU⁹⁹. En cuanto a la competencia territorial se entenderá como competente a aquel tribunal del domicilio del demandante con dos matices¹⁰⁰: si la acción es presentada por dos demandantes serán ellos mismo los que decidan entre sus domicilios donde interponer la demanda y, en el caso de un extranjero que haya contratado con una entidad española, tendrá la competencia los tribunales españoles¹⁰¹.

La legitimación para presentar la demanda la tendrán los consumidores que ostenten la condición de titular de la relación contractual que supone el objeto de la demanda¹⁰². No obstante, esta norma general, es ampliada hasta la figura del fiador por su condición en el contrato y, en ningún caso, el socio que quiera demandar en nombre propio y no como representante de la sociedad. Las acciones que podrán solicitar los consumidores a través de la acción individual son dos: *la acción de no incorporación* de aquellas condiciones que no hayan sido conocidas por el consumidor o sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles; y, *la acción de nulidad* para aquellas cláusulas que vayan en contra de nuestra ley o sean abusivas¹⁰³. En lo que concierne a la carga de prueba¹⁰⁴, el demandante debe aportar junto a la demanda la escritura del préstamo bancario donde se halle la cláusula suelo y, en el caso de que la entidad planteé que la condición no fue impuesta sino negociada con el cliente, será de ella la responsabilidad de demostrarlo¹⁰⁵. Las entidades de crédito han intentado explicar la legalidad de sus cláusulas declarando que los demandantes reconocen haber firmado el contrato, pero, no han podido demostrar, que pudieran negociar las condiciones que se encontraban en él¹⁰⁶. Además de ello, se afirma que en los contratos las cláusulas habían sido destacadas a través del uso de la negrita en su escritura. Pero esto no es suficiente para hablar de que la entidad ha dado una correcta información sobre la condición, ya que, a pesar de tratar con consumidores medios,

⁹⁹ AAP Madrid, sección 28ª, de 12 de febrero de 2010. Auto donde se recoge la competencia del Juzgado de lo Mercantil en su razonamiento jurídico 3º. (JUR\2012\96686).

¹⁰⁰ Arts. 22.2, 52.2.14 y 53.2 de la LEC.

¹⁰¹ López Jiménez, *op.cit.*, pág. 361.

¹⁰² Art. 10 de la LEC.

¹⁰³ Arts. 7, 8 y 12 de la LCGC.

¹⁰⁴ García Montoro, L. (2013), “La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual. Análisis de algunos pronunciamientos judiciales recientes y previos a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº5, págs. 240-244.

¹⁰⁵ Art. 82.2 del TRLGDCU.

¹⁰⁶ Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Orense nº 4 de 13 de mayo de 2013. Acción contra la entidad BANCO POPULAR en la cual la entidad defiende que sus cláusulas son lícitas porque fueron firmadas por los consumidores. En el fallo se recoge que la cláusula es abusiva porque, aunque fueran firmadas por los demandantes, estos no conocían la cláusula. (Roj: SPJ1 38/2013).

con escasos conocimientos financieros, no se llegó a realizar una explicación detallada y simple de las condiciones que contiene el contrato¹⁰⁷.

El ejercicio de las acciones individuales plantea, al mismo tiempo, dos aspectos discutidos por la doctrina, cuales son la acumulación de acciones y las posibles medidas cautelares. En el caso de la acumulación de acciones, el debate surge por la idea de si se debe acumular al procedimiento de la nulidad el de la posible indemnización como consecuencia del primero. A este respecto, entendemos que la respuesta es que será posible siempre que no sean incompatibles y que cumplan los requisitos establecidos por ley como son que el tribunal sea el competente para ambas acciones, que no sea necesario la realización de diferentes juicios y que la ley no lo prohíba¹⁰⁸. En nuestra opinión, sería innecesario si consideramos que la devolución no es una acción acumulada si no una consecuencia establecida por ley al declarar una cláusula nula¹⁰⁹.

En lo que respecta a las medidas cautelares que se podrán conceder en estas demandas si se pide con carácter previo son cuatro: la inaplicación cautelar de la cláusula suelo para evitar que durante el tiempo que transcurre hasta que se dicte una sentencia, que seguramente declarará su nulidad, el demandante no tenga que seguir pagando unas cantidades desorbitadas; sin embargo, nos encontramos con juzgados que rechazan esta medida, al considerar que no existe el riesgo de no recuperar todas las cantidades abonadas, después de que el TS fallara a favor de la recuperación del dinero cobrado únicamente desde la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013¹¹⁰. A parte de la mencionada, otras medidas cautelares son la suspensión de la ejecución hipotecaria que se haya conocido por un Juzgado de 1ª Instancia o un notario; la anotación preventiva en el RCGC y, la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad para facilitar la extensión de la sentencia y con ello evitar que se vuelva a incorporar en un contrato¹¹¹.

Por otro lado, cuando hablamos del ejercicio de las acciones colectivas, la legitimación va a recaer en los que busquen defender intereses colectivos como son las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades que se hayan formado legalmente y los grupos formados por perjudicados, representados por la persona elegida entre ellos para que actúe en nombre del

¹⁰⁷ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013. Acción contra la entidad BANCO POPULAR para la declaración de abusividad de diversas condiciones generales encontradas en préstamos bancarios. (Roj: SJM B 641/2013).

¹⁰⁸ Arts. 71 y 73 de la LEC.

¹⁰⁹ Art. 1303 del Cc.

¹¹⁰ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº11 de Madrid de 22 de septiembre de 2015. Auto donde se desestima las excepciones procesales alegadas por las entidades demandadas. (Roj: AJM M 175/2015).

¹¹¹ Cadenas de Gea, C.; Pareja Sánchez, M.; Casasola Díaz, J.M. (2013) “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: Mire bien por dónde pisa”, *Revista digital para la difusión de conocimientos económicos*, nº 9, págs. 27-31.

grupo¹¹². De igual manera, está legitimado el Ministerio Fiscal para que vele por los derechos e intereses de un colectivo cuando la demanda sea presentada por una persona jurídica creada para ello. A tal fin, la norma le da la posibilidad de intervenir en cualquier acción colectiva para la nulidad de la cláusula y las posibles devoluciones de dinero¹¹³. Esto ha provocado diversas reacciones debido a que en la vía civil no existe ninguna acción popular que pueda defender los intereses ajenos. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, se entenderá que el Ministerio Fiscal estará legitimado en todos aquellos procesos donde por el interés social del asunto deba personificarse¹¹⁴, porque, según la ley, este tiene por misión promover la acción de justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, así como, proteger a las víctimas¹¹⁵.

En cuanto a las acciones que pueden ser solicitadas por una acción colectiva encontramos *la acción de retractación* consistente en una sentencia que obligue a la entidad que se retracte de la utilización de las cláusulas declaradas nulas; *la acción declarativa* que busca que se reconozca la cláusula como condición general de contratación e inscribirla en su registro y, *la acción de cesación* dirigida a buscar la condena de la entidad a la eliminación de la condición declarada nula sin que pueda volver a incorporarla en sus contratos pudiendo pedirse que se devuelva todo aquello que se ha cobrado de más por la utilización de la cláusula nula. Con carácter general, estas acciones colectivas son imprescriptibles, con la excepción de que las condiciones se hubiesen inscrito en el Registro General de las Condiciones Generales de Contratación, en este caso, la prescripción de la acción será a los 5 años desde el día que se hubieran inscrito¹¹⁶.

5.3 CONSECUENCIAS DE LA ABUSIVIDAD.

Las cláusulas que hayan sido declaradas abusivas por un Tribunal van a ser consideradas nulas y, por lo tanto, se tendrán como no puestas y no se la podrá vincular con el consumidor. Aclaramos que la nulidad podrá ser total o, lo más habitual, parcial. La principal diferencia radica en si el resto del contrato puede subsistir sin la cláusula nula, si es así, se considerará una nulidad parcial que eliminará de la relación contractual sólo la condición abusiva quedando

¹¹² Art. 11 de la LEC. Es el caso de ADICAE o de AUSBANC, ambas son asociaciones que defienden los derechos de los consumidores contra los abusos producidos por las entidades financieras.

¹¹³ Art. 16 de la LCGC.

¹¹⁴ López Jiménez, op.cit., págs.439-443.

¹¹⁵ Art. 11.4 de la LEC, art. 124 CE, art. 54 del TRLGDCU y en el art. 3.6 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE-A-1982-837).

¹¹⁶ Art. 19 de la LCGC.

obligado al resto del contrato. Una vez que la sentencia sea firme deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en el periódico de mayor venta en la provincia¹¹⁷. Esto da lugar a varias ideas como la no obligatoriedad de la publicación, siendo sólo las acciones colectivas las que van a publicarse; los gastos deberán correr a cargo del condenado por sentencia y, si únicamente se debe publicar el fallo o toda la sentencia, siendo la respuesta la sola publicación del fallo para que llegue a un gran número de ciudadanos. Otra de sus consecuencias es la obligación de inscribir la sentencia en el RCGC, cuya finalidad radica en ayudar a la efectividad judicial buscando que con una única declaración de abusividad se puedan resolver todas aquellas demandas presentadas por la misma cláusula y evitar que las entidades puedan volver a inscribirlas en un contrato. Este registro tiene una versión online que es actualizado permanentemente y que cualquier español puede consultar de manera gratuita para conocer aquellas condiciones generales que podrían aparecer en sus contratos.

Sin embargo, una de las mayores consecuencias y la más discutida es el posible efecto retroactivo de la cláusula suelo¹¹⁸. Esta apreciación implica que, además de la nulidad de la condición, también se reclame la devolución de todo el dinero pagado de más por la cláusula suelo. Sin embargo, al momento de elaborar el presente trabajo, todavía no se ha aclarado la situación¹¹⁹. El TS se pronunció en uno de sus fallos apreciando la irretroactividad respecto a la devolución de las cantidades abonadas¹²⁰, para lo cual se basó en la posible repercusión en el “orden social económico” debido a las grandes cantidades que deberían hacer frente las entidades¹²¹. Razonamiento jurisprudencial que no ha sido aceptado de manera unitaria¹²². En las argumentaciones dada por estos en sus fallos encontramos ideas a tener en cuenta como las que mencionamos a continuación. En varias sentencias se recuerda que, según la ley¹²³, la consecuencia lógica de declarar la nulidad de una condición general es la de restituir todo aquello que hubiese sido materia del contrato¹²⁴ y que él no seguir lo estipulado por la ley se podría entender como una vulneración del principio de tutela judicial efectiva¹²⁵. También,

¹¹⁷ Art. 21 de la LCGC.

¹¹⁸ López Jiménez, *op.cit.*, págs. 407-411.

¹¹⁹ Agüero Ortiz, A. (2013), “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, págs.291-299.

¹²⁰ Plaza Penadés, J. (2015), “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, nº 8547.

¹²² Hernández Guarch, C. (2013): “La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, *Revista CESCO*, nº 6/2013, pág. 136.

¹²³ Fernández Cornago, M. (2015), “La retroactividad de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº13, págs. 240-268.

¹²⁴ Artículo 1303 del Cc.

¹²⁵ Sentencia del Juzgado mercantil de 1ª Instancia nº4 de Orense de 10 de mayo de 2013.

aportan la idea de que la analogía argumentada para justificar el fallo no es válida dado que no existe ninguna laguna jurídica¹²⁶. En cuanto a la argumentación, de que las entidades no deben pagar porque afectaría al “orden público económico” explican que no se basa en un fundamento jurídico sino económico, lo que no es fuente del derecho. Sin olvidar que, el hecho de comentar que son cantidades muy elevadas, no se puede realizar sin entender que esas mismas cantidades las han pagado las familias afectadas. Finalmente, mencionan que el Tribunal Supremo no puede funcionar como legislador por lo que no puede cambiar la idea de la devolución de los pagos que está establecido por ley y, que el fallo del Tribunal no está vinculado con la obligación de este de hacer justicia. Es decir, los bancos abusan de su posición en el mercado para no informar a los consumidores de todas las condiciones, posiblemente perjudiciales, establecidos en él y sólo se elimina la cláusula considerándola nula sin imponer a las entidades ningún castigo, aunque sea de carácter económico, por su conducta abusiva¹²⁷.

Para concluir, en la jurisprudencia vamos a encontrar la nulidad de todas estas cláusulas por falta de información, sin olvidar, la posible retroactividad siendo algunas de las sentencias muy cercanas a la fecha de nuestro trabajo como veremos a continuación¹²⁸.

5.4 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA VALORACIÓN JURÍDICA DE LA CLÁUSULA SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

La Jurisprudencia ha sufrido una evolución desde el inicio de las demandas interpuestas por los consumidores al encontrar las cláusulas suelo en sus contratos de préstamo bancario¹²⁹, para ello vamos a nombrar y a comentar distintas sentencias¹³⁰. El primer pronunciamiento del TS que merece ser destacado por su importancia es a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013¹³¹. Éste supuso, como analizaremos más adelante, la nulidad de todas aquellas

¹²⁶ Artículo 4.1 del Cc.

¹²⁷ Ideas definidas del Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº7 de Gijón de 30 de septiembre de 2013 realizado para oponerse a una ejecución hipotecaria.

¹²⁸ Las Sentencias más cercanas a la fecha actual son del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cádiz (22 de diciembre y 7 de abril de 2016) y vuelven a dar la razón a los consumidores pidiendo que se devuelvan los pagos cobrados injustamente por la entidad. (Roj: SJM CA 3831/2015) (Roj: SJM M 53/2016).

¹²⁹ Ramos Herranz, I. (2012), “Actuaciones judiciales: Cláusulas suelo”, *Derecho de los negocios*, año nº 23, nº 256, págs. 38-39.

¹³⁰ Ejemplos de sentencias que se han dictado en nuestra provincia: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén donde, a favor del TS, se entiende las cláusulas suelo como condiciones generales de contratación declarándolas nulas en contra de la entidad CAJASUR llegando a frenarse una ejecución hipotecaria y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Jaén donde se anula la cláusula y se pide a la entidad el pago de diez mil euros más los intereses legales correspondientes considerando que la sola lectura realizada ante notario no es suficiente como elemento informativo para el consumidor. (Roj: SAP J 920/2015) (Roj: SJM J 259/2014).

¹³¹ Sanandrés Frade, J. (2013), “Las cláusulas suelo según el Tribunal Supremo”, *La Toga*, nº. 187.

cláusulas suelo en las que se aprecie falta de transparencia. Pues, en un momento anterior al mismo, las resoluciones de los distintos tribunales contenían argumentos dispares¹³².

Algunos de los pronunciamientos acontecidos antes de la pronunciación del Tribunal Supremo han sido: la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla¹³³ que resolvió el problema presentado, a través de una acción colectiva, por ADICAE contra CAIXA GALICIA, BBVA y CAJAMAR por la presencia de cláusulas suelo y techo en sus contratos fallando la anulación de la cláusula suelo sin que pudiese ser utilizada por ellos en los siguientes préstamos por su incorporación en el RCGC. La respuesta al recurso de apelación de esta sentencia la encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla¹³⁴, se anula la anterior sentencia declarando la validez de la cláusula suelo basándose en argumentos tales como la consideración de la cláusula como elemento esencial del préstamo por su relación con el precio siendo su adhesión libre y voluntaria, por lo tanto, no se pueden considerar condiciones generales de contratación y por lo tanto tampoco abusivas. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº4 de Jaén del 25 de abril de 2012¹³⁵ argumenta la no abusividad a través de la idea de “autonomía de la voluntad”, por la que, si existe una libertad en la decisión del consumidor se tendrá que considerar como una relación contractual válida. En su fallo, el Juez, continúa razonando que el hecho de que el cliente pierda dinero por la evolución del mercado no es algo de lo que la entidad pueda informar antes de la celebración del contrato, si no el riesgo que se asume al contratar un préstamo hipotecario.

No obstante lo indicado, merece un tratamiento específico la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013¹³⁶. Luxemburgo dicta jurisprudencia a través de esta sentencia obligando a todos los países de la UE a unirse a ella. En ella se recoge el famoso “Caso AZIZ”, causa planteada en un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona donde se pedía por parte del demandante (Aziz) que se declarara nula ciertas cláusulas como son la de vencimiento anticipado, la de interés de demora y, aquellas que fijaban los intereses variables de su contrato de préstamo hipotecario introducidas por la entidad financiera CATALUNYA CAIXA. En esta sentencia se harán dos consideraciones que darán lugar a un nuevo sistema legal, hablamos de

¹³² Sentencias posteriores a la del Tribunal supremo que rechazan su contenido: STC Juzgado de Primera Instancia núm.4 de Ourense, de 13 de mayo de 2013 (Roj: SPJI 38/2013); STC Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo (Roj: SJM MA 191/2013); Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013, entre otras. Y sentencias posteriores que la aplican: STC de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 18 de junio de 2013 (Roj: SAP CO 1159/2013) o STC de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 27 de junio de 2013 (Roj: SAP BA 616/2013), entre otras.

¹³³ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010. (Roj: SJM SE 76/2010).

¹³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011. (Roj: SAP SE 1470/2011).

¹³⁵ Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº4 de Jaén del 25 de abril de 2012. (Roj: SAP J 396/2014).

¹³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 C-415/2011.

permitir a los jueces utilizar como medida cautelar la suspensión de una ejecución hipotecaria si observa la existencia de cláusulas abusivas y la fijación de una serie de criterios interpretativos, como es el caso de obligar a los jueces a estudiar si el deudor ha incumplido el contrato de manera grave como para utilizar la cláusula de vencimiento anticipado, o, la obligación de comprobar que el interés de demora no sea superior al interés legal, por lo tanto el juez debe analizar si ha existido un desequilibrio importante entre las partes.

Para unificar los fallos sobre las cláusulas suelo, el TS tuvo que intentar resolver todas las controversias presentadas a través de la Sentencia de 9 de mayo de 2013. Sus conclusiones se basan en considerar una cláusula abusiva, cuando nos encontremos en una situación donde el consumidor esté en desequilibrio con la entidad financiera¹³⁷ debido a la información con la que cuentan ambas partes, siendo el papel del Juez una herramienta fundamental para la declaración de abusividad, salvo que el consumidor no quiera imponerla. En cuanto a la prueba, corresponderá a la propia entidad demostrar que la cláusula ha contado con una negociación individual, sin ser entendido como tal la posibilidad de conocer varias ofertas de otro o del mismo banco. Las cláusulas suelo no son ilícitas en sí mismas, por lo que los Tribunales no pueden intervenir en su control de abusividad, pero si en el de su transparencia ya que se debe de conocer lo que se está contratando, de no ser así no obligaría a ninguna de las partes¹³⁸. Esto se resume en la oferta de un préstamo a tipo de interés variable que, en realidad al interponer un tope mínimo fijo, o máximo en el caso de la cláusula techo, lo convierte en un tipo de interés fijo, por lo que se presenta como un equilibrio en los derechos y deberes de las partes que no existen en realidad. Llegando a la conclusión de la nulidad de la cláusula, pero no del contrato, así como, que no tendrá efectos retroactivos, por lo tanto, las entidades no deberán pagar las cantidades cobradas de más por el consumidor argumentándolo con la idea del gran riesgo que se produciría en el orden público económico¹³⁹.

Sin embargo, le han seguido otras que hemos considerado necesario encuadrar en tres grupos. En primer lugar, aquellas sentencias que acuerdan la nulidad con efectos retroactivos, entre las que destacamos: la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ourense¹⁴⁰, el consumidor requiere la nulidad y las cantidades cobradas por la cláusula suelo a la entidad ABANCA S.A, el Tribunal declara nula la cláusula suelo que se encontraba en el contrato de préstamo bancario

¹³⁸ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. (BOE nº 261, de 29 de octubre de 2011).

¹³⁹ Carrasco Perera, A., González Carrasco, C. (2013), “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional”, *Diario La Ley*, nº 8160.

¹⁴⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense, de 13 de mayo de 2013. (Roj: SJPI 38/2013).

de los demandantes y se pedirá que se devuelva todo lo percibido por el banco argumentándolo en la no negociación existente de las condiciones generales, a consecuencia, se entenderá como no puesta, es decir, sin generar obligaciones para los consumidores y a realizar el reintegro de todo lo cobrado desde el momento que se aplicó la cláusula suelo a los demandantes¹⁴¹; el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona¹⁴² por el que el consumidor se va a oponer a una ejecución hipotecaria por la presencia de cláusulas abusivas en el contrato firmado con la entidad UNNIM BANC, S.A., el Juez se apoya en la sentencia del Tribunal para hablar de la nulidad por falta de información, pero citando al TJUE¹⁴³ reconoce el efecto compensatorio obligado de por ley¹⁴⁴; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 23 de julio de 2013¹⁴⁵ que mantiene la idea de que los efectos retroactivos son una consecuencia de la declaración de abusividad y que, en su momento, el TS no pudo entrar a responder sobre ello porque estaba limitado por una acción colectiva que solo pedía la acción de nulidad de la cláusula. En esta demanda si se instruyó una acción de restitución¹⁴⁶ por lo que, siguiendo a la ley, se debe requerir que se devuelva el dinero cobrado por la entidad financiera; la sentencia del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015¹⁴⁷, de gran importancia, establece que todas aquellas cláusulas que sean declaradas nulas deberán llevar aparejada la restitución de las cantidades pagadas desde el 9 de mayo de 2013, es decir, desde el día que la cláusula es considerada nula de manera oficial o, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº11 de Madrid de 07 de abril de 2016¹⁴⁸, una de las más novedosas e importantes en cuanto a la problemática de los efectos retroactivos. La demanda interpuesta por la asociación ADICAE, representando a más de quince mil perjudicados, ha tenido como resultado la nulidad de la cláusula suelo de cuarenta entidades¹⁴⁹ financieras argumentando la abusividad a través de la falta de

¹⁴¹ Art. 83.1 del TRLDGCU y el art. 219.1 de la LEC.

¹⁴² Auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013.

¹⁴³ SJUE de 14 de diciembre de 1982 y de 26 de febrero de 2013. (Curia: ECLI:EU:C: 2013:105).

¹⁴⁴ Art. 1303 del Cc.

¹⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 23 de julio de 2013 (Roj: SAP A 2771/2013).

¹⁴⁶ Catena Real, R. (2014), “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, nº8385.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015 (Roj: STS 1279/2015 y Roj: STS 1280/2015 respectivamente.).

¹⁴⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº11 de Madrid de 07 de abril de 2016 (Roj: SJM M 53/2016).

¹⁴⁹ Entidades financieras afectadas: Arquia Caja de Arquitectos; Liberbank; Banco Popular; Bankia; Kutxabank; Laboral Kutxa; Ibercaja; Banco Sabadell; CaixaBank; Credifimo; Caja de Ahorros y Monde de Piedad de Ontinyent; Unicaja Banco; Banco Mare Nostrum; Celeris Servicios Financieros; Banca March; Banca Puego; Banco Caminos; Bancofar; Grupo Caja Rural; Caja Rural Extremadura; Caja Rural del Mediterráneo; Caja Rural de Jaén; Caja Rural de Bexti; Caja Rural de Soria; Caja Rural Central; Caja Rural de Asturias; Caixa Rural Galega; Caja Rural de Tenerife-Cajasieta; Caja Rural del Sur; Caja Rural de Teruel; Caja Rural San Vicente Ferrer del Vall de Uxó; Caixa Rural Casinos; Caja Rural de Granada; Caja Rural de Navarra; Caja Rural de Almendralejo; Caixa de Guissona; Caja Cantabria; Globalcaja; Bantierra; Banco del Comercio y Banco Etchevarría.

transparencia y, como consecuencia de esta nulidad, obliga a las entidades a devolver todas las cantidades cobradas indebidamente desde la fecha de la publicación de la sentencia del TS. Por otra parte, se desestima la petición de los demandantes de considerar la cláusula abusiva por no respetar el equilibrio de las obligaciones y por cambiar, según ADICAE, la esencia de un préstamo bancario. Esta sentencia es recurrible¹⁵⁰ por todas las partes, sin embargo, el Supremo ha detenido todos los recursos presentados hasta que el TJUE se pronuncie sobre la retroactividad por la importancia que conlleva esta decisión en los procedimientos de la cláusula suelo.

En segundo lugar, hay otro grupo de sentencias que, a pesar de toda la polémica suscitada, han argumentado en su fallo a favor de la cláusula suelo sin llegar a considerarla abusiva. A pesar de que se trata de un grupo minoritario cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 27 de junio de 2013¹⁵¹ que entiende que la condición ha pasado el doble control de transparencia por la fecha de la introducción de la cláusula suelo que no es al inicio del contrato, si no tres años después de la celebración de este; por lo que el demandante conocía los posibles riesgos que conllevaba aceptar esta cláusula.

Por último, sentencias que van a unirse al fallo de la sentencia del Tribunal Supremo declarando la cláusula nula sin efectos retroactivos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba¹⁵² que anula la condena de devolución de las cantidades cobradas a la entidad CAJASUR; la Sentencia del Juzgado nº2 de lo Mercantil de 15 de mayo de 2013¹⁵³ que considera la cláusula nula y, por lo tanto, se entiende como no puesta sin que genere obligaciones entre ambas partes; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 22 de mayo de 2013¹⁵⁴ resuelve un recurso de apelación presentado por la entidad que fue condenada a devolver los pagos cobrados. En ella se estima solo parcialmente el recurso. La nulidad no es discutida repitiendo que el consumidor no estaba informado de la cláusula, sin embargo, la retroactividad se considera nula razonándolo a través de la sentencia del 9 de mayo de 2013 y el gran trastorno que podría ocasionar a la economía pedir a las entidades que se devuelva el dinero a todos los consumidores o, la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de diciembre de 2015¹⁵⁵ que desestima los recursos presentados por las entidades BBVA y BANCO POPULAR por declarar

¹⁵⁰Al momento de redactar el presente trabajo, han recurrido el Banco SABADELL explicando que sus cláusulas eran conocidas por sus consumidores y ADICAE para que el carácter retroactivo sea desde la celebración del contrato.

¹⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 27 de junio de 2013. (Roj: SAP BA 616/2013).

¹⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 18 de junio de 2013. (Roj: SAP CO 1159/2013).

¹⁵³ Sentencia del Juzgado nº2 de lo Mercantil de Zaragoza de 15 de mayo de 2013. (Roj: SJM Z 2437/2015).

¹⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 22 de mayo de 2013, (Roj: SAP CC 383/2013).

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de diciembre de 2015. (Roj: STS 5618/2015).

nulas sus cláusulas de vencimiento anticipado, las que obligan al consumidor a pagar los costes que suponen la realización del contrato, interés de demora y la cláusula suelo. El argumento más importante de esta sentencia es el razonamiento de si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado debe conllevar la cancelación de la ejecución hipotecaria. Esto se resuelve argumentando que no siempre va unida a la cancelación, ya que, si impedimos a las entidades optar por la ejecución hipotecaria no solo limitaríamos el derecho del banco a poder recuperar el dinero prestado, sino que, además, puede que no sea la opción que más perjudique al consumidor, puesto que, al no sobreseerse la ejecución, los usuarios podrían hacer valer las ventajas que recoge la ley como la liberalización del bien o la rehabilitación del contrato en el caso de que sea la vivienda familiar¹⁵⁶; por lo que sería necesario que el tribunal valore cada caso concreto y decida si debe ejecutarse el embargo o no¹⁵⁷.

A pesar de estas resoluciones, no existe una idea unitaria sobre el tema que nos ocupa, sin embargo, el TJUE ya ha indicado el estudio y elaboración de una respuesta firme sobre las cláusulas y su retroactividad para finales de junio.

6. LA CLÁUSULA SUELO Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL.

6.1 ACTOS DE ENGAÑO CON CONSUMIDORES Y PUBLICIDAD ILÍCITA.

La cláusula suelo también ha sido objeto de enjuiciamiento desde la perspectiva de las normas de competencia y, en particular, en lo que compete a la competencia desleal en el mercado en relación con las prácticas engañosas llevadas a cabo con los consumidores.

Nuestra Constitución, como es sabido, recoge el derecho de *libertad de competencia* consistente en permitir la introducción de los empresarios en el mercado e incentivar la captación de clientes¹⁵⁸. Es decir, nos encontramos en una situación de competencia cuando varios empresarios ofrezcan los mismos bienes y/o servicios. La existencia de este derecho precisa de una competencia económica leal, por lo que, la única limitación de este derecho es que la libertad se realice de manera correcta o, lo que es lo mismo, que se lleve a cabo de modo transparente y sin que existan *comportamientos desleales*¹⁵⁹. Estas exigencias hacen que sea

¹⁵⁶ Art.693.3 de la LEC.

¹⁵⁷ Esta sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Orduña Moreno, en el que discrepa en la decisión sobre la ejecución hipotecaria. En su opinión debería ir aparejado la declaración de la nulidad con el sobreseimiento y no ejecución del embargo.

¹⁵⁸ Art. 38 de la CE.

¹⁵⁹ Art. 4 de la Ley de Competencia Desleal 3/1991 de 10 de enero. (BOE nº10 de 11 de enero de 1991. En adelante, LCD).

ineludible la existencia de normas que regulen los supuestos en los que un acto debe ser considerado desleal o no¹⁶⁰.

Los comportamientos o actuaciones desleales encuadran las actuaciones que se realice en el mercado faltando a las exigencias de buena fe. Si bien, en el caso de realizarse contra consumidores y usuarios, la delimitación del concepto de buena fe ha de hacerse teniendo en cuenta los actos o prácticas de los empresarios que distorsionan la conducta económica de los consumidores en decisiones tales como la selección de la oferta, las condiciones de contratación, el pago y conservación, así como, sobre sus derechos contractuales.

Junto a la norma general de deslealtad aludida, la LCD establece distintos grupos de acciones desleales: las prácticas engañosas, las agresivas y las prácticas comerciales que se llevan a cabo con los consumidores (bien sean engañosas o, en su caso, agresivas)¹⁶¹. Por el análisis que estamos realizando en este trabajo debemos centrarnos en las prácticas comerciales con los consumidores, en cuanto que son los clientes bancarios los que reciben la información acerca de los productos que ofrecen en el mercado las entidades de crédito; y, en particular, las que pueden resultar engañosas¹⁶².

La información que los bancos ofrecen en el mercado acerca de las condiciones de la garantía hipotecaria que es preciso constituir para que el cliente pueda beneficiarse de un préstamo, puede resultar insuficiente o poco clara e imprecisa. La conducta tipificada como desleal por engañosa en el mercado presenta dos perspectivas: el engaño por lo que se dice y el engaño por omisión. Así, mientras que el primer comportamiento implica que el empresario introduzca información falsa o real que pueda inducir a error a los consumidores en aspectos como la existencia del bien o servicio, sus características, la asistencia postventa o, el precio, entre otros. Por su parte, la omisión hace referencia a ocultar información relevante para que el usuario pueda adoptar una decisión conociendo todos los detalles de la contratación. También se entiende como tal que la información sea o resulte ambigua, ininteligible o poco clara. En todo caso, se deberá atender a cada caso concreto y a sus circunstancias particulares.

En materia de condiciones de los contratos de préstamo hipotecario, entendemos que las entidades realizan prácticas comerciales que ocultan información fundamental al cliente respecto del contenido que le ofrecen y, en otras ocasiones, la información facilitada resulta poco clara y carente de concreción dando lugar a que no pueda ser percibida por el

¹⁶⁰ LCD y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº159 de 4 de julio de 2007. En adelante, LDC).

¹⁶¹ Arts. 5, 7 y 8 de la LCD.

¹⁶² Art. 19 en relación con los arts. 4,5,7 y 9 de la LCD.

consumidor¹⁶³. Las entidades financieras van a presentar el contrato de préstamo hipotecario con el conjunto de cláusulas redactadas de manera compleja, lo que da lugar a que los clientes no vayan a conocer de todas las condiciones que van a contratar, salvo que tenga suficientes conocimientos para buscarla específicamente o el banco les informe del contenido del contrato de una manera sencilla y entendible para el consumidor. Es decir, omiten información relevante del contrato que venden influyendo en la decisión del consumidor que aceptará un préstamo que no aceptaría si conociera en realidad a lo que se está adhiriendo o, lo que es lo mismo, limitan la decisión del usuario a su propio beneficio¹⁶⁴.

En relación con lo indicado, no puede obviarse que esas mismas consideraciones se extrapolan al ámbito de la publicidad comercial, en los casos en los que se incluya la información referida a las cláusulas suelo como contenido de una comunicación comercial en la que se haga referencia a los préstamos hipotecarios que el consumidor puede contratar con las entidades de crédito¹⁶⁵. La comunicación comercial es el mensaje que se emite con la pretensión de promocionar, de manera directa o indirecta, la contratación de bienes o servicios por parte del anunciante. Esto es, informar a todos los consumidores sobre lo que ofrecen a través de cualquier medio de comunicación y buscando persuadir al público a su compra¹⁶⁶. Por tanto, la falta de datos relevantes o, en su caso, la información promocional que resulta errónea hace que el cliente se forme una idea del producto promocionado que no se corresponde con la realidad y, por ende, engañosa.

Como hemos indicado anteriormente, la información es un elemento esencial para que las dos partes intervinientes en un contrato resulten beneficiadas, en el caso contrario, la libertad de decisión del consumidor se está viendo afectada llevándole a aceptar algo que de saber toda la información no aceptaría y ocasionándole un perjuicio en su comportamiento económico¹⁶⁷. En este sentido, la publicidad que contengan información relevante con un lenguaje confuso y, entre otras, la ocultación de información de carácter importante para el consumidor puede encuadrarse en un supuesto de deslealtad por ser una publicidad engañosa y de carácter ilícito.

¹⁶³ Otros comportamientos desleales practicados con consumidores y usuarios son los recogidos en los arts. 20 a 31 de la LCD, como son: las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas, prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa, prácticas engañosas por confusión, prácticas comerciales encubiertas, otras prácticas engañosas, prácticas agresivas por coacción, prácticas agresivas por acoso y, otras prácticas agresivas.

¹⁶⁴ Massaguer, J. (2006): “Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº13, págs. 13-25.

¹⁶⁵ Regulada en el art. 18 de la LCD y en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. (BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1998. En adelante, LGP).

¹⁶⁶ Art. 2 de la LGP.

¹⁶⁷ Art. 3 apartado e) de la LGP.

Esta ocultación de información está relacionada con la cláusula suelo, donde se ofrece la hipoteca a un tipo de interés variable determinado que a simple vista es muy beneficioso para el consumidor.

En conclusión, los consumidores afectados por la cláusula suelo pueden alegar actos de competencia desleal, por prácticas engañosas omisivas o publicidad ilícita, como prácticas abusivas en sus préstamos. Las acciones que podrán ser ejercitadas para estos casos serán analizadas en el siguiente epígrafe.

6.2 MECANISMOS DE DEFENSA.

Los consumidores que quieran alegar competencia desleal, por prácticas engañosas omisivas o publicidad ilícita, en sus cláusulas suelo podrán ejercitar cualquiera de las acciones incluidas en la norma de competencia desleal actual y que ha supuesto la unificación de los instrumentos judiciales de defensa previstos en materia de competencia y de publicidad¹⁶⁸. Nos referimos, en concreto, a las siguientes: la acción declarativa; la acción de cesación; la acción de remoción; la acción de rectificación; la acción de resarcimiento y la acción de enriquecimiento injusto.

La acción declarativa consiste en obtener una sentencia donde se afirme que ha existido una situación desleal para el consumidor. Esta acción puede presentarse de dos maneras: de forma única, entendiéndose que, con la sola declaración de ilicitud, el consumidor ve satisfecho su interés o, de forma acumulativa, es el supuesto más frecuente, donde se ejecuta diversas acciones que no podrán ejercitarse hasta que la acción declarativa sea firme. *La acción de cesación* tiene varias finalidades consistentes en paralizar el acto y prohibir que vuelva a ser utilizada en un futuro; *la acción de remoción* que busca eliminar todos aquellos efectos que, de manera concreta, hayan perjudicado al consumidor pidiendo a su vez la restitución de todo lo pagado; *la acción de rectificación* para obligar al autor del acto desleal que rectifique todas aquellas informaciones o actos realizados que lo provocaron a través de la llamada “publicidad correctora”; *la acción de resarcimiento* por todos aquellos daños y perjuicios ocasionados al consumidor, y, *la acción de enriquecimiento injusto*, en el caso de que haya existido una ventaja patrimonial para el empresario por el comportamiento desleal.

La legitimación activa, es decir, los sujetos que pueden interponer dichas acciones serán aquellos consumidores que tengan un interés legítimo o las asociaciones de consumidores legalmente organizadas que busquen defender los derechos de los usuarios contra cualquier persona que haya realizado el acto de competencia desleal, sin olvidar, la intervención del

¹⁶⁸ Art. 32 de la LCD.

Ministerio Fiscal para defender los intereses sociales de los ciudadanos ejercitando la acción de cesación. Los perjudicados podrán solicitar al juez la práctica de todas aquellas diligencias previas que crean necesarias para la comprobación de los hechos demandados¹⁶⁹. Mientras que, la legitimación pasiva recae sobre aquellas personas que hayan intervenido en la realización del comportamiento considerado desleal, ya sea, de manera directa o indirecta, es decir, quien haya realizado directamente el comportamiento, lo haya ordenado o haya cooperado para su ejecución. Dos excepciones: si la conducta ha sido realizada por trabajadores cumpliendo sus funciones, la acción deberá dirigirse solamente contra el principal que ordenó el acto desleal y, en caso de ejercitarse la acción de enriquecimiento injusto, sólo va a recaer sobre quien se haya beneficiado de manera ilegal¹⁷⁰. Terminar mencionando que estas acciones¹⁷¹, al contrario que en el caso de aquellas que defienden los intereses generales, van a prescribir en un año contándose desde el día que el consumidor tenga conocimiento del autor de la acción desleal o, tres años desde que finaliza la conducta¹⁷².

La protección que nos ofrece la ley a los consumidores da la opción de que aquellos que se vean perjudicados por acciones desleales puedan acceder a la justicia garantizando la defensa de sus derechos e intereses, evitando así que, en el caso que nos ocupa, las entidades financieras utilicen su posición de superioridad para engañar a los consumidores.

¹⁶⁹ Art.36 de la LCD.

¹⁷⁰ Arts. 33 y 34 de la LCD.

¹⁷¹ De Álvaro Montero, A. (2008): “El régimen sancionador en la ley de defensa de competencia”, en AA.VV: *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*. (Coords: Parejo Alfonso L, Palomar Olmeda A.), Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, págs. 419-423.

¹⁷² Art. 35 de la LCD.

CONCLUSIONES FINALES.

El análisis realizado en el presente trabajo sobre la cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria ha hecho que podamos valorar una serie de conclusiones que, en nuestra opinión, pueden suponer una mejora en la protección del consumidor y, al mismo tiempo, garantizar la transparencia en los contratos que se concluyen con las entidades de crédito, en los que el cliente se limita a aceptar en bloque el clausulado previsto.

En primer lugar, la aplicación de las condiciones generales de contratación no implica que exista igualdad entre las partes intervinientes en la contratación bancaria, por lo que, sin olvidar las ventajas que éstas nos aportan, las normas han de imponer un mayor control a las entidades de crédito obligándolas a prever un nivel de protección de los consumidores y usuarios que resulte adecuado. Es decir, el empleo de condiciones generales facilita la elaboración de contratos, sin embargo, pone a los clientes en una situación de inferioridad limitando su intervención a la simple aceptación de las mismas. Debido a ello, el legislador se ocupa de esta situación aprobando textos jurídicos tendentes a tutelar a la parte más débil de la relación que recae, en este caso, en la figura del que ostenta la condición de consumidor.

La declaración de abusividad de ciertas cláusulas incluidas en los contratos bancarios por parte de los órganos judiciales resulta, en nuestra consideración, bastante gravoso tanto económicamente como desde la perspectiva de la temporalidad empleada en la solución de la multitud de supuestos que al respecto se plantean ante los órganos judiciales habida cuenta, el colapso que éstos sufren y que provoca la tardanza en la resolución de las reclamaciones empleadas. En relación con lo indicado, los primeros supuestos dirimidos en la materia que abordamos imponían la necesidad de un doble pronunciamiento. Esto es, uno a fin de conseguir la declaración de abusividad de la cláusula general prevista en el contrato; y otro, en cuanto al reconocimiento de la devolución del montante económico cobrado al cliente bancario. A este respecto, en nuestra opinión, hemos de manifestar el desacuerdo con el doble requerimiento exigido, puesto que la restitución de lo pagado debería ser la consecuencia implícita de la declaración previa del carácter abusivo de la cláusula general enjuiciada. La tutela que precisa el consumidor en los contratos concluidos con las entidades de crédito nos hace establecer una crítica en cuanto a la posición del TS sobre la restitución de las cantidades cobradas de manera ilícita por las entidades de crédito en los contratos de préstamos concluidos con una garantía hipotecaria. Pues, los fallos dados por el TS en este tema han favorecido a los bancos que han incorporado como condición general la cláusula suelo valiéndose de la falta de negociación de la misma. El análisis de su motivación, basada en las ideas de seguridad jurídica y de orden

público económico, no sólo permite afirmar que no se protege al consumidor de manera adecuada; sino, también, que el TS se olvida de que el supuesto perjuicio económico que se le ocasiona al sector financiero al imponerle la devolución de las cantidades indebidamente percibidas ya lo han sufrido los clientes, los cuales han pagado durante meses unos montantes injustificados y desorbitados cuantitativamente. Por lo que, en nuestra opinión, no se ha protegido a los consumidores de modo correcto. Pues las resoluciones jurisprudenciales han previsto que la consecuencia directa de declarar la abusividad de la cláusula controvertida es la nulidad de la misma y ello no le causa un menoscabo relevante a la entidad de crédito, ni tampoco un beneficio para el sujeto perjudicado. Siendo más deseable, como se ha indicado, que a ello se le añada la precisa restitución de las prestaciones indebidas impuestas al consumidor. Y es en este sentido en el que estimamos que ha de pronunciarse en TJUE respecto de la cuestión prejudicial y que, al momento de abordar nuestro estudio, aún está pendiente de resolución.

No obstante lo indicado, abogamos por la creación de una nueva vía de actuación de naturaleza no judicial, es decir, un organismo con competencia para resolver de forma extrajudicial las cuestiones analizadas y, en particular, la previsión de cláusulas generales de contenido abusivo y que tenga carácter independiente, similar a la institución existente de la mediación. La razón de este planteamiento no es otro que facilitar la protección del cliente de una manera rápida y eficaz. A pesar de esta posibilidad que planteamos, somos conscientes que el carácter no vinculante de las decisiones del órgano en cuestión puede generar inseguridad jurídica. Circunstancia que quedaría solventada si tenemos presente que el consentimiento de ambas partes (entidad de crédito y cliente) para dilucidar la controversia a través del tercero independiente, podría dar una solución satisfactoria en base a la tutela de los consumidores. Además de la voluntad de las partes en la asunción de la resolución extrajudicial del conflicto, consideramos que esta posibilidad debiera ampararse en el carácter alternativo del sistema propuesto y facultativo como fase previa de la reclamación judicial. Es decir, para que la vía extrajudicial opere es necesario el previo consentimiento o acuerdo de ambas partes y su apreciación como mecanismo al margen de la presentación de la reclamación judicial y no condicionado a la misma.

En otro orden, cabe estimar en un sentido positivo la intervención de los notarios en el proceso de contratación con las entidades de crédito. Si bien, consideramos que debiera ser obligatoria desde el momento de la celebración del contrato entre la entidad y el cliente- consumidor, incluida la etapa de información que al inicio de la relación contractual se ofrece a este último. Pues ello supone que se garantice que el consumidor conoce de manera efectiva el contenido

del contrato al que va a ofrecer su consentimiento para adherirse y, por tanto, comprometerse. Así, el notario debiera adoptar un papel activo en el proceso contractual, no sólo indicando su negativa respecto de ciertas cláusulas no negociadas por las partes contratantes en razón de su contenido, sino también, advertir al consumidor de los aspectos que puedan ser de su interés. El notario ha de conocer el nivel de formación del consumidor que va a contratar y explicarle, en el caso de que fuera preciso, el clausulado de manera sencilla, evitando el empleo de terminología técnica y jurídica e informando al cliente tanto del significado como del riesgo que conllevan la adhesión a las cláusulas del contrato que de manera unilateral establece la entidad de crédito. En otros términos, en nuestra opinión, la participación del notario respecto de la materia que abordamos debiera concretarse en la supervisión del cumplimiento por parte de la entidad de crédito de las exigencias normativas vigentes y de aplicación en los contratos concluidos con los consumidores y, en consecuencia, en ser garante de los derechos y facultades que este último tiene reconocidos jurídicamente.

En definitiva, corresponde al legislador ocuparse de las situaciones de desprotección del consumidor respecto del contenido contractual en ciertos casos, como lo es el de la inclusión de las cláusulas suelo o techo, lo cual podría resolverse *lege ferenda*, bien mediante la aprobación de un contenido normativo claro y preciso al respecto que asegure a los clientes bancarios una tutela de su posición jurídica en los procesos contractuales con las entidades de crédito y que garantice el cumplimiento de las obligaciones que, a este respecto, se les imponen a los bancos. Como posible forma de preservar la tutela de los consumidores frente a ciertas cláusulas bancarias. O, en su caso, a través de una reforma jurídica en la materia tendente a conseguir el adecuado nivel de protección de los consumidores en el sector contractual bancario y que, como hemos propuesto, recoja entre otros extremos: la intervención del notario en estos contratos ocupando una posición de supervisor del cumplimiento y garante de los intereses de los clientes; y, además, el establecimiento de parte del contenido mínimo de los contratos- tipos que deberían aplicar y asumir las entidades bancarias y que fuera comprensible y preciso.

BIBLIOGRAFÍA.

- AA.VV. (2008), *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*, (Coords. Parejo Alfonso L, Palomar Olmeda A.), Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer.
- AA.VV. (2011), *La Contratación bancaria*, (Coords. Gadea E., Sequeira A., Sacristán F), Madrid, Ed. Dykinson.
- AA.VV. (2015), *Cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, (Coords. Arellano Gómez. F.J, Díaz Gómez, M.J.), Sevilla.
- AA.VV. (2015), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, (Coord. López Jiménez, J.M.), Barcelona, Ed. Bosch, 2ª edición.
- Agüero Ortiz, A. (2013), “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, (págs. 291-299).
- Alcalá Díaz, M.A. (2013), *La protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, Navarra, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, (págs. 19 y ss.).
- Cadenas de Gea, C.; Pareja Sánchez, M.; Casasola Díaz, J.M. (2013) “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: Mire bien por dónde pisa.”, *Revista digital para la difusión de conocimientos económicos*, nº 9, (págs. 27-31).
- Cañizares Laso, A. (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, volumen 2, nº 3, (págs.68-105.)
- Carrasco Perera, A., González Carrasco, C. (2013), “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional”, *Diario La Ley*, nº 8160.
- Catena Real, R. (2014), “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, nº8385.
- Cordero Lobato, E. (2013), “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº6, (págs. 129-133).
- Fernández Cornago, M. (2015), “La retroactividad de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº. 13, (págs. 240-268).

- García de Pablos, J. F. (2013), “La cláusula suelo de las hipotecas”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3, (págs. 207-210).
- García Montoro, L. (2013), “La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual. Análisis de algunos pronunciamientos judiciales recientes y previos a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, (págs. 240-244).
- Garcíí Martínez, R. (2005), “El crédito al consumo en España”, *Revista Condiciones Generales y abusivas, dictámenes y propuestas*, (págs. 1-2).
- Gento Marhuenda, P. (2014), “El final de las clausulas suelo en España una visión retrospectiva.”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, (págs. 14-15).
- Hernández Guarch, C. (2013), “La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, *Revista CESCO*, nº 6/2013, (págs. 134-169).
- Marcos González, M. (2011), *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi.
- Marqués Mosquera, C. (2014), “Las cláusulas suelo”, *Cuadernos de derecho y comercio*, Nº Extra 1, (págs. 251-266).
- Martínez Escribano, C. (2014), “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 33, nº 133 (págs. 295-344).
- Massaguer, J. (2006), “Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 13, (págs. 13-25).
- Menéndez A. y Uría R. (2006), *Curso de derecho mercantil*. Tomo II, Madrid, Ed. Civitas.
- Murtula Lafuente, V. (2012), *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, Ed. Reus.
- , Orduña Moreno, F. (2014), “Las cláusulas suelo: el control de trasparencia.”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 2. (págs. 2363-2377).
- Pagador López, J. (2000), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid. Ed. Lex Nova S.A (págs. 137-140).
- Plaza Penadés, J. (2015), “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, nº 8547.

- Ramos Herranz, I. (2012), “Actuaciones judiciales: Cláusulas suelo.”, *Derecho de los negocios*, año nº 23, nº 256, (págs. 38-39).
- Rosillo Fairen, A. (2010), *La configuración del contrato de adhesión a los consumidores*, Madrid, Ed. La Ley, (págs. 33 y ss.).
- Sanandrés Frade, J. (2013), “Las cláusulas suelo según el Tribunal Supremo”, *La Toga*, nº. 187.
- Sánchez Martín, C. (2013), “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas.”, *Diario La Ley*, nº8112.
- Vázquez Ruano, T. (2015), “Interpretación del TJUE sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el sector bancario. Reforma normativa nacional”, en AA.VV: *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, (coords. Miranda Serrano, L.M, Pagador López, J., Pino Abad, M.) IUSTEL, (págs.441-454).

Textos Jurídicos relevantes.

COMUNITARIOS

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.
- Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

NACIONALES

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
- 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.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- 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.
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.