



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de Derecho Civil

Curso 2016/2017

FALTA DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS DE PRESTAMO HIPOTECARIO: CLAUSULAS SUELO Y CLAUSULAS IRPH

Alumna: Lucía González Arroyo

Tutor: José Antonio Martín Pérez

Mes: Junio

Año: 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

**BREACH OF THE DUTY OF TRANSPARENCY IN
THE MORTGAGE CREDIT: “FLOOR CLAUSES”
AND IRPH CLAUSES**

**FALTA DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS DE
PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: CLAUSULAS SUELO Y
CLAUSULAS IRPH**

Lucía González Arroyo

E-mail: u156786@usal.es / lugonzarro@gmail.com

Dirigido por el Profesor José Antonio Martín Pérez

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la actual problemática que ha acarreado la inclusión de cláusulas suelo o cláusulas IRPH en contratos de préstamos hipotecarios. Tanto las cláusulas suelo como las cláusulas IRPH han supuesto un perjuicio para los consumidores que contrataron con las entidades bancarias estas disposiciones que aunque lícitas, su importante falta de información hacia el consumidor conlleva a declararlas como cláusulas abusivas y por tanto nulas en todo contrato. El derecho de información del consumidor no solo consiste en lo escrito en el contrato sino que la entidad bancaria debe explicar con precisión el funcionamiento y comportamiento de ese contrato.

Repasaremos las resoluciones más importantes de los tribunales relativas a la nulidad de las cláusulas, así como su retroactividad y profundizaremos en la doctrina instaurada por el Tribunal Supremo sobre el doble control de transparencia que debe superar una cláusula para no ser considerada abusiva.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas; cláusula IRPH; cláusula suelo; deber de información; Préstamo hipotecario; nulidad

ABSTRACT

The present dissertation aims to study the actual problem occasioned by the inclusion of “floor clauses” or IRPH clauses in the mortgage credit. “Floor clauses” and IRPH clauses have been detrimental for the consumers who take on these clauses with the bank company. Although these clauses are lawful, the breach of the duty of information for the consumer to declare them as unfair terms and to annul them. The right to information does not only consist on which is written in the contract, the bank company has the duty of explaining accurately the functioning and behavior of that contract.

We will review the most important judgments concerning the nullity of the clauses, as well as their retroactivity, and we will go into detail about the doctrine established by

the Tribunal Supremo on the double transparency control which must overcome any clause in order not to be considered unfair.

KEYWORDS

Unfair terms; IRPH clauses; “floor clauses; duty of information; mortgage credit; nullity

Índice

Abreviaturas	2
1. Introducción.....	3
2. Las cláusulas suelo y su carácter abusivo por falta de transparencia	5
2.1 Origen del problema	5
2.2 Abusividad de las cláusulas suelo	7
2.3 Doble control de transparencia: la escasa información al consumidor.....	8
2.3.1. ¿Cuál es la información que debe ser propiciada por las entidades bancarias a los consumidores?.....	14
2.4 La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo	16
2.5. Consecuencias de aplicación de la STJUE de 21 de diciembre de 2016	21
2.5.1 Reclamación extrajudicial	22
2.5.2 Reclamación judicial.....	23
2.6 La acción de cesación como mecanismo de defensa de los intereses de los consumidores	24
3. La nulidad de las cláusulas IRPH	26
3.1. Abusividad de las cláusulas IRPH.....	29
3.2 La falta de transparencia en las cláusulas que contienen el IRPH.....	31
3.3 Efectos de la declaración de nulidad.....	37
4. Conclusiones.....	38

Abreviaturas

CC: Código Civil

IRPH: Índice de Referencia del Préstamo Hipotecario

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TR LGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

TS: Tribunal Supremo.

JM: Juzgado de lo Mercantil

1. Introducción

En la actualidad, la mayoría de los contratos celebrados entre grandes empresas y un consumidor se realizan a través de los contratos de adhesión y esto está generando un enorme problema ya que el consumidor debe asumir todas y cada una de las cláusulas impuestas por el empresario. Uno de los sectores que está funcionando bajo esta política es el sector financiero debido a que en los últimos años el mercado financiero es más complejo ya que introduce productos financieros complicados y debemos tener en cuenta que otro de los factores que afecta a este sector es la globalización de estos instrumentos. Estos problemas nos llevan a que estos productos financieros se presenten en contratos de adhesión.

Estos contratos de adhesión a veces contienen cláusulas que son de difícil entendimiento para el consumidor medio y que requieren ser aclaradas, siendo necesaria una información clara y precisa para que pueda ser entendido por cualquier persona. Estos contratos de adhesión han supuesto que la falta de información sea un problema para el entendimiento de dicho contrato y que solo los empresarios deben solucionar, si ellos no intentan corregir estos problemas tendremos que acudir a la vía judicial.

El derecho de información del consumidor siempre debe ser respetado por el empresario así se precisa en el art. 8.d) TR LGDCU: “es un derecho básico del consumidor y usuario la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”. Además este derecho de información debe estar presente tanto antes de la celebración contractual (fase precontractual) como después de esta (fase de ejecución o consumación del contrato), debe ser una información constante, el consumidor no puede verse desinformado en ningún momento del proceso de contratación.

Este deber de información para los empresarios, derecho para los consumidores, no es un asunto baladí porque además de tener su ratio legis en el art.8 TR LGDCU se encuentra como un principio rector dentro de la Constitución, concretamente en su artículo 51, donde se otorga a los poderes públicos la misión de “garantizar la defensa de los consumidores, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la

salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” así como “promover la información y educación de los consumidores”¹

El problema que encontramos es que cuando se unen los contratos de adhesión y esta falta de información surge una desigualdad entre el empresario y el consumidor, perjudicando gravemente a este último. Este problema se agrava cuando estamos hablando de contratos de productos financieros ya que entra en juego la capacidad de entendimiento y conocimiento económico de los consumidores.

Los contratos financieros son los que más problemas han originado ya que en determinadas ocasiones las cláusulas que se presumen abusivas son relativas a su objeto principal o al precio, por tanto, su abusividad solo puede ser considerada si no supera un doble control de transparencia² para que el consumidor conozca la carga que realmente está suponiendo el contrato celebrado³. Este doble control es diferente al que deben superar el resto de cláusulas declaradas abusivas por otra razón distinta al objeto del contrato o elementos principales como el precio. La abusividad de una cláusula viene determinada por la superación de tres controles: un control de incorporación o transparencia (requisitos formales), una interpretación de las cláusulas y un control de contenido. Sin embargo este último control no es válido para las cláusulas abusivas que tengan su razón en el objeto del contrato o elementos principales de este; por eso, se aplica ese doble control de transparencia que será explicado posteriormente.

Hay dos asuntos importantes centrados en la inclusión de una cláusula abusiva en el contrato: las famosas cláusulas suelo, ya resuelto por el TJUE, y las cláusulas que contienen el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (en lo sucesivo IRPH). Estos son las dos cuestiones que vamos a analizar aunque existen algunas más como la cláusula de vencimiento anticipado, cláusulas que exigen garantías desproporcionadas, renovación de contrato sin el cliente, etc...

¹ CARLOS LASARTE “Manual sobre protección de consumidores y usuarios” 7ª Edición, UNED Dykinson S.L p. 92-97

² MARTIN PÉREZ J.A, "Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", Estudios sobre consumo. Directora María Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS, 2012 p. 313

³DE TORRES PEREA, J.M, "Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación", *Revista Jurídica Valenciana*, Núm. 2, 2014, p. 30

Para su análisis es fundamental el estudio de doctrina y jurisprudencia así como la legislación concreta sobre la materia.

2. Las cláusulas suelo y su carácter abusivo por falta de transparencia

Las cláusulas suelo han sido el tema más trascendental en esta materia, durante los últimos años, el debate sobre su abusividad y posteriormente la retroactividad de los efectos de nulidad o no, han suscitado numerosa jurisprudencia así como doctrina.

Mediante la cláusula suelo se limitan las bajadas del tipo de interés variable resultante de la revisión por debajo de un cierto valor⁴. Las cláusulas techo limitan las subidas del tipo de interés, estas no han tenido tanta transcendencia porque como veremos los límites impuestos por los bancos eran inalcanzables.

2.1 Origen del problema

En realidad, el origen del problema ha derivado de la unión de varios agentes que podríamos denominar externos al contrato de préstamo hipotecario como fue la crisis financiera, originada entre otras cuestiones por la concesión de hipotecas con garantías dudosas por un importe que a veces excedía el precio de la vivienda⁵. Por otro lado existen unos agentes internos, elementos intrínsecos del contrato como es el tipo de interés incluido por la entidad bancaria o se establecen otras condiciones imprecisas como las cláusulas suelo.

Según el Banco de España 97,9% de los préstamos hipotecarios destinados a la compra de vivienda se contratan a tipo de interés variable. La gran mayoría de los préstamos a tipo variable están vinculados a un índice del mercado hipotecario como el Euribor a un

⁴ BANCO DE ESPAÑA, Guía de acceso al préstamo hipotecario. Esta guía debe facilitarse a toda persona que celebre un contrato de préstamos hipotecario con una entidad financiera.

⁵ TORRERO MAÑAS, ANTONIO “La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española” Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, p. 10

año, otros están referenciados al IRPH de bancos, cajas de ahorro y total de entidades; los restantes están vinculados a otros índices⁶.

¿Cómo es el funcionamiento de un interés variable? El interés variable cambia a lo largo del tiempo. El tipo de interés que se aplica en cada período de tiempo suele expresarse como la suma de un índice o tipo de interés de referencia y un porcentaje o margen diferencial (habitualmente constante). La duración de cada uno de los períodos en los que se mantiene el tipo de interés, así como el diferencial que se aplica, puede ser mayor o menor. En España las condiciones de los préstamos son libres y pueden negociarse de forma autónoma entre las partes.⁷

La unión de estos agentes origina el problema de las cláusulas suelo ya que la sociedad nunca pudo predecir que la recesión, que comenzó en el 2008 y que actualmente mantiene algunas consecuencias derivadas, pudiese acarrear tales perjuicios, en concreto a las personas que contrataron préstamos hipotecarios. En cambio, sí podemos decir que fue presuntamente predecible para las entidades bancarias debido a su constante información de la evolución de los tipos de interés, información que los prestatarios usualmente no conocen.

La mayoría de los contratos de préstamo hipotecario tenían un límite en el tipo de interés variable, en la mayor parte de los contratos como he dicho anteriormente es el Euribor, entre el 2 y el 4%, esto quiere decir que aunque el Euribor disminuya por debajo de ese tipo de interés se aplicará el límite establecido, y por desgracia para los prestatarios esto fue lo que pasó. Con la llegada de la crisis en 2008 el Euribor se encontraba en 4,498%, en 2009 descendió a 2,622% y ha seguido disminuyendo hasta encontrarse en la actualidad en un dato negativo -0,119% (abril 2017).

Esta estrepitosa bajada del Euribor dio lugar a que se llegara al límite de las cláusulas impuestas, es decir, al “suelo” de estas cláusulas. La consecuencia fue que la cuota que debían de pagar por su hipoteca, así mismo debería de disminuir al mismo tiempo que lo hizo el Euribor, sin embargo esto no fue así ya que las cláusulas suelo se habían activado. Esto provocó que muchos prestatarios sintieran que esa cláusula no jugaba a su favor sino de las entidades bancarias y decidieron demandarlas.

⁶ GENTO MAHUENDA, PEDRO “El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva” *Revista CESCO de Derecho de Consumo* p.16

⁷ Banco de España.

Por otro lado, se encontraban las cláusulas techo, cuyos efectos nunca han podido llegar a originarse por el alto porcentaje que la entidad bancaria imponía como límite, aproximadamente un 12%, imposible de alcanzar teniendo en cuenta que el Euribor se encontraba en un 4,498% y que las entidades bancarias preveían que descendería.

Durante los siguientes años se generó un doble debate, por un lado ¿son abusivas esas cláusulas?, y por otro lado si así lo fuesen, ¿tendría carácter retroactivo la declaración de nulidad? Hubo tribunales que resolvían declarando que no eran abusivas como la SAP de Cáceres de 23 de mayo de 2012, SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011⁸; antitéticamente, hubo tribunales que resolvían declarando la cláusula nula como la SJPI de Zaragoza de 24 de noviembre de 2011, la SAP de Zamora de 22 de enero de 2013

Pero este debate se solventó con la STS de 9 de mayo de 2013. Aquí el TS instauró jurisprudencia respondiendo sobre si las cláusulas eran abusivas y su retroactividad, sin embargo su interpretación no fue bien recibida como veremos más adelante.

2.2 Abusividad de las clausulas suelo

La STS de 9 de mayo de 2013 declaró estas cláusulas como abusivas por falta de transparencia, instaurando una nueva interpretación: la doctrina del doble control de transparencia. El TS estima que cuando una condición viene referida al objeto principal del contrato, además de quedar sometida al control de incorporación queda sujeta a un doble filtro, que se sustancia en un control de transparencia adicional que garantiza que el adherente conozca o pueda conocer la carga económica u onerosa que supone el contrato⁹. En dicha sentencia se hace referencia a la Directiva 93/13/CEE¹⁰ que en el artículo 4.2 establece que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de

⁸ Esta sentencia fue recurrida por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), la parte actora, mediante recurso de casación ante el Tribunal Supremo dando lugar a la STS de 9 de mayo de 2013.

⁹ DE TORRES PEREA, J.M, "Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación", Revista Jurídica Valenciana, Num. 2, 2014, p.30

¹⁰ Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. esta Directiva no había sido trasladada por España a su legislación y que deja huérfanos de protección a los consumidores. El 27 de abril del presente año, Bruselas ha dado un ultimátum a España para que traslade a su legislación esta Directiva.

proporcionarse como contrapartida [...]”. Sin embargo la STS en su apartado 197 apunta *que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.*

2.3 Doble control de transparencia: la escasa información al consumidor

La STS de 9 de mayo de 2013 expone cómo realizar ese control en los párrafos 198 a 215, este control tiene que superar una primera barrera que es el control de inclusión, para saber qué implica esto debemos tener en cuenta tres preceptos, por un lado el artículo 5.5 LCGC *"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"*, por otro lado tenemos que tener en cuenta el art. 7 LCGC *"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"*. Y por último debemos tener en cuenta el artículo 80 TRLDCU sobre las cláusulas no negociadas individualmente.

Para criterio del TS este control sí queda superado acogiéndose fundamentalmente al art. 7 LCGC por el que supone que la entidad bancaria sí ha dado la oportunidad de conocer lo que el contrato conocía a través de determinados actos¹¹ que considera que son suficientes para superar dicho control de incorporación.

La transparencia en los contratos respecto de la incorporación podría definirse como la transparencia formal, el adherente debe conocer a través de los documentos que se le faciliten cómo es realmente su contrato. La transparencia considerada desde el punto de vista formal, exige un deber diligente de información que empieza en la redacción de las cláusulas, que impone a quien formula la regla contractual, el deber de describir los

¹¹ La sentencia enumera algunos de estos actos en el párrafo 198: *entrega al solicitante de un folleto informativo, la oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), el posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, la formalización del préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.*

derechos y obligaciones de las partes del contrato de la manera más clara posible, sin ambigüedades que se presten a confusiones o a dobles interpretaciones, y se concreta en las obligaciones de claridad¹². En este punto la sentencia acude a la Directiva 93/13 concretamente al vigésimo considerando que indica que " [...] *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]*", y el artículo 5 que dispone "*en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*". Y recurre al artículo 80.1 TRLCU que dispone que "*en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*".

La claridad es imprescindible para que el adherente pueda tener en su conjunto la idea sobre el contrato celebrado, en el sentido de poder exigir sus derechos y ejercitar sus facultades y de la misma manera no se le pueda exigir ninguna prestación que no le corresponda. Esta claridad proporciona la necesaria transparencia a las condiciones en el desarrollo de la vida contractual.

Junto a la claridad en el sentido expuesto se exige también la superación de este control de incorporación al contrato la transparencia en lo que se refiere sobre todo a los elementos esenciales del contrato. Por ejemplo, como señala MIQUEL¹³, la claridad también persigue proporcionar transparencia a los precios y evitar que se oculten en las condiciones generales partes integrantes de ellos¹⁴, para que el cliente pueda conocer

¹² LACAYO ARANA, MARIA ALEJANDRA, "La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación", Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012

¹³ Vid. MIQUEL GONZALEZ, J.M., «Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios», *RJUAM* nº 27, 2013-I, pp. 223-252.

¹⁴ GONZALEZ PACANOWSKA, «Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *Comentarios al TRLGDCU* (dir. Bercovitz), Aranzadi 2007. Señala la autora que «de lo que se trata es de preservar la libertad del consumidor para elegir de forma consciente entre las distintas opciones del mercado y lo que, a la vista de las circunstancias, pueda estimarse determinante para la formación de la voluntad dirigida a celebrar el contrato.

con seguridad y rapidez el precio y su relación con la prestación, porque son los más importantes parámetros de la competencia en la economía de mercado.¹⁵

La segunda barrera a superar es el control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores, ya que a entender del TS se ha superado el control de inclusión pero este no es suficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas.

Para el TS existe una falta de información al consumidor y expone que es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

La información proporcionada por la entidad bancaria sobre todo en el caso de los préstamos hipotecarios es escasa para entender el contenido de esa cláusula y esto se agrava cuando esa cláusula lo que introduce es información relacionada con el objeto principal o en este caso con el precio, puesto que como ya hemos visto el tipo de interés que forma parte de este puede verse alterado sustancialmente. Los adherentes realmente conocieron esta cláusula cuando ante la bajada del Euribor su cuota en la hipoteca no lo hacía al mismo tiempo, es decir, no conocieron su contenido precontractualmente ya que no fueron informados de manera correcta y precisa de lo que esa cláusula contenía y su información fue tratada de manera secundaria. Sin embargo esta cláusula forma parte del objeto principal del contrato y si el consumidor hubiese estado informado debidamente podría haber sido una causa para rechazar ese contrato.

¿A qué nos referimos con objeto principal del contrato? Con objeto principal nos referimos a las prestaciones principales, la prestación y la contraprestación o precio que se paga por un bien o servicio.

La STS 9 mayo 2013 consideró las cláusulas suelo como parte del objeto principal del contrato, contemplando (párrafo 168) algunas de las tesis doctrinales sobre lo que constituye “definición del objeto principal” (como la diferencia entre principal y accesorio o el rasgo de la eventualidad; la relación objetiva entre el objeto principal del

¹⁵ CAÑIZARES LASO. A. “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015)

contrato y la cláusula, de manera que todo lo referido al precio estaría comprendido; o la importancia que la cláusula tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico) y se ha decantado escuetamente, en una interpretación literal del art. 4.2 de la Directiva, por no distinguir en tales cláusulas entre elementos “esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto, “sino a si son ‘descriptivas’ o ‘definidoras’ del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al ‘método de cálculo’ o ‘modalidades de modificación del precio’” (párrafo 188)¹⁶

Hay mucha jurisprudencia que se centra en definir cuál es el objeto principal y si el precio entra dentro de ese objeto principal, como el asunto de las cláusulas abusivas establecidas por los aparcamientos privados que cobraban a los usuarios un precio por el “acceso y circulación” esto contradice la Ley 40/2002 del Contrato de aparcamiento de vehículos, que obliga a fijar el precio en atención exclusivamente al tiempo efectivo de ocupación, además se cobraba un precio más elevado por el primer minuto que por los siguientes, fue declarado abusivo por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo, las partes alegaban que el precio es un elemento esencial del contrato sujeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo es notoria la falta de negociación individual que es mera consecuencia del sistema automatizado de los aparcamientos. Esta sentencia fue ratificada por la Audiencia Provincial de Asturias del 29 de octubre del 2010 que señala “el precio se pactará por minuto de estacionamiento, sin posibilidad de redondeos a unidades de tiempo no efectivamente consumidas o utilizadas”.

Hay algunas sentencias anteriores a la STS 9 de mayo de 2013 que ayudaron a llegar al Tribunal Supremo a la conclusión de que el asunto de las cláusulas suelo versaba sobre el objeto principal, como son sentencias sobre cláusulas de redondeo al alza en los intereses de los préstamos hipotecarios en las que la sentencia del TJUE 3 junio de 2010 (Asunto C-484/08, CAJA MADRID) se usa sólo como refuerzo argumental para declarar en todo caso su carácter abusivo, pero dejando en la ambigüedad si se considera que tales cláusulas son elementos esenciales o accesorios del contrato, aunque el Tribunal Supremo parece dejar entrever que no las considera esenciales (SSTS de 4

¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo” Revista CESCO

noviembre 2010, 29 diciembre 2010 y 2 marzo 2011); otra sentencia similar puede incluirse también la STS 12 diciembre 2011 sobre los cargos de emisión de billete por parte de las compañías de transporte aéreo, que expresamente se niega que supongan el precio del servicio principal y se consideran abusivas.¹⁷

Lo que lleva a concluir, en definitiva, que las cláusulas analizadas de la sentencia de 9 de mayo de 2013, no son transparentes por las siguientes razones¹⁸:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Por tanto, ante esta falta de información el TS declara abusiva las cláusulas suelo al no superar este doble control y por tanto esta cláusula deberá ser eliminada de contrato, sin perjuicio de que el resto del contrato siga vigente, esto es así por la aplicación del artículo 83 TR LGDCU.

Antagónicamente a lo dicho anteriormente, si se hubiera informado suficientemente sobre la cláusula suelo al consumidor antes de la celebración del contrato, de tal manera

¹⁷ CÁMARA LAPUENTE, S. “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo” Revista CESCO

¹⁸ CAÑIZARES LASO, A. “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015)

que este hubiera sabido de su existencia y de las consecuencias que pudiera tener ante una bajada previsible del tipo de referencia, la cláusula sería lícita.¹⁹

Hay autores que señalan como MUÑOZ GARCIA que la falta de verificación de la comprensión real “puede constituir un manifiesto abuso de derecho por quienes comprendiendo y consintiendo lo que contrataron, pueden beneficiarse de una declaración de abusividad en abstracto, y por ende, de la nulidad de la cláusula por “falta de transparencia”, y lo que es peor, que este “abuso de derecho” se sustente en una protección por los tribunales que nunca debió alcanzarles”²⁰. Siendo esta argumentación contraria a la declaración abusiva por falta de transparencia.

El TJUE en su reciente sentencia de 21 de diciembre de 2016 confirmó esta abusividad por parte de las entidades bancarias por falta de información al consumidor, y señala que el TS realizó una interpretación extensiva de la transparencia material hacia la transparencia referida en el art 4.2 de la Directiva 93/13, es decir, a esa transparencia en una información clara y comprensible de la redacción de las cláusulas impuestas en el contrato. Por tanto, a criterio de TJUE esta escasez de información también es constitutiva de una falta de transparencia y por tanto se puede catalogar como cláusula abusiva y por tanto dice el tribunal en el párrafo 57 que incumbe para lograr la protección de los consumidores al juez nacional dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma, se refiere para su justificación a la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10.²¹

¹⁹ PERTIÑEZ VILCHEZ, FRANCISO, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret*, p.14

²⁰ MUÑOZ GARCÍA, C. (2014), “Responsabilidad por la incorrecta comercialización de instrumentos financieros. Afectación de la declaración de cláusula abusiva en la comercialización de operaciones bancarias”, en Colino González (Dir.), op. cit: 405-418.

²¹ En la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C- 618/10 se presentaban algunas cuestiones prejudiciales donde el TJUE declara que el juez puede pronunciarse de oficio ante la existencia de una cláusula abusiva para garantizar la protección del consumidor a que aspira la Directiva 93/13. También resuelve sobre la imposibilidad de los jueces de modificar la cláusula una vez declarada nula por su carácter abusivo.

2.3.1. ¿Cuál es la información que debe ser propiciada por las entidades bancarias a los consumidores?

Debemos acudir a la Orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyos objetivos son:

- 1) Concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que la propia recopilación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano.
- 2) Mejorar y aumentar las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito. Se mejoran las exigencias en materias tales como la información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información precontractual y contractual, servicios financieros vinculados, incluyendo así el asesoramiento para garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente.
- 3) El desarrollo de los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible²² en lo que se refiere al préstamo responsable.

Esta orden es una especie de guía para que la entidad bancaria sepa qué información debe dar a su cliente, dicho contenido informativo es: las comisiones, los tipos de interés, publicidad, información precontractual, información contractual. Además debe existir un asesoramiento en materia bancaria, un deber de diligencia en la ejecución de las órdenes y corrección de los errores y la información debe respetar unos requisitos formales.

El artículo 9 de dicha Orden nos presenta la obligación de unas explicaciones claras de la entidad bancaria para la plena comprensión del contrato y sus consecuencias “*Las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera*”. Continúa este artículo, “*Estas explicaciones comprenderán la aclaración del contenido de la información y comunicaciones a las que se refiere esta orden, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente*”

²² La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible trata de introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para conseguir un desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva.

Fundamentalmente esta última indicación sobre las consecuencias que pueden resultar del contrato es la que nos interesa a efectos de la cláusula suelo porque, en realidad, la no información dada conlleva a la consecuencia de ser declarada cláusula abusiva por falta de transparencia.

También esta Orden exige que la información dada sea conforme a unos requisitos formales, en su artículo 11 nos señala que *“toda la información, documentación y comunicaciones dirigidas a los clientes de servicios bancarios previstas en esta orden se realizarán en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero, y estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio o en cualquier otra lengua acordada entre las partes”*. Si existiese información resaltada, algún elemento que se quiera resaltar, el Banco de España puede exigir un tipo de letra y un tamaño especial.

Los contratos de préstamo hipotecario adquieren gran importancia dentro de esta Orden, quizás porque por su complejidad sean los que menos transparencia presenten y más difícil sea su comprensión para el “prestatario medio”, tanto es así que dedica un capítulo integro a la normativa sobre créditos y préstamos hipotecarios. Se exige mediante esta Orden que los establecimientos comerciales de las entidades de crédito dejen a disposición de sus clientes la “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario” con la finalidad de que quienes quieran contratar un préstamo hipotecario dispongan información previa. Sin embargo la Guía no es suficiente información, cuando los futuros prestatarios soliciten cualquier información, es obligación de la entidad bancaria transmitir la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) clara, suficiente, gratuita y con carácter orientativo²³.

Se incluye dentro de la orden una disposición especial relativa a las cláusulas suelo y techo” en cuyo artículo 25: *“En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.”* Por tanto, cuando se incluye una cláusula suelo debe quedar explícitamente marcada en el contrato, que no solo

²³ Los anexos I de la Orden incluyen la parte A un modelo de la FIPRE y en la parte B las instrucciones de cómo se debe rellenar.

quede integrada como una cláusula normal sino que además se integre un anexo explicativo de su funcionamiento y las consecuencias que pueden derivarse, debe darse toda la información posible.

2.4 La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo

En este punto, tenemos tres etapas, primero la declaración de la irretroactividad dictada por STS de 9 de mayo de 2013 y una segunda etapa en la que se declara la retroactividad por el TS hasta mayo de 2013 y una tercera donde se declara la retroactividad total.

Centrándonos en la primera, la STS de 9 de mayo de 2013, el Ministerio Fiscal consideró que era relevante plantear la cuestión a la Sala si una vez declarada nula se deberían restituir las cantidades *ex tunc*, a lo que el Alto Tribunal resolvió que la nulidad de la cláusula tenía carácter irretroactivo basándose principalmente en que las cláusulas suelo en su esencia no son ilícitas, sino que su ilicitud viene determinada por la falta de transparencia. El Ministerio Fiscal acoge en su alegato la regla *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto) que se contiene en el artículo 1303 CC²⁴ y refuerza su argumento con la STS 118/2012, de 13 marzo²⁵, "[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente". Se aplica la restitución total regresando las dos partes a una situación inicial donde no existía el contrato.

Los argumentos que el Alto Tribunal utilizó para declarar la irretroactividad fueron los siguientes:

²⁴ Art 1303 CC: Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

²⁵ La STS 118/2012, de 13 de marzo analiza la reclamación de nulidad de dos cláusulas incorporadas al contrato denominado "de suscripción" y acción de cesación a instancia de una asociación de consumidores frente a Canal Satélite Digital, SL. La sentencia se basa en la restitutio in integrum.

- a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.
- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes.
- d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado
- e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos sino en la falta de transparencia.
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información.
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.
- h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.
- i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.
- j) Otro de los argumentos con mayor importancia al que el tribunal alude es la posibilidad de riesgo de graves trastornos en el orden público económico que conllevaría la devolución íntegra de las cantidades cobradas. Determinadas sentencias como la SJM Bilbao 21 octubre 201350 reprocha, que el juez emplee como argumento el orden económico de las entidades bancarias ignorando los perjuicios económicos sufridos por los consumidores que no ven restituidas las cantidades que pagaron de más por aplicación de unas cláusulas declaradas nulas.

Sin embargo, en sentido contrario, encontramos sentencias a favor de declarar la irretroactividad de la nulidad por considerar que no es trascendente la diferenciación

entre acción colectiva e individual a la hora de valorar los efectos de la nulidad. La SAP Granada de 18 octubre 2013; SAP Zaragoza de 8 enero 2014; SAP Cáceres de 24 febrero 2014, entre otras, apelan a los mismos argumentos esgrimidos por el Supremo para desestimar la devolución de cantidades. Esta diferenciación entre acción colectiva e individual se debe a que las acciones ejercitadas por los demandantes, la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE) ejercitó, ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid, el 11 de noviembre de 2010, una acción colectiva contra 72 entidades bancarias, entre las que se hallaban Caixabank y Catalunya Caixa. Con este recurso se pretendía obtener la cesación del uso de las cláusulas suelo debido a su carácter abusivo. Basándose en los artículos 11, apartado 4, 43 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandadas en los litigios principales propusieron una excepción de prejudicialidad civil y solicitaron la suspensión de los procedimientos individuales incoados en su contra hasta que recayese sentencia firme que pusiera fin al procedimiento colectivo. Los demandantes en los litigios principales se opusieron a esta excepción invocando su derecho a desvincularse de la acción colectiva planteada por la asociación de consumidores y usuarios y a litigar a título individual.²⁶ Este derecho que se menciona viene establecido por la Directiva 93/13/CEE en su artículo 7.3. El Supremo en la sentencia de 9 mayo de 2013 señala que los particulares que lo estimen conveniente deberán interponer acción individual solicitando la devolución de cantidades, cuya procedencia se examinará atendiendo a cada caso concreto.²⁷

La segunda etapa es configurada por la STS de 25 de marzo de 2015 que es la que fija la siguiente doctrina: *"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013"*. Por tanto, esta sentencia declara la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas a partir de la primera STS de 9 de mayo de 2013.

²⁶ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 14 de enero de 2016 a los Asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14.

²⁷ FERNANDEZ CORNAGO, M. "La retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas", REDUR 13, diciembre 2015. p. 262

Argumenta la Sala que conforme a la regla general que la ineficacia de los contratos -o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "*quod nullum est nullum effectum producit*" (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone, y es el artículo clásico citado cuando se plantea el debate que nos ocupa, el 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[...] declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Refuerza esta regla con cita de STS 118/2012 de 13 de marzo, y se trataría "[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la *atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente*".

Pero, ¿por qué esa limitación hasta la sentencia de 9 de mayo de 2013? El TS alega que tendrán efectos *ex tunc*, sin embargo establece una limitación hasta la sentencia de 2013 alegando que sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). El Alto Tribunal justifica que esta limitación a la retroactividad no es novedosa y lo argumenta mediante normativa administrativa y sobre propiedad industrial:

- *el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que " las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"*
- cuando se trata de la conservación de los efectos consumados, existen previsiones al respecto (Artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial

Además de la normativa utiliza algunas resoluciones:

- El Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.
- El TS ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo)

No resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato, así lo indica el Tribunal en el Séptimo Fundamento de Derecho de la sentencia.

La tercera etapa, es la marcada por la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 por la cual se declara el carácter retroactivo de las clausulas suelo, porque si bien es cierto lo que dice el TS no se tuvo en cuenta la Directiva 93/13 determinando que no se puede modificar la amplitud de la protección que la Directiva otorga a los consumidores por la aplicación del Derecho nacional. La sentencia reconoce esa restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por la entidad bancaria a costa de causar un perjuicio al consumidor. Las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una clausula considerada abusiva. Concluye en su párrafo 72 el TJUE, “la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las clausula suelo, que el TS acordó equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo

hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de las cláusulas suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.”

A partir de esta sentencia del TJUE se van a aplicar a todos los procesos abiertos la resolución de dicha sentencia, concediendo ese carácter retroactivo y concediendo efectos *ex tunc*, desde que se firmó el contrato.

Por su parte, para los demandantes a los que se les aplicó la STS de 9 de mayo de 2013, sus efectos serán irretroactivos y *ex nunc*, por lo que no podrán recuperar las cantidades que perdieron, además no podrán reclamar para conseguir el efecto retroactivo porque la sentencia tiene carácter de cosa juzgada y por tanto no se puede volver a juzgar sobre el asunto.

2.5. Consecuencias de aplicación de la STJUE de 21 de diciembre de 2016

Tras la conclusión del TJUE, el TS trató de modificar su jurisprudencia a través de la STS de 24 de febrero de 2017 sobre los efectos retroactivos, otras sentencias que también adaptaron su jurisprudencia con los mismos efectos han sido STS de 9 de marzo de 2017, AP de Córdoba de 3 de abril de 2017, AP de Álava de 21 de febrero de 2017, AP de Pontevedra de 11 de enero de 2017.

Tras la alegría recibida por los prestatarios de la devolución de las cantidades con efectos *ex tunc*, lo que se quería era recibir con celeridad esas cantidades, y aquí fue donde los bancos comenzaron a poner trabas ya que era previsible una ola de demandas de consumidores que se vieron implicados por tales cláusulas. Como se estaba afectando al orden público económico y se estaba procediendo a una saturación de la justicia, el Gobierno quiso intervenir aprobando el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, aprobado en el Congreso el 31 de enero. Su objetivo es facilitar la devolución por parte de las entidades bancarias de las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor y lo que se trata es de evitar en cierta medida la vía judicial para evitar un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los

procedimientos, además de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil.²⁸

Las reclamaciones de los consumidores afectados pueden hacerse conforme a dos vías, que son alternativas, puede reclamarse por la vía judicial o por la vía extrajudicial.

2.5.1 Reclamación extrajudicial

Esta vía se crea para evitar que las reclamaciones vayan por la vía judicial, en el Real Decreto se conoce como reclamación previa y viene detallada en su artículo 3. Consiste en que la entidad bancaria calculará la cantidad a devolver y efectuará un desglose del cálculo donde deben constatarse obligatoriamente los intereses, posteriormente remitirá esta información al consumidor y este deberá responder a la entidad si está de acuerdo o no con el cálculo, si lo estuviera se acordará un plazo, que como máximo puede ser de tres meses desde la presentación de la reclamación, para la devolución de estas cantidades.

Esta reclamación previa debe ser gratuita²⁹, sin ningún coste, y todos los afectados deben conocer que existe esta vía, por lo que las entidades bancarias deben informar y garantizar que los consumidores conocen de esta reclamación.³⁰

En el artículo 3.6 indica que las partes no pueden ejercitar ninguna acción inter partes, ni judicial ni extrajudicial, en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo que se haya pactado. Si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación de este artículo, cuando se tenga constancia, se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa.

²⁸ En el preámbulo del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo se explica además de un pequeño relato de la problemática de las cláusulas suelo, se añade las razones por las cuales este Real Decreto ley es, a su criterio, importante y necesario. La decisión del Gobierno de crear este Real Decreto se rige por los principios de efectividad, con el objetivo de que se cumpla la jurisprudencia dictada por el TJUE, y el principio de equivalencia, las reclamaciones hechas conforme a la decisión tomada por el TJUE no puede ser tratadas de forma más desfavorable que las reclamaciones hechas conforme al derecho nacional.

²⁹ Véase la Disposición adicional tercera del Real Decreto que proclama la gratuidad del procedimiento extrajudicial y reducción de aranceles.

³⁰ El procedimiento extrajudicial deberá realizarse en el plazo de un mes, el Real Decreto da este plazo para que las entidades bancarias puedan adaptarse e instaurar un departamento específico que solamente este dedicado a estas reclamaciones.

Puede darse la circunstancia de que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin efecto por diversas causas que nos marca el art. 3.4 del Real Decreto:

- 1) La entidad bancaria rechaza la solicitud del consumidor por diferentes motivos; puede ser que la entidad bancaria no esté de acuerdo que en algún caso exista falta de transparencia, o porque no este conforme con todo lo que se pide, etc.
- 2) Si una vez finalizado el plazo de tres meses la entidad bancaria no ha comunicado ninguna información sobre las cantidades al consumidor
- 3) Cuando el consumidor no esté de acuerdo con el cálculo de las cantidades que la entidad bancaria le ha comunicado que tiene derecho a recibir o rechaza la cantidad ofrecida
- 4) Si una vez vencido el plazo de tres meses el consumidor no ha recibido ninguna cantidad por parte de la entidad.

Si se dan alguna de estas cuatro circunstancias el consumidor puede acudir a la reclamación judicial, debido al agotamiento de la vía extrajudicial.

Además de la devolución de las cantidades, puede darse lugar a una medida compensatoria siempre que el consumidor y la entidad bancaria lo pacten expresamente, de forma manuscrita y en documento aparte, con un plazo de quince días para que manifieste su voluntad.³¹ Si se pacta esta medida compensatoria deberá informarse de manera suficiente y adecuada al consumidor sobre lo que conlleva esa medida y su valor económico.

2.5.2 Reclamación judicial

Si el afectado rehúsa la reclamación previa o se han dado alguna de las circunstancias que indica el art. 3 del Real Decreto puede acudir directamente al juicio. La principal diferencia entre la reclamación extrajudicial y la reclamación judicial es la imposición de costas cuando el consumidor rechaza o decline la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente la demanda contra la entidad.

³¹ Véase Disposición adicional segunda sobre medidas compensatorias distintas de la devolución del efectivo en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Si el consumidor elige acudir directamente a los tribunales, sin tener que acudir a la vía extrajudicial, el art. 4 del Real Decreto establece dos medidas en caso de allanamiento de la entidad bancaria:

- 1) Si la entidad bancaria se allana antes de la contestación a la demanda, se considerará que procede la buena fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo de la LEC³²
- 2) Si la entidad bancaria se allana parcialmente antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada.

Se establece la posibilidad de que una vez en curso el procedimiento judicial a la entrada en vigor de este Real Decreto las partes acuerden someterse al procedimiento extrajudicial, solicitando la suspensión de procedimiento judicial siempre teniendo en cuenta la normativa de la LEC.

2.6 La acción de cesación como mecanismo de defensa de los intereses de los consumidores

La protección de los consumidores y usuarios consolidada gracias a la acción colectiva de cesación, regulada en el TR LGDCU en su Disposición Adicional Tercera “*La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.*”.

Esta acción tiene que ser ejercitada colectivamente, es decir por varios usuarios, por una Asociación que defienda los intereses de los consumidores, aunque debemos tener en cuenta si los consumidores sean un grupo determinado o sean indeterminados, o por el

³² El art. 395.1 párrafo 2 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil nos indica cuando existe mala fe procesal “*Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.*”

Ministerio Fiscal esta legitimación viene determinada en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.³³

El problema surgió cuando se presentó una acción de cesación en la STS de 9 de mayo de 2013, la parte actora no presentó como accesoria la de restitución de las cantidades que hubieran resultado indebidamente cobradas como consecuencia de la nulidad de la cláusula impugnada. Hay autores como PERTIÑEZ VILCHEZ, que están de acuerdo con la decisión del TS de adoptar el carácter irretroactivo ya que no se había ejercitado la accesoria manifestando que acción de cesación no está llamada a producir efectos sobre la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos individuales y ningún pronunciamiento cabía hacer en la sentencia al respecto, teniendo en cuenta además, que la demandante ni siquiera acumuló como accesoria a la acción de cesación una acción de resarcimiento, como permite el art. 12.2 LCGC³⁴. Por otro lado hay doctrina que indica que el TS debió de interpretar el art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE, en el sentido que si se interpone una acción de cesación, las consecuencias derivadas de esa acción según el Derecho nacional deberán efectuarse. Por tanto, esta parte de la doctrina entienden que ello junto a la posibilidad de los tribunales nacionales de actuar de oficio en esta materia reconocida la doctrina del TJUE llevarían a la conclusión de que ejercitada la acción de cesación conllevaría el ejercicio de la de restitución.³⁵

³³ El artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos indica que la legitimación para ejercitar una acción de cesación corresponde “*cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados*”. En su apartado 3 se dirige a un grupo de consumidores indeterminados “*Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas*”

³⁴ PERTIÑEZ VILCHEZ, FRANCISO, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, InDret, p.5

³⁵ DE TORRES PEREA, J.M, “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, Revista Jurídica Valenciana, Núm. 2, 2014, p.34

3. La nulidad de las cláusulas IRPH

Recientemente han llegado a los tribunales asuntos que se asemejan a lo analizado sobre las cláusulas suelo, es el tema de las cláusulas que contienen el Índice de Referencia de Préstamo Hipotecario (IRPH).

Al tratarse de una novedad, lo primero que debemos preguntarnos, ¿Qué es el IRPH y de qué manera afecta al préstamo hipotecario? El IRPH es tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros y por los bancos. Si bien es cierto que, como ya he dicho previamente, la mayoría de los contratos de préstamos hipotecarios son configurados conteniendo el Euribor, sin embargo en una minoría de contratos se presentaba otro índice de referencia, entre otros el IRPH.

La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela del Banco de España define el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de bancos.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos, de acuerdo con la norma segunda.

La fórmula de cálculo de dicho tipo será:

$$I_b = \frac{\sum i_b}{n_b}$$

Siendo:

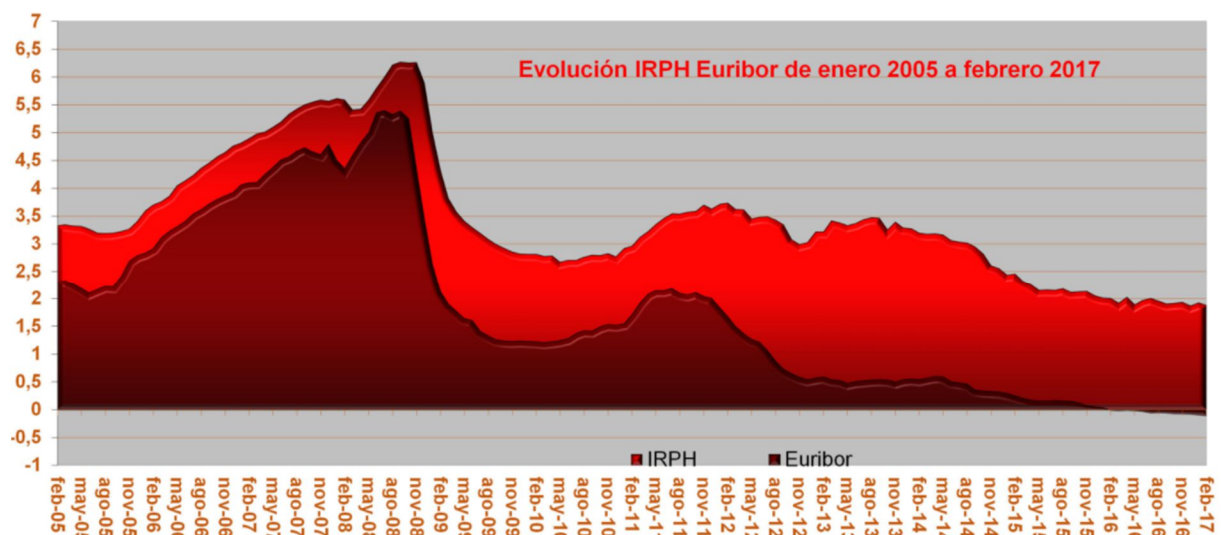
I_b = La media de tipos de interés medios ponderados del conjunto de bancos.

i_b = El tipo medio ponderado de los préstamos de cada banco.

n_b = El número de bancos declarantes.

Este tipo de interés se presentaba a los consumidores como un tipo más estable que el Euribor, esto era cierto pues en el año 2008, el IRPH estaba un punto porcentual más alto. Sin embargo en 2009 el Euribor inició una disminución hasta un dato negativo como el de hoy en día, por su parte el IRPH durante los años 2008-2009 disminuyó pero en los tres años posteriores aumentó, es decir se mantenía equilibrado. Estable sí, pero no muy favorable para el consumidor que vio cómo su deuda aumentaba mientras que la deuda hipotecaria contratada con Euribor disminuía ya que el IRPH siempre va a estar por encima del Euribor porque siempre va a estar un punto por encima.

El comportamiento del IRPH es más suave que el del Euribor, es decir, tienen reacciones lentas a subidas y bajadas, sus movimientos o sus oscilaciones son menos bruscas. Es menos volátil aunque su valor siempre lo hemos encontrado más alto que el del Euribor e incluso mucho más alto. El diferencial o margen que se aplica al IRPH, teóricamente debería ser muy pequeño, (comparándolo con el que se aplique a otros índices que se sitúan por debajo, como es el caso del Euribor), inexistente o incluso negativo.³⁶



³⁶ Información extraída de <http://www.irph.es/> página web especializada en Índices de Referencia del Préstamo Hipotecario

Este gráfico ha sido extraído de la página web http://www.irph.es/irph_comparado.php, que se basa en datos publicados por el Banco de España.

En 2013 se añadió un nuevo problema para este tipo de interés, desaparecían el IRPH Bancos, el IRPH Cajas (manteniéndose el IRPH Entidades) y el CECA por la aplicación de la Disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que establece:

Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.*
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.*
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.*

Entonces, ¿Qué tipo de interés se debía aplicar? Se aplicaba el tipo de interés que se indicaba como sustitutivo en el contrato, en defecto de este o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo, así se nos indica en la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La sustitución de los tipos de interés suponía la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

Debemos diferenciar entre varios contextos ya que puede que en la cláusula se incluya un sustituto del IRPH o no se incluya sustituto, por tanto debemos hablar de:

- Si la hipoteca está referenciada a IRPH y en la misma cláusula o en el contrato se contempla un índice sustituto en caso de que este desaparezca que casi siempre suele ser el Euribor más 1%, aunque hay entidades que varían este porcentaje mínimamente.
- Si la hipoteca está referenciada a IRPH y en la cláusula o en el contrato no consta ningún índice sustitutivo, se aplicará la nueva referencia que fija la Ley de Emprendedores.
- Si la hipoteca está referenciada a IRPH- Cajas y la cláusula o contrato dice que te quedarás con el último interés aplicado, si este desaparece, se aplicará de forma fija el último interés que pagueste. En estos casos el IRPH lleva aparejado un diferencial más alto (aproximadamente 2-4%)

3.1. Abusividad de las cláusulas IRPH

Una de las primeras sentencias que llegaron a demostrar que estas cláusulas eran nulas fue en el Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián en la sentencia núm. 156/2014 de 29 abril, donde se declaraba nula la cláusula que contenía el IRPH y siendo así no desplegara eficacia alguna desde el 28 de octubre de 2012 que es la fecha en la que se entró en vigor la Orden EHA/2899/2011, y que por lo tanto se deberá de devolver las cantidades cobradas indebidamente a partir de ese momento.³⁷

Esta sentencia acude para su argumentación a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la cual se interpreta la Directiva 93/11/CEE estableciendo que "el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas".³⁸

Si la Orden tiene el objetivo que es aumentar la exigibilidad de transparencia y de protección del consumidor, no resulta liviana la supresión del IRPH y en consecuencia

³⁸ STJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro, C-168/05

el juzgado considera que esta cláusula debería de desaparecer en todos los contratos donde se ha utilizado.

Otra de las sentencias que han abierto paso a la esclarecimiento de ese tema es la SJPI núm. 4 de Guadalajara de 2 de diciembre de 2014 en la cual se analiza las consecuencias del IRPH y se resuelve con la nulidad parcial de la cláusula.

En dicha sentencia se transcribe parte del contrato donde se especifica esta cláusula:

Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de la operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado". Y en su último párrafo dispone "Para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante de incrementar al EURIBOR un margen de un punto porcentual (1 %) de interés, durante toda la vida de la operación".

Resulta cuanto menos sugerente que el tipo de interés sustitutivo en la mayoría de los casos sea el Euribor incrementado en un punto porcentual, lo que quiere decir que siempre el IRPH estará por encima del Euribor.

En general, las sentencias no están declarando nulas estas cláusulas por falta de información al cliente, aunque estos alegan que no se les informó de las consecuencias de la aplicación del IRPH y sus desventajas con el Euribor.

El derecho a la información que es inherente a la condición de consumidor debe estar siempre presente³⁹, por lo que si el Banco o Caja hubiesen informado de que el IRPH no es un tipo de interés estable como lo definían y les hubiesen comunicado que una vez se extinga el IRPH la sustitución sería del Euribor más un punto porcentual, es decir los consumidores estarían bajo las mismas condiciones, esta circunstancia que podía ser

³⁹ El 8.d) TRLGDCU expone que la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute del producto o servicio.

posible y que por eso se incluía esa aclaración, esa cláusula quizá no hubiese sido declarada nula por la mayoría de los tribunales.

Lo que realmente se analiza como abusivo en este tipo de cláusulas es la falta de información sobre el funcionamiento que además de imponer un nuevo tipo de interés generalmente desconocido (IRPH), se incrementa con un diferencial y esto hace muy complejo su cálculo, como ya hemos visto en el punto anterior.

3.2 La falta de transparencia en las cláusulas que contienen el IRPH

Esta cláusula por tener gran incidencia sobre la carga económica del contrato, la entidad financiera debió haber garantizado que los consumidores conocieran su existencia, la incidencia que sobre el coste real del crédito podía tener durante la relación crediticia y la evolución histórica y la previsible de este tipo de referencia en comparación con la del Euribor. Más concretamente, deberían haber conocido, antes de la celebración del contrato, los siguientes aspectos que habrían tenido incidencia sobre su decisión de contratar:

Debemos poner en relación la falta de transparencia que se alega en la STS 9 mayo 2013 de las cláusulas suelo con las cláusulas IRPH. En el caso de las cláusulas IRPH puede demostrarse que dicha falta de transparencia es aún más visible porque la información precontractual dada no coincide con la realidad y lleva a gran confusión a los clientes a través de la persuasión engañosa de las entidades bancarias afirmando que el IRPH va a hacer que el préstamo hipotecario sea más barato cuando nunca va a poder ser así, por lo que podríamos decir que la información dada es falsa. En cambio, en el caso de las cláusulas suelo su nulidad por falta de transparencia se debe a la información no tanto falsa sino mal comunicada ya que nunca se les advirtió de las consecuencias de lo que pasaría si se alcanzara el límite establecido.

En primer lugar el préstamo con tipo de interés IRPH siempre será más caro que el Euribor y por tanto la información proporcionada precontractualmente no es cierta y por tanto las entidades financieras estarían incumpliendo el derecho de información del art. 20 TR LGDCU.⁴⁰ Esta ausencia de información sobre el coste relativo del crédito, en

⁴⁰ El artículo 20.c) TRLGDCU indica que debe informarse al consumidor para que pueda tomar una decisión adecuada sobre el precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el

comparación con las demás ofertas existentes en el mercado provoca la adopción de una decisión errónea y una distorsión de la competencia.

En segundo lugar el IRPH-Cajas, por su propio procedimiento de cálculo (que ya hemos expuesto en el punto anterior), es un índice poco flexible a las bajadas del coste del dinero, fijado por el Banco Central Europeo, mientras que en sentido contrario, en perjuicio del consumidor, sí absorbe al alza, las subidas del coste del dinero. En cuanto al IRPH- Cajas la propia entidad prestamista, con su política de fijación de tipos de interés para los contratos de préstamos hipotecarios posteriores, puede influir en la evolución del tipo de referencia.

En tercer lugar, la entidad siempre busca cómo vender ese préstamo centrándose en el diferencial que era más bajo que el tipo que se aplicaba a los préstamos referenciados al Euribor, no dando ninguna información sobre ese incremento del diferencial al IRPH generando la falsa apariencia de que estaban contratando un préstamo hipotecario a un precio más bajo del normal.⁴¹

Uno de los problemas graves que presenta este tipo de interés son fácilmente manipulables por las entidades bancarias por su forma de cálculo utilizada “media simple” de los tipos de interés medio ponderados, dando aquí nuevamente un peligro de equivocación ya que realmente se utiliza una media simple y no una media ponderada, ya que si se utilizase esta última la cuota sería lo más sensato. La utilización de la media simple perjudica gravemente al consumidor ya que al ser muy pocos los clientes que contratan préstamos hipotecarios con el IRPH, los clientes que ya han contratado deberán pagar cantidades exageradas. Por eso decimos que es manipulable porque dependiendo de los clientes que ellos quieran que contraten con IRPH ofrecerán préstamos hipotecarios referenciados a este tipo de interés, para las entidades bancarias cuantos menos clientes utilicen este producto financiero mayores ganancias obtendrán.

importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

⁴¹ Corresponde al Banco apelante acreditar que explicó a los clientes la cláusula que contiene el interés variable en tales condiciones y que les ofreció otras alternativas, o sea, que el índice IRPH no fue la única propuesta y que dentro del posible abanico pudieron elegir, así lo afirma la sentencia de la AP Salamanca de 31 de marzo de 2017.

Sin embargo respecto a esta manipulación del interés muchas han sido las sentencias que no lo ven claro, porque la eventual "manipulación" del índice por el Banco demandado es obvio que la incidencia de su actuación en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice, es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo, luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice los Bancos que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben.⁴²

No cabe admitir los razonamientos de la sentencia en cuanto al carácter influenciable y manipulable del IRPH Entidades, puesto que:

a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre

b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica

c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras⁴³

En relación al control de incorporación, la Audiencia Provincial de Álava, en la sentencia de 10 de marzo de 2016, entiende que el consumidor tuvo oportunidad de conocer la cláusula que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que

⁴² SAP Salamanca de 31 de marzo de 2017.

⁴³ SJPI de Nº1 Llíria (València) de 12 de septiembre de 2016, sentencia firme que declara nulas las cláusulas IRPH por falta de información al consumidor, aunque no las considere manipulables.

garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH. El actor no cuestiona la información precontractual facilitada por la entidad a través de la oferta vinculante, pudo examinar las condiciones con carácter previo a la firma de la escritura.⁴⁴

Este control de incorporación es similar al de las cláusulas suelo refiriéndose a que *“...los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas...”*, así lo señala el vigésimo considerando de la Directiva 93/13/CEE. Es superado en la mayoría de las veces, sin embargo como en las cláusulas suelo necesitamos superar un segundo control de transparencia, no es suficiente que las cláusulas se acojan a los requisitos formales que deben expresarse en las cláusulas.⁴⁵

Estamos refiriéndonos a una condición general que define el objeto principal de un contrato y que, como regla, no puede examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.⁴⁶ Para justificar que el precio es un elemento esencial del objeto principal del contrato las sentencias, como hizo la STS de 9 de mayo de 2013, debemos acogernos al art 4 de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas *no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*⁴⁷, sin distinguir entre elementos esenciales y no esenciales del tipo de contrato en abstracto- en el préstamo no es esencial el precio a tenor de los artículo 1755 CC- sino a si son descriptivas o

⁴⁴ En la SAP de Álava, en la sentencia de 10 de marzo de 2016 en su fundamento Quinto donde se entiende que se superó el primer control de incorporación ya que la entidad le dio la suficiente información.

⁴⁵ Debe destacarse que el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el consumidor haya comprendido. Juzgado de lo Mercantil N°3 de Valencia de 18 de noviembre de 2016.

⁴⁶ SAP de Álava de 10 de marzo de 2016, párrafo 196.

⁴⁷ La sentencias analizadas en el caso de las cláusulas suelo para identificar el objeto principal del contrato y la correcta visión de que el precio entra dentro de este objeto principal del contrato pueden ser traídas al contexto de las cláusulas IRPH. Estamos hablando de la sentencia del precio a pagar en los parkings donde se aumenta el precio del primer minuto (AP de Asturias del 29 de octubre del 2010) o de la STS 12 diciembre 2011 sobre los cargos de emisión de billete por parte de las compañías de transporte aéreo.

definitorias del objeto del contrato concreto en el que se incluyen o por el contrario, afectan al método de cálculo o modalidades de modificación del precio⁴⁸

No es suficiente con que los consumidores tuvieran noticia de la existencia de la misma en el contrato sino que se requiere la acreditación de que se les brindó toda la información necesaria para que conocieran su funcionamiento concreto y su relación con el resto del clausulado, información referida a destacar que se trataba de una cláusula que incide en el precio del préstamo.⁴⁹

El control de transparencia lo que pretende es analizar si se ha explicado adecuadamente la forma de cálculo del IRPH. Estas cláusulas llevan consigo una información errónea y no se establece ni se comunica la compleja forma de cálculo de la cuota correspondiente al préstamo hipotecario ya que para un cliente medio que no tienen conocimientos sobre el funcionamiento de cálculo provocando perjuicios en su patrimonio. La mayoría de los consumidores tienen la creencia que solo se les aplica el porcentaje concreto del tipo de interés (IRPH) que como hemos dicho es aproximadamente un punto porcentual mayor que el Euribor pero se les oculta el diferencial que se va a sumar a ese porcentaje.

Si la entidad explicase la diferencia entre varios índices, y mostrase gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, este seguramente optaría por el Euribor más un diferencial. La Audiencia Provincial de Álava concluye que la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, pues se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el BE ni las diferencias entre el IRPH y el resto de índices, y su comportamiento en los últimos años. Y, lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Por dicha falta de transparencia, la Sala declara la nulidad de la cláusula tercera bis, ratificando la sentencia de instancia.⁵⁰ Por

⁴⁸ Así lo redacta la sentencia STS de 9 de mayo que declara que las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

⁴⁹ Según la SAP de Salamanca el precio se incluye en el objeto principal del contrato y la acreditación que deben remitirse a los consumidores como prueba de que conocen la información que supone esa cláusula permite conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que representaba- y la carga jurídica que asumían con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos, etc

⁵⁰ MARTÍNEZ ESPÍN. P. “*A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH entidades*” Revista CESCO

lo tanto si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio.⁵¹

Otro de los argumentos de la STS 9 de mayo 2013 que debemos traer a este contexto es el tratamiento de las entidades bancarias como un elemento secundario del contrato, sin embargo como se señala en la sentencia forma parte del precio y por tanto del objeto principal del contrato.

Aunque teniendo en cuenta todas estas circunstancias la mayoría de las sentencias están declarando que estas cláusulas no son abusivas como la SAP Guipúzcoa de 15 de julio de 2015 que indica: el hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él⁵². Además se considera que las entidades bancarias si dieron una información suficiente para la comprensión de estas cláusulas.

Sin embargo ya han sido muchas las que han declarado que sí son abusivas y que se debe devolver las cantidades indebidamente abonadas por aplicación del artículo 1303 CC, entre otras: La sentencia de 21 de junio de 2016 del Juzgado de lo Mercantil nº. 3 de Barcelona; JPI Ourense, núm.4, sentencia núm. 75/2016 de 30 marzo; Sentencia nº. 284/2016 del Juzgado de 1ª Instancia nº. 71 de Madrid; JMerc Gasteiz (Álava), núm.1, sentencia núm. 158/2015 de 15 junio; JMerc Bilbao (Vizcaya), núm.2, sentencia núm. 13/2016 de 15 enero; Sentencia núm. 65/2015, 16 de marzo de 2015, del mismo Juzgado Mercantil nº7 de Barcelona.⁵³

Hasta este presente año solo había una Audiencia Provincial que había declarado la nulidad de estas cláusulas en el Auto de la AP de Álava (Sección 1ª) núm. 85/2016 de 10 marzo, todas las demás sentencias eran en primera instancia, hasta los últimos meses donde se ha declarado esta nulidad en la Sentencia de Audiencia Provincial de

⁵¹ Así lo afirman varias sentencias SAP de Álava de 10 de marzo de 2016 en su párrafo 190

⁵² MARTÍNEZ ESPÍN. P. “*A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH entidades*” Revista CESCO

⁵³ Estas resoluciones son algunas de las muchas que se están llevando a cabo en los tribunales y que podemos ver enumeradas en la Plataforma online IRPH STOP GIPUZKOA.

Salamanca 213/2017, de 31 de marzo de 2017; Sentencia de Audiencia Provincial de Alicante 144/17, de 11 de mayo de 2017 y la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 214/2017 de 9 de mayo de 2017.

3.3 Efectos de la declaración de nulidad

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, y debido a la obligación de restitución de prestaciones que marca el Código Civil, al no poderse aplicar el índice IRPH Entidades, y siendo el préstamo un contrato naturalmente gratuito conforme al artículo 1755 del Código Civil, habrá de reintegrarse a los prestatarios la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda, todo ello teniendo en cuenta el interés legal aumentado en dos puntos desde la publicación de la sentencia hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al artículo 576.1 LEC.⁵⁴

Según la SAP de Álava de 10 de marzo de 2016 la declaración de nulidad implica por aplicación del artículo 1303 CC, que las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio de los intereses.

Las consecuencias de la no incorporación de la cláusula IRPH según dispone el artículo 10 LCGC:

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.
2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo." Siendo un contrato de préstamo con expreso pacto de intereses que previamente convinieron las partes, se impone la integración del contrato con el establecimiento de otro índice de referencia.

⁵⁴ MARTÍNEZ ESPÍN. P. "A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH entidades" Revista CESCO

En cuanto a consecuencias económicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil, deberán las partes reintegrarse, en su caso, las cantidades que hubieran percibido, con sus intereses, en aplicación de la cláusula declarada nula.

El art 1303 del Código Civil establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Cajas, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el Índice Euribor más un punto porcentual contenida en el párrafo cuarto de la estipulación tercera bis. Aunque la previsión contractual lo es para el caso de "desaparición" del índice señalado, puede considerarse equivalente su desaparición a la declaración de nulidad que se ha hecho conforme a lo dispuesto en el anterior ordinal.⁵⁵

Además es consecuencia de la declaración de nulidad que, en lo sucesivo no podrá seguirse aplicando el índice declarado nulo, debiendo el banco demandado aplicar el índice supletorio para el caso de desaparición del mencionado índice. Si no existe índice supletorio, al no poderse aplicar el índice IRPH, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CC, habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CC, y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC⁵⁶.

4. Conclusiones

PRIMERA.- El derecho de información al consumidor es esencial para que un contrato sea válido, así lo refleja el artículo 8.d) TR LGDCU que expone que la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. Las cláusulas suelo y las cláusulas IRPH son dos asuntos de actualidad en los tribunales donde las entidades

⁵⁵ Así lo establece la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Donostia de 29 de abril de 2014.

⁵⁶ Así lo establece la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Donostia de 9 de febrero de 2015, siendo la primera sentencia de nulidad de IRPH Entidades y primera que deja sin interés una hipoteca.

bancarias no han respetado ese deber de información, haciendo ventajoso ese contrato unilateralmente en su beneficio a través de contratos de adhesión donde se imponen cláusulas como las referidas.

SEGUNDA.- Debido a esta falta de información por parte de las entidades bancarias se declaran nulas las cláusulas suelo y no por no ser claras y precisas porque para ello el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 estableció un doble control para analizar la abusividad de una cláusula relativa al objeto principal o al precio. Este doble control consiste en superar una primera barrera que es el control de incorporación, donde se examinan los requisitos formales y una segunda barrera que se basa en un control de transparencia, dicho control no es superado por ninguna de las cláusulas expuestas a análisis ya que detentan una evidente falta de información al consumidor sobre el cálculo de las cuotas del préstamo hipotecario. Si esta información hubiese sido conferida a los consumidores no se hubiese declarado nula porque sería una cláusula absolutamente válida. En cuanto a las cláusulas IRPH no tenemos una resolución del TS porque es un asunto que está actualmente tratándose en los tribunales pero si tenemos resoluciones de JPI y AP y todas ellas utilizan como argumento la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo.

TERCERA.- Una vez declarada nula la cláusula se cuestiona qué cantidades deben devolverse y respecto de que período de tiempo, es lo que se denomina retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad. Respecto a la retroactividad tenemos una primera sentencia de 9 de mayo de 2013 que es la que declara la nulidad de la cláusula suelo y además declara la irretroactividad, es decir efectos ex nunc y la no devolución de las cantidades cobradas indebidamente por las entidades. Posteriormente el TS se pronuncia de nuevo en la STS de 25 de marzo de 2015 donde declara la retroactividad con efectos desde la sentencia de 9 de mayo de 2013. Por último se dictó sentencia el 21 de diciembre de 2016 declarando la retroactividad con efectos ex tunc, es decir, las entidades bancarias deberán devolver todas las cantidades indebidamente cobradas.

Las cláusulas IRPH tienen un método distinto ya que en algunas de ellas se establecía un tipo de interés sustituto (que en la mayoría de las veces es el Euríbor) en cuyo caso al declararse nula se aplicaría el índice sustituto. Pero otras cláusulas no llevaban aparejado ningún sustituto y en este caso se debe devolver todas las cantidades cobradas indebidamente.

CUARTA.- Para la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por los bancos se han llevado a cabo en los últimos meses algunas medidas que en principio intentan ayudar a los consumidores como es el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. En materia de cláusulas IRPH no tenemos ninguna herramienta que colabore a la devolución de estas cantidades porque están en proceso de análisis en los tribunales.

5. BIBLIOGRAFIA

BANCO DE ESPAÑA. Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario

CÁMARA LAPUENTE, S. “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”
Revista CESCO

CAÑIZARES LASO. A. “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Civil vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015)*

CARRASCO PERERA. Á, “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva” *Revista CESCO de Derecho de Consumo n° 7/2013*

CORDÓN MORENO. F “Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución judicial”
Revista CESCO de Derecho de Consumo

DE TORRES PEREA, J.M, "Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación", *Revista Jurídica Valenciana*, Núm. 2, 2014

FERNANDEZ CORNAGO, M. “La retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas”, *REDUR* 13, diciembre 2015

GENTO MAHUENDA, PEDRO “El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva” *Revista CESCO de Derecho de Consumo n°10/2014*

GONZALEZ PACANOWSKA, «Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *Comentarios al TRLGDCU* (dir. Bercovitz), Aranzadi 2007.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a CARMEN, “Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en materia de cláusulas abusivas hipotecarias: Juzgado 7 Collado Villalba. *Revista CESCO de Derecho de Consumo n°7/2013*

LACAYO ARANA, MARIA ALEJANDRA, “La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación”, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012

LASARTE, CARLOS “Manual sobre protección de consumidores y usuarios” 7ª Edición, UNED Dykinson S.L.

MARTÍNEZ ESPÍN. P. “*A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH entidades*” Revista CESCO

MARTIN PÉREZ J.A, "Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", Estudios sobre consumo. Directora María Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS, 2012

MIQUEL GONZALEZ, J.M., «Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios», *RJUAM* nº 27, 2013-I

MONASTERIO ESCUDERO, C, “Problemas informativos y transparencia financiera: análisis del caso de las cláusulas suelo”, Cuadernos de información económica marzo/abril 2016

MUÑOZ GARCÍA, C. (2014), “*Responsabilidad por la incorrecta comercialización de instrumentos financieros. Afectación de la declaración de cláusula abusiva en la comercialización de operaciones bancarias*”, en Colino González (Dir.).

PERTIÑEZ VILCHEZ, FRANCISO, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, InDret.

TORRERO MAÑAS, ANTONIO “La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española” Instituto Universitario de Análisis Económico y Social.

Legislación

Código Civil

Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela del Banco de España.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

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.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, aprobado en el Congreso el 31 de enero.

Jurisprudencia

Cláusulas suelo

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE 21 de diciembre de 2016

STJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro, C-168/05

Tribunal Supremo

STS de 9 de mayo de 2013.

STS de 25 de marzo de 2015

STS de 24 de febrero de 2017

STS de 9 de marzo de 2017,

STS 118/2012, de 13 marzo

Audiencia Provincial

AP de Asturias de 29 de octubre del 201

SAP de Cáceres de 23 de mayo de 2012

SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011

SAP de Zamora de 22 de enero de 2013

La SAP Granada 18 octubre 2013

SAP Zaragoza 8 enero 2014

SAP Cáceres 24 febrero 2014

AP de Córdoba de 3 de abril de 2017

AP de Álava de 21 de febrero de 2017

AP de Pontevedra de 11 de enero de 2017

Primera Instancia

SJPI de Zaragoza de 24 de noviembre de 2011

Cláusulas IRPH

Audiencia Provincial

SAP Guipúzcoa de 15 de julio de 2015

SAP de Álava de 10 de marzo de 2016

Sentencia de Audiencia Provincial de Salamanca 213/2017 de 31 de marzo de 2017

Sentencia de Audiencia Provincial de Alicante 144/17 de 11 de mayo de 2017

Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 214/2017 de 9 de mayo de 2017.

Primera Instancia

SJPI de N°1 Llíria (València) de 12 de septiembre de 2016

Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián en la sentencia núm. 156/2014 de 29 abril

SJPI núm. 4 de Guadalajara de 2 de diciembre de 2014

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº. 71 de Madrid nº. 284/2016

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 14 de enero de 2016 a los Asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14.

Páginas web

http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Cuestiones_gener/Tipo_de_interes_3003ce7c86e2a41.html

<http://www.irphstop.plazan.net/es/epaitegiak/>