

#### 4. DERECHO BANCARIO

### ¿Había cláusulas suelo lícitas?

#### *Were clauses soil lawful?*

por

EDUARDO CORRAL GARCÍA

*Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Cádiz*

**RESUMEN:** Partiendo de la afirmación vertida por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 acerca de la posible licitud de las cláusulas suelo, se analiza los requisitos de transparencia exigidos en la normativa aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con anterioridad a la crisis financiera y al desplome del Euribor por debajo de las cifras mínimas contempladas como tipo de interés variable en dichas cláusulas, para determinar si realmente se puede considerar que las cláusulas suelo eran lícitas siempre que se cumplieran dichos requisitos, a la luz de la jurisprudencia contradictoria sobre dicha cuestión, dedicando especial atención a la intervención del notario autorizante. En una segunda parte del trabajo, se estudia la evolución normativa producida en las sucesivas reformas introducidas para elevar el nivel de transparencia material y formal de las referidas cláusulas, determinando el alcance real de dicha evolución, terminando con una comparación con la información sobre productos financieros complejos prevista en la normativa del Mercado de valores.

**ABSTRACT:** Departing from the affirmation spilt by our Supreme Court in his judgment from May 9, 2013 it brings soil over of the possible legality of the clauses, there are analyzed the requirements of transparency demanded in the regulation applicable to the contracts of mortgage lending celebrated before the financial crisis and to the collapse of the Euribor below the minimal numbers contemplated as variable interest rate in the above mentioned clauses, to determine if really it is possible to think that the clauses I occur were lawful providing that the above mentioned requirements were fulfilled, in the light of the contradictory jurisprudence on the above mentioned question, dedicating special attention to the intervention of the Notary autorizante. In the second part of the work, there is studied the normative evolution produced in the successive reforms introduced to raise the level of material and formal transparency of the above-mentioned clauses, determining the royal scope of the above mentioned evolution, ending with a comparison with the information about financial complex products foreseen in the regulation of the Stock market.

**PALABRAS CLAVE:** Préstamos hipotecarios. Cláusulas suelo. Información precontractual. Intervención notarial. Transparencia. Requisitos formales. Mercado de valores.

**KEY WORDS:** Mortgage loans. Land clauses. Pre-contractual information. Notarial intervention. Transparency. Formal requirements. Stock market.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS FALLOS JUDICIALES MÁS RECIENTES.—II. REQUISITOS LEGALES DE TRANSPARENCIA APLICABLES A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONCEDIDOS ANTES DE LA CRISIS FINANCIERA. EN ESPECIAL, LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO AUTORIZANTE: 1. LA ORDEN MINISTERIAL DE 5 DE MAYO DE 1994. 2. JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS EN VIRTUD DEL ASESORAMIENTO NOTARIAL. 3. JURISPRUDENCIA QUE NIEGA RELEVANCIA A LA INTERVENCIÓN NOTARIAL. 4. CONCLUSIÓN: LAS CLÁUSULAS SUELO PODÍAN SER transparentes CUMPLIÉNDOSE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS.—III. LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS POSTERIOR A LA CRISIS: 1. ORDEN EHA 2899/2011 DE 28 DE OCTUBRE. 2. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO. 3. PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO. 4. UN PROBLEMA ANÁLOGO: LOS PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE VALORES.—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN: ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS FALLOS JUDICIALES MÁS RECIENTES

Según noticias recogidas en la prensa a mediados de marzo de 2018, en el anexo sobre cláusulas suelo elaborado por la Comisión Nacional de Estadística Judicial consta que el 98,3 por ciento de las 9.326 sentencias dictadas en el último semestre del año 2017 sobre dicho asunto fueron favorables al cliente<sup>1</sup>.

Evidentemente, dicho volumen de litigiosidad tiene como origen la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>2</sup>, que corrige a nuestro Tribunal Supremo en lo que respecta a los efectos de la declaración de nulidad por abusivas de dichas cláusulas, en cuanto que debe devolverse todos los intereses cobrados de más por las entidades financieras desde la fecha de otorgamiento del préstamo hipotecario y no desde la fecha de 9 de mayo de 2013<sup>3</sup>, día en el cual se dictó la primera sentencia que estableció la nulidad de una cláusula suelo<sup>4</sup>. La resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es coherente con la noción de ineficacia contractual y con lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil, tal y como se propuso en los votos particulares formulados en las STS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015<sup>5</sup>, lo que significa llevar hasta las últimas consecuencias la aplicación del principio *pro consumatore* por encima del principio de libertad contractual.

Por otro lado, y como una limitación temporal a los efectos de dicha sentencia, el Auto del TS de 4 de abril de 2017<sup>6</sup> impide que los consumidores a los que el propio TS negó la devolución de los intereses devengados con anterioridad a la fecha de 9 de mayo de 2013 puedan reabrir la cuestión, en virtud del principio de cosa juzgada, ya que las sentencias que han seguido esa pauta dictadas con anterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 tienen el carácter de firmes, puesto que, según el artículo 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha sentencia —posterior a aquellas cuya revisión se solicite— no puede nunca considerarse documento recobrado u obtenido con carácter decisivo que permita abrir la vía a tal revisión, lo que previamente también había sido ya establecido en la STJUE de 26 de enero de 2017<sup>7</sup>. Efectivamente, el Tribunal hubo de decidir sobre una cuestión prejudicial consistente en que, si finalmente se entendía como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado del préstamo que permitiera al

acreedor reclamar todo el importe adeudado de capital e intereses en caso de falta de pago de al menos tres meses, podía reabrirse los casos anteriores en los que no se hubiera afirmado tal carácter abusivo de una cláusula idéntica; y lo hizo afirmando que «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de dicho contrato a luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada», lo que puede predicarse por analogía a las sentencias que se pronunciaron en contra de devolver los intereses cobrados de más, en virtud de una cláusula suelo nula, devengados con anterioridad al 9 de mayo de 2013. Por tanto, en esta cuestión salen beneficiadas las entidades financieras.

Previamente, se conoció la STS de 9 de marzo de 2017<sup>8</sup>, que por primera vez declara como lícita una cláusula suelo incluida en una escritura pública de otorgamiento de un préstamo hipotecario no porque el prestatario no tenga la condición de consumidor, sino porque la cláusula supera el control de doble transparencia exigido por el TS a la luz del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. En efecto, si bien la STS de 9 de mayo de 2013 afirmó que las cláusulas suelo son en principio, perfectamente lícitas<sup>9</sup>, en todas las ocasiones en las que el TS ha tenido que decidir sobre su validez las ha declarado abusivas por no superar el doble control de transparencia, salvo que el prestatario no tuviera el carácter de consumidor, por lo que en esos casos solo podía someterse la cláusula suelo al control de inclusión o incorporación, declarándose su validez en todos esos supuestos sin excepción.

Por tanto, habrá que analizar ese pronunciamiento del Tribunal Supremo para poder determinar a priori cuándo una cláusula suelo va a ser considerada válida, aun cuando el prestatario sea un consumidor, de cara al futuro cercano, pues es previsible que todavía haya muchos casos abiertos en los tribunales menores.

En primer lugar, hay que señalar que el motivo real por el que la cláusula suelo del contrato examinado por el TS en su sentencia de 9 de marzo de 2017 es que dicha cláusula ha sido negociada individualmente entre la entidad financiera y los prestatarios, por lo que en ningún caso pueden los consumidores solicitar que sea abusiva.

Y no es la primera vez que se utiliza dicha argumentación por parte del TS, si bien no en relación con una cláusula suelo, sino con la cláusula que determina el interés remuneratorio de un préstamo hipotecario. En concreto, la STS de 18 de junio de 2012<sup>10</sup> rechazó que sea abusiva una cláusula que establece como interés nominal fijo de un préstamo hipotecario el 20,50%, por un doble motivo: en primer lugar, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que «excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación del precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible» —criterio que no se mantuvo precisamente en la STS de 9 de mayo de 2013, entrando a considerar si la cláusula suelo era abusiva, a pesar de que el interés variable forma parte del precio del contrato, precisamente por entender que no se había formulado de manera clara y comprensible según el doble control de transparencia—; y en segundo lugar, porque se concluye el carácter negociado de la cláusula, «no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras».

Además, se rechazó «la mera alegación de que los prestatarios no participaron en la redacción del contrato», que «no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones». Más adelante, se vuelve a insistir en que —para afirmar la existencia de error como vicio del consentimiento— que «los prestatarios suscribieron, con carácter previo a la formalización en escritura pública del préstamo, los documentos informativos de las condiciones concretas que contemplaba la operación crediticia».

El problema es que esos criterios luego se consideran insuficientes en numerosas sentencias sobre cláusulas suelo que, de haberse aplicado en ese mismo sentido, se hubieran declarado lícitas por superar el doble control de transparencia. Por ejemplo, si el consumidor ha acudido a diferentes entidades para comparar las condiciones económicas del préstamo —fundamentalmente, el tipo de interés aplicable—, y si firmó la oferta vinculante como era preceptivo —siempre que esta ya contuviera la cláusula suelo—, ¿se puede seguir sosteniendo que no hubo transparencia en la redacción de la cláusula?

En la STS de 9 de marzo de 2017, se confirman los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de mayo de 2014<sup>11</sup> para rechazar la abusividad de una cláusula suelo, en línea con los utilizados en la STS de 18 de junio de 2012. Efectivamente, se acude a la STJUE de 21 de marzo de 2013 para resaltar que «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano, basándose principalmente en esa información», que es precisamente la proporcionada en la oferta vinculante que obligatoriamente debe darse a conocer al consumidor y que este debe aceptar; pero hay otros elementos que pueden evidenciar la libre decisión tomada por el consumidor, tras comprender la carga económica y jurídica que implicaba la cláusula, como es el hecho concreto de que «la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato, de forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, sino que se muestra como una cláusula principal del contrato, que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma, que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla».

Por tanto, en contraposición con todos los supuestos enjuiciados hasta la fecha, se entiende en la sentencia de 9 de marzo de 2017 que la cláusula suelo, en este caso concreto, sí supera el doble control de transparencia exigido por el propio TS, con el añadido de que el notario autorizante de la operación crediticia «puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo), y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». En el caso concreto, se afirma que se acreditó que «la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés».

Pero el hecho decisivo que inclina la balanza a favor de la licitud de la cláusula suelo, como ya se ha dicho, es que «se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad (la Caja Rural)», tal y como prueban los correos

electrónicos cruzados entre el empleado de la entidad que negoció el préstamo y la entidad matriz, por lo que «la cláusula fue negociada individualmente entre los recurrentes y la entidad», calificación jurídica que el propio TS advierte, de modo elegante, que hace superfluo toda la discusión previa entre las partes del contrato, ya que el hecho de que la cláusula, al haber sido negociada y, por tanto, no predispuesta por la entidad financiera, excluye la aplicación de la normativa de la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, «al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa». En conclusión, y con palabras de la sentencia de apelación, «los actores conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida cláusula suelo, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial».

La cuestión que inmediatamente podemos plantearnos es si, aunque la cláusula no fuera negociada individualmente, el hecho de que se firme la oferta vinculante y el notario autorizante explique a los consumidores el alcance de la cláusula no permitiría pensar si no habrá habido ocasiones en el pasado, y si habrá ocasiones en el futuro, en que realmente los consumidores serán conscientes de la carga económica y jurídica de la cláusula suelo, lo que implicaría que se superaría el doble control de transparencia, impidiendo el control de contenido o de abusividad<sup>12</sup>, por lo que la cláusula sería lícita a pesar de no estar negociada individualmente.

## II. REQUISITOS LEGALES DE TRANSPARENCIA APLICABLES A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONCEDIDOS ANTES DE LA CRISIS FINANCIERA. EN ESPECIAL, LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO AUTORIZANTE

### 1. LA ORDEN MINISTERIAL DE 5 DE MAYO DE 1994

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ya en su Exposición de Motivos indica que uno de sus objetivos principales es facilitar al prestatario «la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar», de tal forma que las cláusulas financieras del contrato, mediante su redacción estandarizada, sean comprensibles por el prestatario.

Dando un paso más, se señalaba que «a esa adecuada comprensión deberá colaborar el notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas». A posteriori, nos parece que no hay ninguna dificultad en encajar las cláusulas suelo en ese tipo de cláusulas que podían escaparse a la comprensión de un consumidor de tipo medio.

Y ya en el texto de la propia Orden, dentro del artículo 7, dedicado al acto de otorgamiento, se concretaba dicho deber de colaboración del notario: en cumplimiento del Reglamento Notarial<sup>13</sup> y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá, «en el caso de préstamo a interés variable, advertir expresamente al prestatario», entre otras circunstancias, de «que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes».

Y si bien en el contenido del folleto informativo sobre los préstamos hipotecarios que debían tener a disposición de los posibles clientes las entidades financieras, no aparecía ninguna mención expresa a los límites a la variación de tipo de interés variable, en las cláusulas financieras tanto de la oferta vinculante como de la propia escritura del préstamo hipotecario debía expresarse, según el núm. 3 del Anexo II de la Orden Ministerial, la identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia; y según el núm. 3 bis, los límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable, deberán expresarse bien en términos absolutos, en forma de tipo de interés porcentual, «o de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho».

En todas las cláusulas suelo examinadas por nuestros Tribunales sí aparecen de ese modo los límites a la variación mínima del tipo de interés variable; la cuestión que nos debemos plantear es, si de acuerdo con la ordenado en la norma reglamentaria, los notarios advirtieron o no expresamente de la existencia de ese límite mínimo a los consumidores; y si esa advertencia sería o no suficiente para entender que la cláusula suelo era transparente, ya que la intención del Gobierno no pareció limitarse a asegurar la mera incorporación al contenido contractual, sino de que se dicha incorporación fuera seguida de una transparencia real en su redacción, conocimiento y comprensión de sus efectos financieros, gracias precisamente a la intervención del fedatario público<sup>14</sup>.

Intervención que guarda similitud con la obligación que tiene el notario de cerciorarse de que quien se presenta en su oficina notarial con el deseo de otorgar testamento está capacitado para testar. Es evidente que corresponde a los jueces el control judicial del juicio de capacidad notarial, como lo es que ocurre exactamente lo mismo con la transparencia y el contenido de las condiciones generales de los contratos de adhesión; pero la sensación que se tiene al analizar el artículo 7 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 es que, si se hubiera cumplido todo lo previsto en dicho precepto, hubiera sido más difícil al Tribunal Supremo entrar al control de contenido de la cláusula suelo previa verificación de su falta de transparencia.

## 2. JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS EN VIRTUD DEL ASESORAMIENTO NOTARIAL

De hecho, los pronunciamientos judiciales en los cuales se rechaza la calificación como abusiva de una cláusula suelo en virtud de la intervención del Notario al formalizarse el contrato en escritura pública son minoría.

Podemos citar, en primer lugar, la SAP de Asturias de 2 de diciembre de 2014<sup>15</sup>, que advierte sobre la «presunción de veracidad de la constancia de la lectura por el notario de la escritura revela oportunidad real de conocer su contenido y la dicción de la cláusula suelo, bajo el enunciado destacado de «límite a la variación del tipo de interés aplicable, la cual «es legible y clara al fijar el tipo porcentual mínimo también destacado, por lo que en definitiva cabe entender superado el filtro de incorporación», ya que, al no ser consumidor el prestatario, no es necesario aplicar la rigurosidad de la exigencia de comprensibilidad real, propia del control de transparencia cuando el contratante tiene la condición de consumidor.

En puridad, hay un único fallo que estrictamente afirma la licitud de la cláusula suelo apoyándose en la intervención del notario: nos referimos a la SAP de Sevilla de 21 de abril de 2015<sup>16</sup>, en la cual se afirma que «la escritura de prés-

tamo hipotecario no solo cumple el control de incorporación, sino también el de transparencia propiamente dicha, ya que una vez que el Notario ha hecho reparar a los contratantes sobre la existencia de limitaciones al interés variable, teniendo en cuenta que tales limitaciones tienen una redacción sencilla, fácilmente comprensible para cualquier persona con una inteligencia normal y una preparación mínima», se puede concluir que «la actora conoció o pudo conocer con facilidad de dichas limitaciones y las consecuencias que para el préstamo tenían».

Estamos ante un pronunciamiento que rompe una lanza en toda regla a favor de la libertad contractual, y en contra de considerar que la transparencia —o falta de ella— pueda provocar el error de quien no tenga una formación jurídico-económica suficiente para entender por sí solo las cláusulas de un contrato prerredactado por los servicios jurídicos de un entidad financiera<sup>17</sup>.

¿Siempre las cláusulas suelo tienen una redacción sencilla y comprensible?  
¿Hasta qué punto el notario puede —o debe— ayudar a dicha comprensión por parte del prestatario consumidor?

### 3. JURISPRUDENCIA QUE NIEGA RELEVANCIA A LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

La mayoría de los fallos de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no comparten la visión optimista de la citada más arriba, e incluso hay divergencia entre Salas de la misma, ya que el AAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2015<sup>18</sup> confirma dos pronunciamientos anteriores<sup>19</sup> en los que se insiste en el carácter farragoso de la redacción de la cláusula, por lo que es bastante creíble que haya podido pasar desapercibida a la prestataria, o más bien que la misma no haya llegado a tomar conciencia de su incidencia en la economía real del contrato.

En primer lugar, podemos acudir al AAP de Cádiz de 24 de octubre de 2014<sup>20</sup>, para el cual la falta de transparencia de una cláusula suelo se produce a pesar de las comprobaciones y advertencias que hizo el notario autorizante relativa a la información a la parte prestataria; en la misma línea se pronuncian la SAP de Córdoba de 27 de enero de 2015<sup>21</sup>, para la que «no cabe pensar que la intervención del notario autorizante e incluso las advertencias que el mismo hizo en la misma pueda suplir el deber de información cumplida del real significado de esa estipulación que corresponde a la entidad financiera»<sup>22</sup>; y la SAP de Castellón de 29 de mayo de 2015<sup>23</sup>.

Si la intervención explicativa del notario no es suficiente para la comprensibilidad real de la cláusula suelo, mucho menos lo es, para otros órganos judiciales, la lectura del contrato por su parte. Así, el AAP de Barcelona de 20 de enero de 2015<sup>24</sup> afirma expresamente que «aunque en el momento de otorgamiento de la escritura se leyera la misma por el notario, y con ello el cliente tuviera conocimiento del límite contenido en la cláusula dicha, ello no basta, dada la importancia que presenta la información precontractual a la hora de formarse una opinión clara de las condiciones del contrato».

Pero será la STS de 24 de marzo de 2015<sup>25</sup> la que cierre el círculo sobre la irrelevancia de la función notarial al considerar que «la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada». ¿Por qué no puede ser un momento adecuado para que el consumidor reciba una adecuada información sobre el contenido y

alcance de las cláusulas del contrato que se dispone a firmar? En caso contrario, estaríamos vaciando el deber de documentar el contrato de préstamo hipotecario en escritura pública; sería un mero deber formal para permitir la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, en contra de la función informativa que la forma escrita del contrato —sea documento privado o documento público— tiene para el consumidor.

Además, dicha sentencia añade que «en todo caso, la intervención del notario podrá influir en el control de transparencia de la cláusula, no en el hecho de que haya sido impuesta por una de las partes», afirmación contradictoria a todas luces con la admisibilidad de las condiciones generales de contratación, ya que se está dando a entender que, aunque se superara el control de transparencia, la cláusula suelo merece un juicio negativo porque ha sido prerredactada por la entidad financiera... Entonces ¿dónde queda la premisa inicial de validez de las cláusulas suelo? Y no solo eso, sino que parece arrojarle una sombra de sospecha sobre toda cláusula no negociada individualmente, incompatible con la regulación de las mismas en la LCG en un primer instante —siguiendo a la LCU de 1984— y en el TRLGDCU con posterioridad.

#### 4. CONCLUSIÓN: LAS CLÁUSULAS SUELO PODÍAN SER TRANSPARENTES CUMPLIÉNDOSE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS

En todo caso, parece evidente que el notario tenía un papel esencial a jugar en la comprensión real por parte del consumidor del alcance jurídico y económico de las cláusulas contractuales que va a aceptar sin haber intervenido en su redacción, es decir, pudo influir en que finalmente las cláusulas sean transparentes.

Esa es precisamente la clave de bóveda de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 9 de septiembre de 2014<sup>26</sup>: la notaria ante la cual se firmó el contrato de préstamo hipotecario «hace constar que se han cumplido los requisitos de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en relación con la Circular 2/1994 de 22 de julio; entre ellas, que la entidad actora le exhibe la oferta vinculante a que hace referencia el artículo 5 de la citada Orden, con el contenido esencial del Anexo II, esto es, que ha especificado las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras», aseverando la notaria que «tales condiciones que se le anticiparon en la oferta a la hoy demandada coinciden con las financieras de la escritura»; y entre esas condiciones del Anexo II de la Orden Ministerial estaban las ya reseñadas del artículo 3 bis<sup>27</sup>.

Ahora bien, la propia Audiencia indica que con lo anterior «se ha dado por cumplido este primer filtro o control de incorporación», rebajando así el papel del notario a un mero verificador de la formalidad<sup>28</sup>, y no del entendimiento real por el consumidor de la cláusula suelo, que la Audiencia entiende que existe gracias a la redacción de la propia cláusula, que recoge en negrita el título de «límite a la variación de interés aplicable», así como en mayúsculas y en negrita el tanto por ciento que opera como suelo (cinco enteros y cincuenta centésimas por ciento).

Sin embargo, en la SAP de Teruel de 27 de mayo de 2014<sup>29</sup> —confirmada por la STS de 9 de marzo de 2017, ya citada— se señala que se verificó que la notario autorizante del contrato efectuó la advertencia legal a los contratantes sobre la cláusula de variación del tipo de interés, aceptada en uso de su autonomía negocial, ya que tanto la Audiencia como el TS entienden que la cláusula había sido negociada individualmente entre la oficina bancaria y los prestatarios,



por lo que no cabría nunca apreciar ni su falta de transparencia ni considerar su posible carácter abusivo.

La cuestión es ¿y si no hubiera sido negociada? ¿Bastaría con la explicación realizada por el notario a los prestatarios para apreciar la comprensión real y, por tanto, la transparencia de la cláusula?

La Audiencia Provincial de Sevilla pone el dedo en la llaga en su sentencia de 19 de mayo de 2016<sup>30</sup>: después de reconocer que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 resulta de aplicación a las cláusulas suelo, y de situar el problema en «conocer si el contrato de préstamo reúne dichos requisitos de transparencia», señala que «obviamente, cumplir los requisitos que impone dicha Orden le corresponde a las entidades crediticias, como dispone su artículo 1.º, pero entendemos que dicho cumplimiento ha de hacerse extensivo a vigilar que los terceros que intervengan, también los cumpla. Entre ellos, que el notario recoja las advertencias mencionadas, tanto al derecho de los prestatarios a examinar el proyecto de escritura o que ha renunciado a ello, y desde luego, entre otras, las referidas a los intereses variables». El problema se resuelve afirmando que «no se ha realizado la oportuna diligencia de comprobación por el notario», diligencia cuya existencia «es esencial y determinante para esa comprensión por parte del prestatario, que es la finalidad de ese doble control de transparencia a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013. Estamos ante un requisito esencial que la entidad crediticia debió exigir que se cumpliera por parte del notario, para conseguir una plena información por parte de los prestatarios», por lo que la cláusula suelo no supera ese control de transparencia, y debe declararse nula, a pesar de que se formalizara la oportuna oferta vinculante, «que sería un elemento más, pero no esencial y nuclear para considerar que se han cumplido los requisitos de transparencia».

*Sensu contrario*, si el notario hubiera cumplido con el deber que le impone el artículo 7.º de la Orden Ministerial, la cláusula suelo sí sería transparente, lo cual es admitido implícitamente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de junio de 2017<sup>31</sup>, que estima el recurso de casación presentado contra la SAP de Huelva de 9 de septiembre de 2014, antes citada, porque la entidad financiera no proporcionó a los prestatarios la información precontractual a la que estaba obligada —no se prueba dicha entrega, la oferta vinculante no se incorporó a la escritura pública del préstamo y el Banco aporta una realizada años antes a la firma del contrato—, de tal forma que «cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual».

Similares consideraciones se contienen en la STS de 24 de enero de 2018<sup>32</sup>, que resuelve el recurso de casación planteado contra la SAP de Sevilla de 21 de abril de 2015 a la que ya nos hemos referido. Si bien se reconoce que la cláusula cumple con las exigencias de incorporación, y está redactada en términos que resultan comprensibles por sí mismos, no supera el doble control de transparencia a pesar de que «el notario que autorizaba la escritura se cercioró de que en ese momento se informaba a la consumidora de la existencia de un límite por debajo a la variabilidad del interés, tal y como además aparece en el anexo I del contrato», dejando constancia de que «advirtió a la prestataria de la existencia del límite inferior al interés variable». ¿Por qué no se supera dicho control de transparencia? Porque, aunque «en ese momento la consumidora pudiera ser consciente de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo,

no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día», ya que la prestataria no recibió —según dice el TS, no hay constancia de su entrega— la información precontractual que le hubiera concedido ese margen de maniobra. «Bastaría que se acreditara que dicha información le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura» para que no hubiera duda «de la transparencia de la cláusula y, por lo tanto, no podría entrar a juzgarse sobre su carácter abusivo».

Pero ¿y cuál podría ser ese «mínimo periodo de tiempo»? En una sentencia publicada un par de meses antes, de 16 de noviembre de 2017<sup>33</sup>, se establece que la puesta a disposición de los prestatarios del proyecto de escritura tres días antes de la firma del contrato no colma el deber de transparencia<sup>34</sup>. Por tanto, el Tribunal Supremo no tiene más remedio que admitir que la cláusula suelo en sí misma es comprensible, y que los prestatarios sabían los riesgos que asumían al firmar el contrato, eso es, que ocurriera lo que nadie pensaba que iba a ocurrir antes de la crisis financiera de 2008: el desplome de los tipos de interés y por ende del Euribor, lo que provocó que se aplicara el suelo previsto en el contrato para determinar el interés variable.

En definitiva, siempre que las entidades financieras cumplieran con sus deberes previstos reglamentariamente —puesta a disposición del folleto informativo al principio del proceso de contratación, y entrega de la oferta vinculante cuando ya hay un interés serio en solicitar la concesión de un préstamo hipotecario—, y el notario hubiera actuado de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Notarial y en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 —y todo ello se pudiera acreditar—, las cláusulas suelo serían totalmente transparentes y no podrían haber sido declaradas abusivas<sup>35</sup>, ya que el prestatario habría firmado el contrato siendo consciente de los efectos económicos de la cláusula suelo, ejerciendo su libertad para comprometerse contractualmente aun cuando no haya negociado el contenido del contrato<sup>36</sup>.

Dicho lo anterior, ¿por qué no se han declarado transparentes y válidas las cláusulas suelo? Porque nuestro Alto Tribunal se ha acogido a la carga de la prueba del cumplimiento de los deberes de información precontractual, que corresponde a la entidad financiera en su condición de predisponente. Ya hemos visto que en unos casos, sí se acredita la intervención del notario ajustada a lo indicado en el artículo 7 de la Orden Ministerial de 1994, pero lo que no se llega a probar es la entrega de la oferta vinculante; y en otros, se minusvalora la intervención del notario, por lo que no se supera el control de transparencia y se abre la puerta al control de abusividad<sup>37</sup>.

Lo anterior explica que los únicos pronunciamientos claros de nuestro Tribunal Supremo a favor de la validez de la cláusula suelo hayan tenido lugar cuando han sido negociadas entre entidad financiera y prestatario, como es el caso de la sentencia de 9 de marzo de 2017 —excluyendo tanto el doble control de transparencia como el de contenido—, o cuando el adherente no tiene la condición de consumidor, exigiéndose solo superar el filtro de incorporación al contrato de la condición general predispuesta en la que se ha introducido la cláusula suelo. El fallo más reciente en este sentido es la STS de 7 de noviembre de 2017<sup>38</sup>, en la cual se rechaza la consideración como abusiva de una cláusula suelo porque uno de los prestatarios «no intervino en la contratación del préstamo hipotecario como consumidor, puesto que lo hizo en el marco de su actividad empresarial y precisamente para refinanciar unas deudas de tal naturaleza, con la finalidad de unificarlas y poder sobrellevar mejor las cuotas mensuales de amortización»<sup>39</sup>.

### III. LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPO- TECARIOS POSTERIOR A LA CRISIS

El desplome del Euribor tras estallar la crisis financiera —cuyo punto de ignición parece que puede situarse en la quiebra del gigante financiero LEHMAN BROTHERS en septiembre de 2008— provocó que el interés variable descendiera a cuotas inferiores a las cifras mínimas previstas en las cláusulas suelo, por lo que comenzaron a producirse los primeros pleitos al tener que decidirse sobre demandas de prestatarios que solicitaron la declaración como abusiva y, por ende, la nulidad de las cláusulas suelo. Si bien, como ya es conocido, el Tribunal Supremo no se pronunció por primera vez hasta mayo de 2013, ya con anterioridad era de dominio público la magnitud de la cuestión y la divergencia de criterio entre las diversas Audiencias Provinciales, lo que llevó al Gobierno a tener que responder ante la opinión pública, reforzando la protección del consumidor ante la supuesta práctica abusiva por parte de las entidades financieras.

#### 1. ORDEN EHA 2899/2011 DE 28 DE OCTUBRE

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 fue derogada por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que la sustituye en lo referente a la normativa de transparencia del préstamo hipotecario, diseñando unos requerimientos de información tanto de carácter precontractual como contractual, y reforzando específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios, como son las cláusulas suelo o techo, según se expresa en la Exposición de Motivos.

En efecto, además de seguir exigiendo la realización de una oferta vinculante (art. 23), a la hora de informar sobre el tipo de interés, «se especificará, asimismo, de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés», lo cual también deberá constar en la Ficha de Información Personalizada (FIPER).

En cuanto al papel de los Notarios ante los cuales se otorguen la escritura pública, según el artículo 30, estos «informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume; y en cualquier caso, deberá, si hay un tipo de interés variable, advertirle expresamente cuando se dé, entre otras, la circunstancia de «que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre

- Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
- Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

En definitiva, «el régimen de transparencia impuesto por la Orden EHA 2899/2011 es muy superior al de la OM de 5 de mayo de 1994»<sup>40</sup>.

A lo anterior hay que añadir las normas sobre transparencia que deben seguir quienes deseen ofrecer préstamos hipotecarios no siendo entidades financieras,

contenidas en una norma aprobada poco antes que la Orden EHA/2899/2011: la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, establece en su artículo 18 que los notarios deberán informar, entre otros extremos, del valor y alcance de los límites establecidos a la variación del tipo de interés<sup>41</sup>, lo cual suponía, en ese momento, transponer las normas de transparencia de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, si bien elevadas a rango de ley.

## 2. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

Todo lo anterior se traslada al artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo<sup>42</sup>, de medidas para reforzar la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios, cuya rúbrica es redundante al titularse «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios». Además, dicho precepto obliga a que en la escritura pública del contrato el prestatario acepte expresamente<sup>43</sup> haber sido adecuadamente advertido de los riesgos derivados del contrato, siempre que el prestatario sea una persona física, en la que la hipoteca recaiga sobre una vivienda —primera o segunda residencia, se entienda—, o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que se estipulen *límites a la variabilidad del tipo de interés*, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de la variabilidad al alza.

Estamos ante una típica actuación exagerada del legislador; si lo anteriormente vigente no ha sido suficiente —según el TS— para que realmente las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios sean transparentes, ahora el cliente debe indicar expresamente «a mano» —en una escritura redactada por un notario— que se ha enterado de lo que firma, lo cual permite adivinar una cierta desconfianza hacia el cumplimiento de los deberes por parte de los notarios<sup>44</sup> y hacia la capacidad de los clientes de comprender lo que le explique el notario.

## 3. PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Aprovechando que se debía incorporar a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, el Proyecto de Ley con el que el Gobierno pretende cumplir dicho deber —aunque tarde, como es costumbre en nuestro país—, introduce una serie de previsiones cuya finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria, completando y mejorando en el nivel legal el marco existente de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo<sup>45</sup>.

¿En qué consistirían dichas mejoras, en lo referente a cláusulas suelo? En concreto, se desea garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar. Esa información precontractual se canaliza a través de una Ficha de Advertencias estandarizadas (FIAE) —regulada en el artículo 12—, en la que se informará al prestatario de la existencia de las

cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos —entre otras—, una referencia, en su caso, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que (el tipo de interés aplicable) está referenciado; asimismo, en caso de tratarse de un préstamo a interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. Dicha Ficha, junto con la oferta vinculante, deberá entregarse con una antelación mínima de siete días naturales respecto a la firma del contrato.

Respecto a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la mejora apenas tiene lugar en el ámbito temporal: de tres días con los que contaba el consumidor para ver el proyecto de contrato en la Notaría se pasa a siete como mínimo; pero hay que recordar que la oferta vinculante —obligatoria— debía entregarse antes de que el prestatario acudiera a la Notaría, y que tenía un plazo de validez no inferior a 10 días, luego era posible que sí transcurriera una semana entre la entrega de la oferta vinculante —que contenía las cláusulas financieras del préstamo— y la firma del contrato.

En lo referente al papel del notario como garante del cumplimiento del principio de transparencia material, se prevé su intervención en dos momentos temporales diferentes, contemplados en el artículo 13. En primer lugar (núm. 2), el notario deberá levantar acta previa al otorgamiento de dicha escritura —como muy tarde, el día anterior al del otorgamiento de la escritura pública del préstamo (núm. 3)— de que la documentación precontractual se ha entregado con la antelación mínima exigida, de que el prestatario ha acudido a recibir el preceptivo asesoramiento personalizado, en concreto sobre la aplicación práctica de las cláusulas relativas al tipo de interés específicamente recogidas en la FIAE; y, por último, deberá incorporarse a dicha acta una manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, la documentación precontractual (núm. 2, letra d) —lo cual es redundante y superfluo, pues el notario ya lo ha indicado anteriormente; pueden los notarios volver a plantearse que se duda de la veracidad de sus afirmaciones—, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación, lo que supone establecer con carácter general lo ya dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Así pues, se impone al Notario el deber de acreditar la entrega por parte de la entidad financiera de la información precontractual, y de recabar la manifestación expresa del prestatario —sea consumidor o no, sean cuales sean sus conocimientos financieros— de que se ha enterado de los riesgos que asume, lo cual vuelve a introducir una sensación de que el asesoramiento del notario por sí solo no despeja todas las dudas acerca de la transparencia de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios.

En un segundo momento (núm. 6), el notario, cuando otorgue finalmente la escritura pública de préstamo, hará referencia expresa al acta al que nos acabamos de referir, así como la afirmación del notario *bajo su responsabilidad*, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo, lo que supone la puntilla para la desconfianza que el legislador tiene hacia la labor del Notario, como si la libertad contractual del prestatario no tuviera apenas valor. Entendemos que bastaría con que el Notario autorizante, en la propia escritura pública, acreditara la entrega de la información precontractual y la prestación del asesoramiento personalizado, para que se cumplieran los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para que las cláusulas

financieras de los préstamos hipotecarios suscritos por un consumidor superaran el doble control de transparencia, material y formal.

Ahora bien, si se prescinde del requisito formal de la acreditación de la prueba de la entrega de la documentación precontractual, lo anterior nos reafirma en que —como ya se ha comentado en relación con la STS de 24 de enero de 2018— las cláusulas suelo sí podían ser transparentes y eran lícitas, siempre que se hubieran cumplido las exigencias documentales de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y el notario hubiera actuado de acuerdo con lo estipulado tanto en el Reglamento Notarial como en la citada orden, dando fe de que el prestatario consumidor sabía cuáles eran las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula que introducía una cifra mínima para el componente variable del tipo de interés aplicable.

#### 4. UN PROBLEMA ANÁLOGO: LOS PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE VALORES

En la misma línea que lo ya previsto por la Ley 1/2013, de 14 de mayo —y por el Proyecto de Ley sobre créditos inmobiliarios—, la CNMV ha introducido como buena práctica —en su Circular 1/2018, de 12 de marzo<sup>46</sup>— en la adquisición de «productos financieros complejos» que no cuente con asesoramiento en materia de inversión, el deber a cargo de las entidades financieras de recabar de los clientes minoristas la firma de una expresión manuscrita por él mismo que dirá «Producto difícil de entender. La CNMV considera que, en general, no es conveniente para inversores minoristas», según lo establecido en el núm. 4 de la norma segunda de la Circular<sup>47</sup>. Según la Exposición de Motivos, al no haber asesoramiento —lo que sí ocurría en el caso de los préstamos hipotecarios, donde precisamente el notario cumple con esa función de asesoramiento jurídico y económico<sup>48</sup>—, sino que las entidades solo analizan los conocimientos y experiencia del potencial inversor —mediante los test de conveniencia e idoneidad—, la firma de dicha expresión manuscrita aseguraría el consentimiento informado y la efectividad de la protección a los clientes minoristas.

Por tanto, hay que entender que en esos casos los minoristas no podrán en el futuro solicitar la anulabilidad del contrato de adquisición del producto financiero por error en el consentimiento, ya que han sido advertidos de su complejidad y aun así han celebrado el contrato.

En definitiva, se supone que gracias a esas advertencias y aceptaciones manuscritas ni los prestatarios podrán impugnar una cláusula que fije un tope mínimo a la hora de determinar el interés variable de un préstamo hipotecario, ni los pequeños inversores podrán alegar vicios del consentimiento cuando adquieran productos financieros complejos como eran las participaciones preferentes<sup>49</sup> o son los *swap*<sup>50</sup>, cuando los reveses de la fortuna provoquen que el interés de referencia sea inferior al tope mínimo aceptado o los riesgos asumidos a cambio de una rentabilidad desmesurada se concreten en la pérdida casi total de la cantidad invertida<sup>51</sup>.

## IV. CONCLUSIONES

I. Salvo que se acreditara por el prestatario que se había efectuado una negociación a la hora de redactar la cláusula suelo en un contrato de préstamo

hipotecario, o porque el prestatario no tuviera la condición de consumidor, —o por sus conocimientos profesionales no pudiera alegar falta de experiencia en la contratación bancaria—, dicha cláusula ha sido declarada nula por falta de transparencia en la inmensa mayoría de las ocasiones en las que ha tenido que pronunciarse el Tribunal Supremo, aun reconociendo que estuviera redactada en términos que resultaran comprensibles para cualquier persona.

II. Siempre que se hubiera llevado a cabo por parte de las entidades financieras la información precontractual prevista en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y el notario autorizante del préstamo no se hubiera limitado a leer el contenido de la escritura, sino que actuara de acuerdo con lo indicado en la referida Orden y en el Reglamento Notarial, advirtiéndolo al prestatario de la existencia de un límite inferior para determinar el interés variable aplicable al contrato —y se pudiera acreditar ambas circunstancias—, la cláusula suelo no solo era comprensible, sino que debía de concluirse que superaba las exigencias del doble control de transparencia establecido en la STS de 9 de mayo de 2013.

III. Las exigencias de transparencia en la redacción de las cláusulas suelo recogidas en la normativa posterior al comienzo de la crisis financiera en 2008 —que provocó que el Euribor se desplomara por debajo de los límites inferiores del interés variable contemplados en los préstamos hipotecarios—, persiguen una verificación formal del conocimiento y comprensión de dichas cláusulas por parte de los clientes de las entidades financieras, mediante una expresión manuscrita de tal comprensión añadida a la firma de la propia escritura de préstamo, de modo similar a lo previsto para la comercialización de productos financieros complejos —v. gr., *swaps*— en la normativa reguladora del mercado de valores.

IV. Si finalmente se aprueba una nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, habrá que esperar a comprobar que el Tribunal Supremo bendiga los requisitos de transparencia material y formal contemplados sobre las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios, en el caso de que los consumidores aleguen que las cláusulas que determinen el cálculo del interés variable aplicable no pueden aplicarse atendiendo a sus conocimientos y experiencia en la contratación bancaria.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309)
- STJUE de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017, 31)

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857)
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)
- STS de 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660)
- STS de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845)
- STS de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 735)
- STS de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2306)
- STS de 5 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4764)
- STS de 13 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 21)

- STS de 20 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 926)
- STS de 9 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 977)
- ATS de 4 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 2121)
- STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509)
- STS de 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4763)
- STS de 16 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4859)
- STS de 14 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5167)
- STS de 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 182)
- STS de 2 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 63979)
- STS de 17 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 105260)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

- SAP de 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 32342)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

- AAP de Barcelona de 20 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 111694)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

- AAP de 24 de octubre de 2014 (*AC* 2015, 215)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

- SAP de Castellón de 29 de mayo de 2015 (*AC* 2015, 1174)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

- SAP de Córdoba de 27 de enero de 2015 (*AC* 2015, 421)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

- SAP de 9 de septiembre de 2014 (*JUR* 2015, 63236)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

- SAP de 21 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 173183)
- AAP de 3 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 58060)
- AAP de 3 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 58476)
- AAP de 30 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 58364)
- SAP de 19 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 225380)
- SAP de 2 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 309256)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL

- SAP de 27 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 185804)



## BIBLIOGRAFÍA

- CONTHE, M. (2015). Prólogo, José M.<sup>a</sup> López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, 7-9.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009), en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios del Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor: Aranzadi.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.<sup>a</sup> (2015). La contratación bancaria, en J. M.<sup>a</sup> López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, 187-240.
- (2015). El contrato de préstamo hipotecario, en J. M.<sup>a</sup> López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 241-358.
- NIETO CAROL, U. (2016). *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Cizur Menor: Aranzadi.
- ORDÁS ALONSO, M. (2014). *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Hospitalet de Llobregat: Bosch.

## NOTAS

<sup>1</sup> Fuente: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-98-de-marzo-de-por-ciento-de-las-mas-de-de-septiembre-de-000-sentencias-dictadas-en-2017-por-los-juzgados-especializados-en-clausulas-abusivas-fueron-favorables-al-cliente>

<sup>2</sup> TJCE 2016, 309.

<sup>3</sup> RJ 2013, 3088.

<sup>4</sup> Como es sabido, el Gobierno de España reaccionó a la publicación de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 aprobando el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, estableciendo un procedimiento extrajudicial de reclamación de los intereses a devolver por las entidades financieras en virtud de la nulidad de una cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario concertado por un consumidor.

<sup>5</sup> RJ 2015, 735.

<sup>6</sup> RJ 2017, 2121.

<sup>7</sup> TJCE 2017, 31.

<sup>8</sup> RJ 2017, 977.

<sup>9</sup> «Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos» (párrafo 255).

<sup>10</sup> RJ 2012, 8857.

<sup>11</sup> JUR 2014, 185804.

<sup>12</sup> Así ha fallado el TS en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5167), en la que se declara que no es abusiva la cláusula de cálculo del interés variable de los préstamos hipotecarios referenciada al IRPH, ya que es una cláusula transparente. En primer lugar, «gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible, y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo oficial fijado y controlado por el Banco de España»; y, en segundo lugar, «resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», por lo que «el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el referencial». Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con la cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

En nuestra opinión, y como se verá más adelante, ambas cláusulas son comprensibles para un consumidor medio; el factor que inclina la balanza a favor de la referencia al IRPH es que se trata de un tipo definido y regulado legalmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009), en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios del Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor: Aranzadi, 945— destaca que la transparencia de las condiciones generales de contratación es algo por lo que debe velar el notario de acuerdo con el artículo 148 del Reglamento Notarial, según el cual los instrumentos públicos deberán redactarse empleando «estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma».

<sup>14</sup> M. CONTHE —intérprete «autorizado», pues fue el redactor material de la Orden Ministerial de 1994 en cuanto Director General del Tesoro y Política Financiera—, indica que «no es descartable que algunos de los deudores hipotecarios que las pactaron padecieran un error esencial sobre tales cláusulas suelo y que, al autorizar la escritura, el notario no destacara su existencia», como exigía la Orden, y que «algunos deudores ni siquiera vieran la cláusula, a pesar de que su tipo de interés mínimo figuraba en negrilla»; pero opina que la STS de 9 mayo de 2013 se equivoca al calificar como factor de distorsión o señuelo el que los bancos cumplieran la Orden, y critica que considere tales cláusulas como no transparentes basándose en hechos ajenos a ellas [2015, «Prólogo», J. M.<sup>a</sup> López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Madrid: Bosch, 8].

<sup>15</sup> JUR 2015, 32342.

<sup>16</sup> JUR 2015, 173183 (Sala 5.<sup>a</sup>).

<sup>17</sup> Hay un segundo fallo de la misma Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 2 de mayo de 2017 (JUR 2017, 309256), que insiste en que en un préstamo hipotecario que incluye una cláusula suelo, dicha cláusula es «clara, concreta, sencilla; y desde el punto de vista de su contenido y redacción cumple los requisitos de transparencia y claridad. Otra cuestión es que en el proceso de contratación el prestatario haya comprendido el real alcance y efectos de la cláusula», lo cual en el supuesto enjuiciado queda fuera de toda duda, ya que uno de los prestatarios es el notario titular de la Notaría en la que se suscribió la escritura, por lo que tenía el deber de conocer las obligaciones que a los notarios impone la normativa vigente sobre la transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la obligación notarial de informar a los prestatarios de determinadas condiciones contractuales, especialmente de la existencia de límites a la variación del tipo de interés». Lógicamente, la Audiencia no tiene más remedio que concluir que «en este caso concurren las condiciones de transparencia en la contratación, y que los actores tuvieron la oportunidad de conocer y conocieron la existencia de la cláusula, y que comprendieron sus consecuencias y su repercusión jurídica y económica», luego la cláusula es perfectamente lícita.

<sup>18</sup> JUR 2016, 58364.

<sup>19</sup> AAP de 3 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 58060) y de 3 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 58476).

<sup>20</sup> AC 2015, 215.

<sup>21</sup> AC 2015, 421.

<sup>22</sup> Cita expresamente a la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660), que afirmó que «sin perjuicio de la importante función preventiva que los notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predisuelta, de forma que la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante, no suplen, por sí solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia».

<sup>23</sup> AC 2015, 1174.

<sup>24</sup> JUR 2015, 111694.

<sup>25</sup> RJ 2015, 845.

<sup>26</sup> JUR 2015, 63236.

<sup>27</sup> En el voto particular firmado por I. SANCHO GARGALLO a la STS de 8 de septiembre de 2014 —ya citada— se afirma que a la vista de la redacción y la presentación de la cláusula suelo en la oferta vinculante, esta «es extremadamente clara», pues en ella «se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo», por lo que se concluye que «las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo, y su simple lectura permitía comprender al consumidor las consecuencias económicas derivadas de su cargo».

<sup>28</sup> Algo ya previsto en el artículo 23.2 de la Ley de condiciones generales de la contratación de 2003, que señala que el notario ha de velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación de los artículos 5 y 7 de la propia Ley, como recuerda I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (*ibid*).

<sup>29</sup> JUR 2014, 185804.

<sup>30</sup> JUR 2016, 225380.

<sup>31</sup> RJ 2017, 2509.

<sup>32</sup> RJ 2018, 182.

<sup>33</sup> RJ 2017, 4899.

<sup>34</sup> Ese era precisamente el plazo mínimo que establecía el artículo 7.2 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

<sup>35</sup> Recordemos que la STS de 9 de marzo de 2017 reconoce que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo), y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia» (la cursiva es nuestra). LÓPEZ JIMÉNEZ se plantea si «es suficiente la lectura, explicación notarial y el asesoramiento que se brinda en el momento del otorgamiento del contrato ante notario a los efectos de la comprensibilidad real» de la cláusula suelo, para apostillar que, si bien la STS de 9 de mayo de 2013 parte de la validez de la cláusula suelo, «decreta, casi como si se tratara de una ley una falta de transparencia general en ellas sin distinguir aquellos casos en los que sí ha habido consciencia e información suficiente y la necesaria antelación en ella a través de ofertas vinculantes u otros cauces y por la labor informativa del notario, de aquellos en los que tal transparencia ha faltado» [2015, La contratación bancaria, en J. M.<sup>a</sup> López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Madrid: Bosch, 229].

<sup>36</sup> U. NIETO CAROL —*Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Ed. Aranzadi, 2016, 418— afirma, en relación a la STS de 9 de mayo de 2013, que el TS «se limita a considerar, lo que no me parece admisible, que el cumplimiento de la normativa de transparencia que, obviamente, es obligado, no sirve para la finalidad para la que fue aprobada; es decir, que el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual (entonces folleto informativo y oferta vinculante) o las advertencias y explicaciones del notario en el momento del otorgamiento, no valen para nada a efectos de la «transparencia» exigida por los magistrados de nuestro Alto Tribunal»; compartimos totalmente esta objeción a la línea jurisprudencial que se ha impuesto en relación con la validez de las cláusulas suelo.

<sup>37</sup> I. GONZÁLEZ PACANOWSKA comenta que «no parece, a la vista de la jurisprudencia, que el hecho de haberse celebrado el contrato con intervención de fedatario público sea en absoluto argumento decisivo, ni a favor del conocimiento, ni como obstáculo para la abusividad» (*ibid*). A favor de la falta de transparencia podría acudir al Informe del Defensor del Pueblo sobre la *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones propuestas del Defensor del Pueblo*, que «llama la atención sobre el gran número de quejas recibidas en las que se pone de manifiesto la disconformidad de los ciudadanos con la actuación de “algunos” notarios, porque consideran que no facilitan una información adecuada a la hora de proceder a la firma de préstamos hipotecarios, limitando su actuación a leer rápidamente la correspondiente escritura sin prestar ningún tipo de asistencia a los ciudadanos». La cita está tomada de ORDÁS ALONSO, M. (2014), *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 182.

<sup>38</sup> RJ 2017, 4763.

<sup>39</sup> En la misma línea, podemos citar, entre otros pronunciamientos, a la STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2306), en la que se rechaza calificar como abusiva la cláusula suelo de un préstamo hipotecario suscrito con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia, ya que no puede realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor; y a la STS de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 926), que contiene el mismo fallo respecto a un contrato firmado por una compañía mercantil para refinanciar deudas de la misma con otras entidades bancarias, reiterándose la improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, como es el caso. Se apostilla en ambas sentencias que «ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual», por lo que estamos en presencia de una opción legislativa —que podría cambiar, en línea de lo propuesto por F. J. ORDUÑA MORENO en un voto particular a la primera de las dos sentencias citadas— «que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores».

<sup>40</sup> NIETO CAROL, *cit.*, 409; en esa misma línea se pronuncia también LÓPEZ JIMÉNEZ, (2015), El contrato de préstamo hipotecario, en J. M.<sup>a</sup> López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 298.

<sup>41</sup> Para ORDÁS ALONSO —*cit.*, 181—, «la justificación del artículo 18 de la Ley 2/2009 y 30 de la Orden de 28 de octubre de 2011 se encuentra en el hecho de que el notario debe colaborar así en facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente va a celebrar, advirtiéndole expresamente del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas».

<sup>42</sup> Curiosamente, aprobada a los escasos cinco días de la primera STS que declaró nula una cláusula suelo ¿Coincidencia o casualidad?

<sup>43</sup> Sobre las objeciones a dicha expresión manuscrita, véase NIETO CAROL, *cit.*, 408.

<sup>44</sup> Para LÓPEZ JIMÉNEZ, si la STS de 9 de mayo de 2013 minusvaloró la intervención del notario con carácter general en el proceso de contratación, la imposición de la «expresión manuscrita» del artículo 6 de la Ley 1/2013 ha sido considerada en muchos ámbitos notariales como una verdadera humillación (*cit.*, 228).

<sup>45</sup> Se ha manejado el texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso de los Diputados y publicado en el BOCG el 17 de noviembre de 2017; en el momento de cerrar este trabajo, se está a la espera de tramitar las enmiendas parciales presentadas al Proyecto en la Comisión de Economía, Industria y Competitividad.

<sup>46</sup> Publicada en el BOE de 27 de marzo de 2018.

<sup>47</sup> Con anterioridad, la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma efectuada por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito —cuya finalidad era incorporar a nuestro ordenamiento interno la normativa MIFID— ya dispuso en su artículo 79 bis, apartado 7, que, cuando de acuerdo a la información obtenida en el test de conveniencia, una entidad financiera considerara que el producto o servicio de inversión no era adecuado para el cliente, debía de advertírselo; y se añadía que, en el caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo, «se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la CNMV, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo».

<sup>48</sup> En el caso de un contrato de permuta financiera, el TS consideró en su sentencia de 13 de enero de 2017 (RJ 2017, 21) que «tampoco la intervención notarial en alguno de esos contratos puede considerarse suficiente para considerar que los clientes fueron informados adecuadamente de la naturaleza, características y riesgos de los contratos *swap*», y advirtió que «no debe olvidarse que las obligaciones de información, en el elevado y exigente grado que exige la normativa del mercado de valores, se imponen a las empresas

que intervienen en el mercado de valores, y no a terceros intervinientes como pueden ser los fedatarios públicos».

<sup>49</sup> En la STS de 2 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 63979) se anula un contrato de adquisición de obligaciones subordinadas por existir un vicio del consentimiento en la contratación de un producto financiero complejo, al producirse un incumplimiento del deber de información a cargo de la entidad bancaria, ya que los clientes tenían un perfil inversor conservador y carentes de formación financiera para conocer el producto y los riesgos asociados a él.

<sup>50</sup> Por todas, puede citarse la STS de 5 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4764), en la que se declara nulo un contrato de permuta financiera de tipos de interés por vicio en el consentimiento. Se advierte que «el que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el *swap* contratado por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial, pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero».

<sup>51</sup> Y decimos que se supone porque la STS de 17 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 105260) echa por tierra dicho planteamiento al anular varios contratos de permuta financiera, a pesar de la previa realización de los test de conveniencia —no del de idoneidad— y de que se recogiera en los contratos la declaración manuscrita de los clientes minoristas de que han sido informados «de que la realización de esta operación no es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia», que eran prácticamente nulos. Para el TS, el cumplimiento de lo estipulado en la Ley del Mercado de Valores no exime a la entidad financiera del exacto cumplimiento de sus deberes de información precontractual sobre las características y riesgos del producto —como es evidente, se trata del mismo argumento utilizado en la STS de 24 de enero de 2018 para declarar abusiva una cláusula suelo, a pesar de que era comprensible y de que el notario había cumplido con sus obligaciones de advertir al prestatario de su existencia y trascendencia—, lo que no ocurrió en el caso. Sin embargo, uno de los magistrados se manifiesta en un voto particular en contra de la decisión mayoritaria de la Sala Primera, ya que opina que no existe error excusable en el consentimiento de quien contrata en las condiciones que lo hicieron los clientes minoristas, siendo conscientes de que el producto no era conveniente para ellos, por lo que el contrato no puede ser anulado ahora por el hecho de no haber obtenido resultados económicamente favorables. Esto último nos deja abierta la gran interrogante: si el Euríbor no se hubiera desplomado como lo hizo a partir de 2009 —lo cual era absolutamente imprevisible en el momento en que se firmaron los préstamos hipotecarios objeto de la litigiosidad comentada en estas páginas—, ¿las cláusulas suelo serían lícitas sin discusión?