CONCEPTOS SOBRE LA CLÁUSULA SUELO, SU CONTROL Y DECLARACIÓN DE NULIDAD

José Baltasar Plaza Frías. Socio Director de Bufete Rosales

SUMARIO

1. Conceptos: clausula suelo, consumidor, condiciones generales de contratación
2. Control de inclusión, transparencia, abusividad y buena fe
3. Causas de nulidad de las clausulas suelo
4. Efectos y retroactividad
5. Sentencias del Tribunal Supremo de 13-05-2013 y 15-02-2017 y Sentencia de 21-12-2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las escrituras de préstamo hipotecario en nuestro país han incorporado con bastante frecuencia una clausula limitativa que impide a los hipotecados beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés, al incorporar límites a la baja a la variación de los tipos de interés o a la de los índices de referencia. Hipotecas normalmente referenciadas al Euribor, índice que cayó a partir de 2009 por debajo del 3%, han beneficiado claramente a la banca y han perjudicado notoriamente a los más de millón y medio de afectados que compraron una vivienda en España.

CONCEPTOS: CLÁUSULA SUELO, CONSUMIDOR, CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Estas clausulas constituyen una condición general de contratación, definida en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) como *"aquellas clausulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes y habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*. Las entidades financieras redactaron unilateralmente los contratos de préstamo hipotecario, pudiendo considerarse éstos verdaderos contratos de adhesión, ya que nunca hubo alternativa por parte de los prestatarios de negociación alguna con las entidades, lo que puede conllevar una declaración de abusividad de dichas clausulas. Por otra parte, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE define las cláusulas abusivas como *"aquellas que no se*

hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato".

La protección que establece la Directiva 93/13/ CEE se basa en que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional (banco o Caja), **tanto en la capacidad de negociación como en el nivel de información, lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el banco sin poder influir en el contenido de éstas, es decir, se cumple el fenómeno que se describe como "take it or leave it" o "lo tomas o lo dejas**". Esta circunstancia es la clave en la resolución de la controversia sobre las clausulas suelo.

Conceptuada la mencionada cláusula suelo, objeto de impugnación, como una condición general de contratación, le es de aplicación la ley especial que las regula, esto es la LCGC. En virtud de su artículo 2, la misma se aplica a "*contratos que contengan condiciones generales ce-*

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (Normas básicas. Marginal: 129935). Arts.; 1, 2, 5, 7, 8 y 10
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Normas básicas. Marginal: 56000). Arts. 3, 4 y 6
- 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. (Normas básicas. Marginal: 69858) Arts.; 3, 4, 80, 82 y 85 a 90
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Arts.; 1258 y 1303

"Son nulas las cláusulas suelo que dan una apariencia de contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en la disminución del precio del dinero"

lebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente".

La actuación de los suscriptores de una hipoteca con cláusula suelo, en tanto que adherentes, se realiza, en todo momento, en calidad de consumidores, dentro del concepto del mismo que señala el artículo 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 (TRLDCU): "*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto*, ***son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional***".

Por otra parte, el artículo 4 del TRLDCU entiende por profesional a "*toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*".

Es en el marco de este contrato de adhesión en el que se propugna el carácter abusivo, y, por lo tanto, **radicalmente nulo**, con los efectos que de ello se derivan y que más adelante vamos a tratar.

CONTROL DE INCLUSIÓN, TRANSPARENCIA, ABUSIVIDAD Y BUENA FE

El triple control del clausulado de los contratos de adhesión con condiciones generales viene determinado por los artículos 5 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales para la Contratación y, en el ámbito especifico de los consumidores, en los art. 80 y ss. del TRLDCU. Dicho sistema de control contemplaría los aspectos

"Es nula la cláusula suelo por la inexistencia de una advertencia clara y comprensible sobre el comparativo con otros productos de la propia entidad"

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70352974)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 18 de octubre de 2016, núm. 579/2016, Nº Rec. 69/2015, (Marginal: 70361975)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 8 de octubre de 2015, núm. 255/2015, Nº Rec. 143/2015, (Marginal: 70361972)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao de fecha 30 de junio de 2015, núm. 162/2015, Nº Rec. 230/2015, (Marginal: 69476233)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 25 de marzo de 2015, núm. 255/2015, Nº Rec. 40/2015, (Marginal: 69571653)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 2 de marzo de 2015, núm. 52/2015, Nº Rec. 31/2015, (Marginal: 69536725)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 23 de febrero de 2015, núm. 44/2015, Nº Rec. 2037/2015, (Marginal: 70361971)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 1 de julio de 2014, núm. 187/2014, Nº Rec. 235/2014, (Marginal: 69332764)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de fecha 17 de marzo de 2014, núm. 50/2014, Nº Rec. 1/2014, (Marginal: 69485086)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 12 de marzo de 2014, núm. 185/2014, Nº Rec. 786/2012, (Marginal: 69236034)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de diciembre de 2013, núm. 453/2013, Nº Rec. 719/2012, (Marginal: 70361973)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 23 de julio de 2013, núm. 335/2013, Nº Rec. 243/2013, (Marginal: 2439258)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de fecha 9 de julio de 2013, núm. 291/2013, Nº Rec. 283/2013, (Marginal: 70361974)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013, Nº Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 2013, núm. 221/2013, Nº Rec. 1637/2010, (Marginal: 70361927)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2012, núm. 616/2012, Nº Rec. 762/2009, (Marginal: 70361922)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2012, núm. 406/2012, Nº Rec. 46/2010, (Marginal: 70361925)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de mayo de 2012, núm. 301/2012, Nº Rec. 1153/2009, (Marginal: 70361921)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2011, núm. 261/2011, Nº Rec. 2175/2007, (Marginal: 70361920)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2010, núm. 488/2010, Nº Rec.911/2006, (Marginal: 2219444)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2010, asunto C-484/2008, (Marginal: 70361923)

de incorporación de la cláusula en el contrato, la transparencia y, finalmente, el control de contenido para determinar la abusividad.

Sin embargo, desde **la Directiva 93/13/CEE y, en concreto, en su artículo 4, se establece la no valoración de la abusividad de las cláusulas** (control de contenido) cuando éstas versan sobre elementos esenciales del contrato. La omisión de la transposición de este artículo por nuestra ley de consumidores dejó abierta una puerta a la valoración sobre cláusulas abusivas de elementos esenciales del contrato; sin embargo, la reciente jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha modificado el criterio adoptado en el año 2010 (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2010) y, tras las Sentencias de fecha 18 de junio de 2012 y de 11 de abril de 2013, definitivamente se asienta el criterio de que no cabe interpretación del contenido sobre cláusulas esenciales del contrato, aunque obviamente, sí procede el control de inclusión y transparencia para dichas cláusulas.

Así pues, la valoración de la nulidad de cada cláusula dependerá del carácter de ésta respecto a los elementos esenciales del contrato, por lo que en cuanto a la cláusula suelo, considerando el precio como elemento esencial del contrato, y siguiendo las directrices establecidas por el Tribunal Supremo, únicamente valoraremos la incorporación y transparencia de la misma; quedando el control de contenido para todas aquellas otras cláusulas que puedan considerarse abusivas de oficio o a instancia de esta representación.

En el mismo sentido, la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés constituye un elemento esencial del contrato. La misma define el objeto principal del préstamo hipotecario: la adecuación entre precio y retribución.

El Tribunal Supremo, tal y como hemos anunciado anteriormente, procede a valorar la nulidad de la cláusula únicamente en base a los controles de inclusión y transparencia, ambos recogidos en los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales

de la Contratación y en el artículo 80 del RDL 1/2007 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Comsumidores y Usuarios.

En cuanto al primero de estos controles, **la inclusión** en el contrato con condiciones generales, viene definida por los requisitos que establece el artículo 80 del RD 1/2007, que enumera aquellos que deben contemplar las cláusulas no negociadas individualmente: la concreción, claridad y sencillez en la redacción; la accesibilidad y legibilidad, y la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Hablamos de clausulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

En cuanto al **control de transparencia** (o control de comprensibilidad real de su importancia), **el hecho que determinará la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo, es si el consumidor puede identificar la "cláusula suelo" como definitoria del objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato**.

Conforme al **artículo 82.1 TRLGDCU** son cláusulas abusivas "*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un* ***desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes*** *que se deriven del contrato", y añade, en el apartado tercero del mismo artículo que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*" y, a continuación, en los arts. 85 a 90 de la citada Ley, se establece un catálogo de

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- MACÍAS, JOSÉ IGNACIO. *Compradores incautos de viviendas nuevas: soluciones prácticas*. Madrid. Ed. JM Bosch Editor. 2010
- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- PLAZA FRÍAS, JOSÉ BALTASAR. *Productos financieros complejos: cómo se puede reclamar por ellos*. Economist&Jurist Nº 204. Octubre 2016. (www.economistjurist.es)
- MATEOS FERRES, MARÍA. *Préstamo hipotecario: cláusulas abusivas más frecuentes*. Inmueble Nº 123. Julio-Agosto 2012. (www.revistainmueble.es)
- CAMPOMANES MONTES, MARÍA COVADONGA. *Impacto fiscal en la devolución de la cláusula suelo*. Economist&Jurist Nº 205. Noviembre 2016. (www.economistjurist.es)
- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Cláusulas suelo y comisiones abusivas: aspectos prácticos*. Economist&Jurist Nº 200. Mayo 2016. (www.economistjurist.es)
- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. I*nterpretación Jurisprudencial sobre los índices hipotecarios; IRPH, EURIBOR, CECA e IRS*. Economist&Jurist Nº 203. Septiembre 2016. (www.economistjurist.es)

condiciones que de estar alguna de ellas incluidas en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor se considerarán abusivas.

Asimismo, el **artículo 8.2 LCGC** señala que, en particular, *"serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, aquellas que no cumplan los requisitos que relaciona el* ***artículo 80 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*** *(concreción, claridad, sencillez, buena fe, accesibilidad y legibilidad y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes etc.), y, en todo caso las definidas en el artículo 10 bis) y Disposición Adicional primera"*. Remisión que debe entenderse hecha al **RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007** (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

"Se debe tratar de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido"

En la mencionada STS **de 9 de mayo de 2013**, el Tribunal, aunque estime que las cláusulas de suelo no son abusivas de por sí, considera que "(...) *los contratos cuestionados carecían de la transparencia exigida en el* ***artículo 80.1 TRLCU****, porque no se permite al consumidor identificar la cláusula como* ***definidora del objeto del contrato*** *y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*. (...)".

El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, ***incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato***.

CAUSAS DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

La sentencia dictaminó la nulidad, por abusivas, de las clausulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos hipotecarios suscritos por las entidades financieras BBVA, Cajamar y ABANCA con los consumidores, por no superar el control de claridad exigible y consideró que las clausulas suelo analizadas no eran transparentes por las siguientes razones:

Por dar una apariencia de contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en la disminución del precio del dinero
Por falta de información suficiente por parte de la entidad financiera a los clientes
Por dar una apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo
Por estar ubicadas entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor
Por la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés en el momento de contratar en fase precontractual
Por la inexistencia de una advertencia clara y comprensible sobre el comparativo con otros productos de la propia entidad

Por ello, el TS condenó al BBVA, Cajamar y Abanca a eliminar dichas cláusulas de sus contratos hipotecarios y a cesar en su utilización. Y, quizás lo más importante o significativo del fallo de la sentencia, declaró no haber lugar a la retroactividad total o "ab initio" de estas cláusulas, sino sólo hasta la fecha en que fue dictada la misma, es decir, el 9 de mayo de 2013.

En consecuencia, **al tratarse de una condición general de contratación con un claro carácter de abusiva, procede su declaración de nulidad**, de conformidad con el citado artículo 8 LCGC; sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal, que dispone que la declaración de nulidad de las condiciones generales no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin las mismas. Y en este sentido, la integración es sencilla, tal y como previene el apartado segundo del artículo 10 LCGC con remisión al artículo 1.258 Código Civil, y los criterios que ofrece al respecto la buena fe, el uso y la ley bajo el prisma de la propia naturaleza del contrato.

Lo anterior lo corrobora la **Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013** la cual, respecto a la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario, aplica el principio de *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido). Principio que no se acoge de forma expresa en nuestro ordenamiento positivo pero la jurisprudencia ha afirmado **la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del**

negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio; 261/2011, de 20 de abril; 301/2012, de 18 de mayo; 616/2012, de 23 de octubre,).

EFECTOS Y RETROACTIVIDAD

El artículo 1.303 del Código Civil es claro del alcance de los efectos de la declaración de nulidad de una clausula al establecer que "*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*". A pesar de ello, el TS consideró que los efectos habían de ser minorados por razones de seguridad jurídica y por no ocasionar un trastorno grave al orden público económico y los limitó a fecha 13 de mayo de 2009, fecha de la publicación de la sentencia.

Pero ha sido la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien con ocasión de dar respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado Mercantil de Granada y por la Audiencia Provincial de Alicante ha dictado el 21 de diciembre de 2016 una esperada y clarificadora Sentencia que viene a poner las cosas nuevamente en su sitio al afirmar que el art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse, primero, en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de su carácter abusivo y, segundo, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, por lo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal clausula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

Conclusión, está refrendada recientísimamente por la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS en sentencia del 15 de febrero de 2017. ■

CONCLUSIONES

- En definitiva, decir que han sido muchas las entidades que han venido utilizando estas cláusulas suelo, muchos los consumidores y familias afectadas y mucho y abundante el trabajo y la actividad generada a todos los agentes intervinientes en la solución del problema, así como ágil y eficaz la respuesta de nuestros tribunales. Queda aún mucho por escribirse pero todo parece apuntar que acabará de forma satisfactoria para los afectados