

4. DERECHO BANCARIO

Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición de consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTs de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017

Retroactivity, res judicata, analysis of the consumer condition and fulfilment of the transparency scrutiny in cases of floor provisions according to the judgments of the Court of Justice of the European Union rendered on December 21st 2016, and the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on January 18th 2017, January 30th 2017, February 24th 2017, March 9th 2017 and April 4th 2017

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York

LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Tras la Sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 que declaró la nulidad de las cláusulas suelo abusivas, cinco temas han seguido suscitando especial polémica: la retroactividad, la imposibilidad de plantear acciones por el principio procesal de cosa juzgada, la posibilidad de revisar sentencias firmes por el reciente cambio jurisprudencial que ha habido, la condición de consumidor a efectos de aplicar el control de transparencia y la posibilidad de superar el examen de transparencia cuando concurren determinadas circunstancias.

Todas estas cuestiones se abordan en las resoluciones estudiadas para establecer de forma definitiva la retroactividad e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, así como rechazar la aplicación de la doctrina de la cosa juzgada por sentencias dictadas en procesos donde se ejercitan acciones colectivas a estos casos (STJUE de 21 de diciembre

de 2016 y STS de 24 de febrero de 2017). Sin perjuicio de lo anterior, en los pronunciamientos analizados también se precisa que no pueden revisarse sentencias firmes que no hayan concedido la retroactividad de los efectos de la nulidad como consecuencia del cambio jurisprudencial experimentado a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (ATS de 4 de abril de 2017).

Por otro lado, también se clarifica y se declara la posibilidad de que las cláusulas suelo no adolezcan necesariamente de falta de transparencia, y por ello, que tales cláusulas pueden ser válidas cuando no se enmascara el contenido de la provisión, se produce una negociación individual y el Notario informa expresamente al respecto (STS de 9 de marzo de 2017).

Finalmente en las citadas resoluciones también se matiza que el control de transparencia no resulta aplicable en los supuestos en que el préstamo no se ha suscrito por un consumidor, entendiéndose dentro de dichos casos la financiación concedida para la adquisición de locales que se destinan a la actividad empresarial o para refinanciar dicha actividad (SSTS de 18 y de 30 de enero de 2017).

ABSTRACT: After the nullity of the abusive floor clauses was declared by the Spanish Supreme Court in the judgment of May 9th 2013, five matters have kept controversial: the retroactivity effect of the nullity, the foreclosure to bring actions as a result of the res judicata procedural principle, the possibility to review final judgments beyond appeal as a consequence of the recent change in the caselaw, the consumer condition in order to apply the transparency test and the possibility to satisfy the transparency scrutiny under some circumstances.

All these topics are treated in the judgments that are studied in this article declaring definitively the retroactivity and the non-existent of a statute limitation for this nullity caused by the lack of transparency, as well as the rejection to apply the res judicata principle to these cases due to prior judgments rendered in relation to class actions (Judgments of the Court of Justice of European Union of December 21st 2016 and of the Spanish Supreme Court of February 24th 2017). Notwithstanding the above, the said judgments also establish that final judgments beyond appeal which did not grant the retroactivity cannot be reviewed as consequence of this caselaw change (Spanish Supreme Court resolution of April 4th 2017).

Additionally, they also clarify and declare the possibility that floor clauses may not necessarily lack of transparency, and consequently, that these provisions may be valid when they are not diluted among the text of the contract, there is an individual bargain in relation to the clauses of the loan and the public notary expressly informs on this matter (Spanish Supreme Court Judgment of March 9th 2017).

Finally the aforementioned judgments also set forth that the transparency scrutiny is not applicable to cases in which the loan has not been entered into by a consumer, being considered as one of these cases when the money is borrowed for the acquisition of real states that are used for an entrepreneurial activity or for refinancing the said activity (Judgments of the Spanish Supreme Court of 18th and 30th January 2017).

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Préstamo hipotecario. Control de transparencia. Consumidores. Condición abusiva. Cosa juzgada. Retroactividad. Revisión de sentencia. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

KEY WORDS: Floor clause. Mortgage loan. Transparency scrutiny. Consumers. Abusive condition. Res judicata. Retroactivity. Final judgments beyond appeal review. Spanish Supreme Court and Court of Justice of the European Union case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SENTENCIAS ESTUDIADAS EN EL ARTÍCULO: 1. IMPOSICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD A NIVEL EUROPEO: STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016: A. *Antecedentes de interés*. B. *Pronunciamientos destacados*. 2. RETROACTIVIDAD Y COSA JUZGADA EN ESPAÑA: STS DE 24 DE FEBRERO 2017: A. *Cuestiones fácticas y procesales*. B. *Doctrina relevante*. 3. SUPERACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN DETERMINADOS SUPUESTOS: STS DE 9 DE MARZO DE 2017: A. *Antecedentes*. B. *Aspectos doctrinales destacados*. 4. IMPROCEDENCIA DE REVISAR SENTENCIAS FIRMES POR EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD: ATS DE 4 DE ABRIL DE 2017: A. *Íter procesal*. B. *Pronunciamientos de interés*. 5. CONSIDERACIÓN DE CONSUMIDOR A EFECTOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA: SSTs DE 18 Y DE 30 DE ENERO DE 2017: A. *STS de 18 de enero de 2017*. B. *STS de 30 de enero de 2017*.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Como señala la propia STS de 9 de mayo de 2013¹, el uso de cláusulas suelo ha sido consentido durante años sin controversia alguna. Por esa razón habitualmente no se trataba su posible validez dentro la doctrina². Posteriormente, tras la aplicación generalizada de esta cláusula y la bajada de los tipos de interés se inició la controversia y la litigación masiva, que originó una jurisprudencia menor contradictoria respecto a numerosos aspectos relacionados con este tipo de provisión, su aplicación y su posible nulidad³.

Tras la citada resolución algunas cuestiones de relevancia para los litigios que versan sobre la validez de las cláusulas suelo han permanecido indefinidas por el Alto Tribunal, lo que ha generado posicionamientos dispares entre la jurisprudencia menor y la doctrina.

Dentro de tales aspectos que han continuado siendo contravertidos se encuentran la irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo por la falta de superación del control de transparencia, el posible efecto de cosa juzgada por las resoluciones que ventilaban procesos iniciados por acciones colectivas, así como la posibilidad de revisión de las sentencias firmes en las que se ha aplicado la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia de total retroactividad de los efectos de la nulidad y la consideración de consumidor y sus consecuencias en relación con la aplicación del examen de transparencia.

Todos estos temas se abordan y se resuelven en los pronunciamientos judiciales que son estudiados en este trabajo con la finalidad de intentar analizar y extraer las principales conclusiones de las últimas resoluciones importantes que han recaído en la materia.

II. SENTENCIAS ESTUDIADAS EN EL ARTÍCULO

1. IMPOSICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD A NIVEL EUROPEO: STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

Había gran expectación sobre el pronunciamiento del Tribunal Europeo que iba a resolver la cuestión de la retroactividad de la nulidad⁴, ya que el Tribunal Supremo español se ha habido mantenido inflexible⁵ al respecto, a pesar de las grandes críticas doctrinales⁶ recibidas e incluso del posicionamiento contrario

de algunas Audiencias Provinciales^{7, 8}. Esta sentencia impone la retroactividad con base en el Derecho Europeo, lo que ha permitido a la doctrina profundizar en la situación y evolución del control de transparencia⁹ de la cláusula suelo¹⁰.

A. Antecedentes de interés

Esta sentencia tiene su origen en la resolución de varias cuestiones prejudiciales planteadas sobre la interpretación de los artículos 6 y 7¹¹ de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 en el marco de tres procesos judiciales españoles en los que se dilucidaba la transparencia de cláusulas suelo de préstamos suscritos entre consumidores y entidades financieras, así como la procedencia de la restitución de cantidades abonadas en aplicación de la referida estipulación abusiva¹². En dichas cuestiones prejudiciales se inquiría fundamentalmente sobre la compatibilidad de la jurisprudencia española que establecía los efectos no retroactivos y los citados preceptos de la normativa de la Unión Europea.

B. Pronunciamientos destacados

Como no podía ser de otra forma para que se pudiera dictar esta resolución con la doctrina que contiene, el Tribunal europeo declara su competencia al entender que como consecuencia de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión Europea, él es el único autorizado para determinar las limitaciones en el tiempo relativas a su aplicación¹³. En este sentido, se precisa que no se trata de una restricción por preclusión de plazos de ejercicio de acciones (que sí considera que se podría establecer a nivel nacional¹⁴) y que el examen del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del negocio jurídico sin que el consumidor haya dispuesto de la información necesaria con carácter previo a la contratación se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Directiva¹⁵. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente porque se está dilucidando la aplicación temporal de una normativa europea de protección de consumidores frente a cláusulas abusivas.

El citado Tribunal, tras efectuar las precisiones comentadas y matizar que la protección del consumidor no es absoluta¹⁶, declara con rotundidad respecto a la jurisprudencia española que establecía la improcedencia de la retroacción anterior al 9 de mayo de 2013:

«Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, 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 la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.

De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de

préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las Sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Por lo tanto, la principal conclusión que se extrae de esta resolución es que la irretroactividad postulada por la jurisprudencia del Alto Tribunal español no puede seguirse aplicando, debiendo condenar a la restitución de todas las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores¹⁸ postulan consecuencias jurídicas adicionales a la comentada:

- a) El control de transparencia aplicable es el mismo tanto para las condiciones que regulan elementos esenciales (como es el caso del suelo por estar relacionado con el precio) como las referentes a otros aspectos.
- b) Las consecuencias de una nulidad originada por el incumplimiento de la Directiva *ex tunc* porque así lo establece la Directiva, sin que los Estados Miembros puedan modificar los efectos jurídicos de esa nulidad. Aunque en este sentido, se plantea que el TJUE¹⁹ haya podido extralimitarse en sus funciones.
- c) Se reitera la primacía y competencias de los tribunales europeos.
- d) Uno de los pocos límites que tiene la protección de los consumidores a este respecto es el efecto de la cosa juzgada, que es precisamente el que ha fijado recientemente el Tribunal Supremo español (tal y como se comenta en este trabajo)²⁰.

A su vez, se plantean cuestiones que el citado pronunciamiento no ha resuelto, proponiendo soluciones concretas para algunas de ellas²¹:

- a) La sentencia del TJUE no se pronuncia sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado español por la infracción del Derecho de la Unión

Europea, pero la doctrina estima que no procedería por no estar el incumplimiento suficientemente caracterizado y porque no hay un reconocimiento expreso de un error judicial (si es que pudiera considerarse como tal la doctrina mantenida anteriormente por el Tribunal Supremo español).

- b) No se dilucida ni profundiza en las nociones de graves trastornos económicos o la buena fe de los círculos interesados que podrían operar conforme a la jurisprudencia previa del TJUE²² como posibles límites a la retroactividad de los efectos.
- c) No se aborda la asociación directa entre abusividad y falta de transparencia. Según CÁMARA LAPUENTE el Tribunal Supremo sostiene que procede declarar directamente la abusividad ante la falta de transparencia, el TJUE no se posiciona claramente y el citado autor postula que procede declarar la no incorporación²³.

Por consiguiente, aunque la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha resuelto la polémica sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo que no superen el test de transparencia, parece que hay determinados aspectos importantes en esta materia que todavía necesitan aclaración por parte de los tribunales.

2. RETROACTIVIDAD Y COSA JUZGADA EN ESPAÑA: STS DE 24 DE FEBRERO 2017

Esta resolución judicial es relevante porque el pleno de la Sala Primera del Alto Tribunal ratifica e incorpora la doctrina de la previamente estudiada STJUE de 21 de diciembre de 2016²⁴, adaptando la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en la materia, que establecía la improcedencia de la retroactividad de los efectos de la nulidad con anterioridad a la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013²⁵. Este criterio sobre la retroactividad sin límites temporales ha sido aplicado posteriormente por las Audiencias Provinciales²⁶. Además la sentencia aborda otras cuestiones relevantes como la inexistencia de cosa juzgada material por las sentencias recaídas en casos de acciones colectivas^{27, 28}.

A. Cuestiones fácticas y procesales

El origen de la controversia radica en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado ante Notario el 27 de mayo de 2005 por importe de 283.000 euros. El plazo de devolución era 30 años²⁹.

El contrato litigioso establecía un interés fijo del 3% durante el primer año del préstamo y un interés variable del Euribor más 0,55 puntos para el resto del tiempo de duración pactado. Además, la cláusula tercera bis, apartado f) del referido negocio jurídico señalaba³⁰:

«Las condiciones de interés variable de esta operación se han de pactar entre prestataria y prestador con el condicionante aceptado expresamente por la primera, que el tipo de interés que resulte de la revisión no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3% del nominal anual».

A fecha de presentación de la demanda el actor abonó como consecuencia de la aplicación de la mentada cláusula la cantidad de 5.485,77 euros³¹.

Se instó por el demandante (una persona física) en el 2010 a que se eliminara la cláusula suelo, pero la entidad financiera no accedió³².

Esto motivó la interposición de la demanda en marzo de 2012, solicitando la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de su aplicación³³.

Tras la contestación a la demanda se dictó la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda³⁴.

Dicha resolución fue recurrida por la parte actora, siendo estimado el recurso por la Audiencia Provincial, que declaraba la nulidad de la cláusula suelo y condenaba a la devolución de todas cantidades abonadas en virtud de la provisión anulada. A estos efectos la sentencia de segunda instancia consideró: (i) no surte efecto de cosa juzgada material la resolución del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 porque en la disputa se ejercita una acción individual y no una colectiva, (ii) las circunstancias de la controversia no son similares a los trastornos graves con trascendencia en el orden público económico descritos en la STS de 9 de mayo de 2013, (iii) procede la aplicación de la devolución íntegra de las cantidades abonadas al amparo del artículo 1303 del Código Civil³⁵.

El banco interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del artículo 1303 del Código Civil en relación con el artículo 9.3 del Código Civil, al contravenir la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la improcedencia de la retroactividad de los efectos con anterioridad a 9 de mayo de 2013³⁶.

Tras dictarse la STJUE de 21 de diciembre de 2016, se concedió un trámite de alegaciones a las partes, el cual fue aprovechado por la entidad financiera, para plantear con carácter subsidiario, la improcedencia del pago de los intereses legales de las cantidades cobradas que deban ser restituidas al consumidor³⁷.

B. Doctrina relevante

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, entendiendo que los jueces nacionales deben salvaguardar la efectividad y primacía del Derecho de la Unión Europea, teniendo las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea eficacia *erga omnes ex tunc*³⁸.

En virtud de lo anterior, declara que «la jurisprudencia de esta Sala» «ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión»³⁹, que ha considerado que⁴⁰:

«a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y 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 en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE».

Por lo tanto, esta sentencia refleja la rectificación del criterio anteriormente mantenido por el Tribunal Supremo, para ajustarse al posicionamiento previamente expuesto de la STJUE de 21 de diciembre de 2016⁴¹.

A su vez, el Alto Tribunal descarta la existencia de cosa juzgada entre las acciones individuales de los pleitos que se están iniciando y las resoluciones que han resuelto litigios en los que se han ejercitado acciones colectivas como la STS de 9 de mayo de 2013 porque no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes⁴² y porque en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia del principio de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados⁴³.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que la reciente STS de 8 de junio de 2017⁴⁴ declara que las sentencias que estiman acciones colectivas deben traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de las cláusulas suelo litigiosas, la regla general deba ser que el Juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en la sentencia que resolvió la acción colectiva, salvo cuando en el litigio consten circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o la información suministrada por la entidad financiera. Consecuentemente, las resoluciones previas provenientes de acciones colectivas no vedan ni limitan la posibilidad de declarar abusivas las estipulaciones suelo respecto a posteriores pleitos donde se ventilan acciones individuales. Únicamente permiten al Juez del posterior pleito declarar su nulidad por los motivos expuestos en la sentencia que resolvió la acción colectiva.

Asimismo resulta de interés que el Tribunal Supremo, a la hora de resolver la pretensión subsidiaria de la entidad financiera antes señalada⁴⁵, declare la procedencia de abonar el interés legal de las cantidades que deban devolverse en virtud de la nulidad de la cláusula. Aunque la desestimación se produce por una cuestión procesal, y aparentemente el pronunciamiento de fondo se trata de un *obiter dicta*, este es especialmente claro puesto que el Tribunal Supremo indica⁴⁶:

«La desestimación del único motivo de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse. No solo porque en estos casos de nulidad, conforme al artículo 1303 del Código Civil, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, Sentencia de esta Sala 734/2016, de 20 de diciembre), sino fundamentalmente porque se trata de una cuestión nueva planteada en el mencionado escrito de alegaciones, que no fue incluida como motivo de casación, pudiéndolo haber sido».

3. SUPERACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN DETERMINADOS SUPUESTOS: STS DE 9 DE MARZO DE 2017

Esta resolución ha sido objeto de múltiples comentarios⁴⁷ por resultar la primera del Alto Tribunal que, aplicando el examen de transparencia anteriormente establecido en su jurisprudencia⁴⁸, alcanza la conclusión que la cláusula no es nula por haber superado los requisitos establecidos en el mismo. Por consiguiente, esta sentencia que ha sido dictada por el pleno de la Sala Primera es de utilidad para saber qué aspectos son relevantes para superar el referido control de transparencia.

A. Antecedentes

Los hechos que la resolución declara como acreditados en la instancia son⁴⁹:

1. El 14 de julio de 2009 las personas físicas que interpusieron la demanda suscribieron con una entidad financiera un contrato de préstamo con garantía

hipotecaria por un importe de 270.000 euros. La devolución del préstamo estaba fraccionada en cuotas mensuales, la última de las cuales vencía en el año 2039.

2. El contrato se instrumentó en escritura pública. En la cláusula TERCERA bis del contrato se indicaba que el interés pactado era la suma del interés de referencia y el diferencial. A continuación, después de la explicación de cómo se identificaba el tipo de interés de referencia, había otra provisión que rezaba:

«TERCERA Bis. Dos- LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores no podrá ser, en ningún caso superior al 8,00 por ciento nominal anual, ni inferior al 3,00 por ciento anual».

Las referidas personas naturales interpusieron demanda en la que instaban la nulidad de la cláusula reproducida, alegando que se trataba de una condición general predispuesta por la entidad financiera, en la que había una falta de reciprocidad y equilibrio entre las contraprestaciones, ya que limitaba la variabilidad a la baja del interés en beneficio del banco y fijaba un techo inalcanzable. La nulidad también se fundaba en la falta de transparencia y de información conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su STS de 9 de mayo de 2013⁵⁰.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, declarando que la cláusula litigiosa superaba el control de transparencia con base en⁵¹:

- La configuración de la provisión contractual, habiendo sido redactada en la misma fuente de letra que el resto de cláusulas y los porcentajes se destacaban en negrita.
- Los actores negociaron la cláusula suelo.
- Unos cuadros similares de amortizando que reflejaban necesariamente la activación del suelo del 3% fueron entregados a los demandantes.
- El notario público les informó de las condiciones del préstamo, y en particular, de la cláusula suelo.

Los actores recurrieron en apelación, siendo desestimado el mismo por la Audiencia Provincial al entender que se cumplen los requisitos del control de transparencia con la siguiente argumentación⁵²:

- *«No se enmascara en el contrato diluyendo la atención del contratante entre otras, 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 aparecería resaltada en negrilla».*
- *«Existe(n) en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada, hasta el punto de que la misma aplicó un «suelo» inferior al tipo usual aplicado por dicha entidad, como así ha puesto de manifiesto por la declaración de la persona que negoció el préstamo, por las comunicaciones documentadas entre esta y la entidad matriz, al objeto de solicitar autorización para modificar las condiciones contractuales, y por las declaraciones en el acto del juicio de la Notaria autorizante del contrato, que expresamente reconoció la advertencia legal a los contratantes sobre la cláusula de variación del tipo de interés».*
- *«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».*

Ante dicho pronunciamiento judicial los demandantes interpusieron recurso de casación alegando la infracción de la jurisprudencia contenida en la STS de 9 de mayo de 2013, y en concreto, los parámetros fijados por dicha sentencia para realizar el test de transparencia⁵³.

B. Aspectos doctrinales destacados

La resolución analizada desestima el recurso de casación de interpuesto. A estos efectos es interesante recordar que no se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal por lo que no cabía variar la valoración probatoria realizada en la instancia⁵⁴, que era especialmente desfavorable para considerar que la inclusión de la cláusula fue sorpresiva al estar oculta entre una profusión de estipulaciones financieras y sin información suficiente sobre la provisión del suelo y sus consecuencias económicas y jurídicas⁵⁵. De hecho, el propio Alto Tribunal señala en este sentido que tales hechos *«muestran claramente que el prestatario conocía la existencia y el alcance de la cláusula suelo litigiosa, incluso se afirma que fue negociada individualmente»*⁵⁶.

A este respecto el Tribunal Supremo recuerda que la valoración probatoria sobre el cumplimiento de los requisitos del test de transparencia no se ciñe exclusivamente al contrato o la oferta previa vinculante, sino que puede abarcar otros medios probatorios como la labor del Notario en la instrumentalización del contrato, que permitan acreditar que el suelo no pasó inadvertido para el consumidor y que este estuvo en condiciones de poderse percatar de la carga económica y jurídica de tal cláusula⁵⁷. Este posicionamiento de hecho ha sido interpretado por algún sector doctrinal, por en teoría distanciarse de un control abstracto limitado a la documentación contractual (y supuestamente no haber tenido en cuenta el resto del clausulado para valorar si efectivamente las cláusulas estaban inmersas en una abrumadora cantidad de datos que dificultara su conocimiento) y aproximarse a una especie de acción de anulabilidad por error en el consentimiento en que se evalúa la excusabilidad de la falta de conocimiento⁵⁸. En concreto, AGÜERO ORTIZ comenta que esta sentencia *«recupera la configuración del control de transparencia original, en tanto que requisito previo para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio y no como equivalente de abusividad en sí misma»*, produciéndose *«un salto cualitativo respecto al contenido del control acercándolo, más aún, a la figura del error en el consentimiento»*⁵⁹. Un criterio similar puede apreciarse en la STS de 8 de junio de 2017 al aludir al perfil del cliente para determinar los efectos de las sentencias dictadas en pleitos de acciones colectivas en los casos particulares.

Aunque las conclusiones de esta corriente doctrinal pueden no resultar indubitadas. En este sentido no conviene olvidar que entre los hechos declarados probados en la instancia se encuentran que el suelo no estaba enmascarado (lo cual hace presuponer que el resto del clausulado ha sido tenido en cuenta), que expresamente se alude a que la cláusula tercera que regula el tipo de interés y que es anterior a la provisión sobre el suelo, que la valoración conjunta de las circunstancias y de la prueba del caso concreto sí fue postulada anteriormente por el Tribunal Supremo como criterio del test de transparencia y que aparentemente la posibilidad de conocimiento de la carga económica y jurídica de la cláusula suelo por el consumidor siempre ha sido un aspecto esencial del control de transparencia establecido por la doctrina del Alto Tribunal.

Por ello, ante los hechos declarados probados en la instancia sobre la falta de ocultación de la estipulación, la negociación individual y la advertencia expresa del Notario⁶⁰, el Tribunal Supremo confirma el pronunciamiento de la Audiencia Provincial al estimar que se satisfacen los requisitos del examen de transparencia, que deben ser analizados en cada caso, atendiendo al conjunto del material probatorio, teniendo en cuenta de que no se trata de una lista exhaustiva y que la presencia aislada de alguna de las circunstancias mencionadas en la STS de 9 de mayo de 2013 puede ser suficiente para que se considere que la provisión del suelo no es transparente⁶¹.

Consecuentemente esta resolución del Alto Tribunal evidencia que no todas las cláusulas suelo son nulas por no superar el test de transparencia, y que la redacción, el uso de negrillas⁶² y la configuración del suelo, así como su negociación individual, el aviso expreso del Notario y la simulación con el funcionamiento expreso del suelo (según los hechos declarados probados en la instancia), pueden permitir en el caso concreto sostener que la particular estipulación es transparente y válida. Algunas sentencias de Audiencias Provinciales parecen seguir implícitamente este criterio al exigir la acreditación de la existencia de una fase precontractual definiendo las condiciones, de forma clara y precisa, e informando del significado y consecuencias⁶³. Otras resoluciones de la jurisprudencia menor directamente citan y reproducen este pronunciamiento dentro de su *ratio decidendi*⁶⁴.

Además, como señala alguna autora⁶⁵, esta sentencia apunta en un pronunciamiento *obiter dicta* que el control de transparencia sobre las cláusulas suelo no puede aplicarse en supuestos en los que se ha producido una negociación de la cláusula, al no tratarse entonces de una condición general de la contratación. Así la resolución dice expresamente⁶⁶: *«este hecho declarado probado por la Audiencia (que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada) hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencia sobre las cláusulas abusivas, al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa»*.

No obstante, este posicionamiento podría interpretarse que resulta algo contradictorio con el criterio mantenido en las SSTS de 18 de enero de 2017 y de 30 de enero de 2017, en las que se sostiene que no procede aplicar el control de transparencia en casos en los que los préstamos con cláusulas suelo contienen condiciones generales de la contratación pero no han sido suscritos por consumidores. En efecto, si la protección deriva de la normativa de condiciones generales de la contratación siendo relevante al respecto la negociación individual de la correspondiente provisión, puede parecer inconsistente supeditar la referida protección a la condición de consumidor conforme a otra normativa.

4. IMPROCEDENCIA DE REVISAR SENTENCIAS FIRMES POR EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD: ATS DE 4 DE ABRIL DE 2017

Este pronunciamiento es de especial interés porque el pleno de la Sala Primera del Alto Tribunal descarta una pretensión surgida con motivo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: la posibilidad de revisar sentencias firmes con motivo de la incompatibilidad de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo recaída en la materia con la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nótese que conforme a la STS de 24 de febrero de 2017, no parece vedada la posibilidad de incorporar la nueva doctrina del TJUE en los procesos judiciales que siguen en trámite, ya que en esa ocasión el propio Alto Tribunal concedió un trámite de alegaciones a las partes sobre el asunto y modificó su criterio anterior en la materia⁶⁷. Dicha actuación procesal en un proceso abierto sin sentencia firme permite sortear en gran medida, sino totalmente, los obstáculos procesales que indica el Tribunal Supremo en este auto para proceder a la revisión que permitiría aplicar el nuevo criterio asentado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 al caso concreto (siempre que no haya recaído una resolución firme en el correspondiente proceso).

A. Íter procesal

En este caso los hechos no son particularmente relevantes, ya que lo se plantea y lo que se resuelven son cuestiones procesales.

El proceso se inició con la interposición de la demanda por dos personas físicas en el año 2015, por la que se solicitaba que se declarara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario que habían concluido con el banco demandado, instando a su vez a que se condenara a devolver todo lo cobrado indebidamente en virtud de dichas provisiones⁶⁸.

La demanda se estimó parcialmente en primera instancia, declarando la nulidad de las estipulaciones solicitadas, pero únicamente condenando a devolver las cantidades abonadas en virtud del suelo del préstamo a partir del 9 de mayo de 2013⁶⁹.

Al no recurrirse, la sentencia adquirió firmeza el 2 de diciembre de 2016⁷⁰. Posteriormente, el 18 de enero de 2017, los actores presentaron ante el Alto Tribunal demanda de revisión de la resolución firme, alegando que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicada por el juzgado de primera instancia para estimar parcialmente la demanda se opone al Derecho de la Unión Europea. Según los demandantes conforme a la referida STJUE de 21 de diciembre de 2016 debe procederse a abonar todas las cantidades pagadas en virtud de la cláusula suelo anulada. La revisión se solicitaba al amparo del artículo 510.1.1.º de la LEC⁷¹, con base en la supuesta obtención de un documento decisivo del que no se pudo disponer cuando se dictó la sentencia de primera instancia.

B. Pronunciamientos de interés

Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para desestimar la solicitud de revisión son:

1. Una sentencia posterior no tiene la consideración de «documento recobrado» a efectos de permitir una revisión al amparo del 510.1.1.º de la LEC⁷². Siguiendo jurisprudencia suya anterior⁷³, entiende que la citada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no satisface el requisito de no haberse podido disponer antes por causa de fuerza mayor o actuación de la otra parte, puesto que nos encontramos ante un supuesto de mera inexistencia previa⁷⁴.

2. Aunque la STJUE de 21 de diciembre de 2016 establezca una doctrina incompatible con la contenida en el pronunciamiento judicial objeto de revisión, no procede su revisión por cuanto i) ha de prevalecer el efecto de cosa juzgada de la resolución judicial firme por el valor de la seguridad jurídica⁷⁵, ii) el Derecho

de la Unión Europea no impone la revisión de las sentencias firmes cuando tal posibilidad no está contemplada en la regulación procesal nacional⁷⁶, iii) la no revisión en este caso no vulnera los principios de equivalencia y efectividad⁷⁷, iv) el Ordenamiento jurídico español no contiene una previsión legal que permita revisar una resolución judicial porque con posterioridad se haya dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una sentencia que sea incompatible con el pronunciamiento judicial nacional devenido firme⁷⁸, v) no puede extenderse la posibilidad prevista en el precepto 510.2 de la LEC para sentencias del TEDH a casos del TJUE porque el legislador así no lo ha regulado teniendo posibilidad de hacerlo y porque la justificación de la reforma que posibilitó la mencionada revisión radica en la salvaguarda de los derechos fundamentales⁷⁹. Aunque en este caso podría argumentarse que también podrían verse afectados derechos fundamentales como el de la igualdad (se recibe diferente trato ante el mismo supuesto) o tutela judicial efectiva (al no poderse ni siquiera examinar la revisión de una sentencia que aplica una doctrina que ha sido revocada por un tribunal superior).

Por lo tanto, la resolución analizada veda la posibilidad a que se puedan revisar las sentencias firmes que no hayan condenado a abonar todas las cantidades cobradas en virtud de una cláusula suelo con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en diversas sentencias como las STSS de 9 de mayo de 2013, de 25 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015. En este sentido hay que resaltar que este posicionamiento ha sido mantenido posteriormente por los AATS de 19 de abril de 2017, de 10 de mayo de 2017 y de 31 de mayo de 2017.

5. CONSIDERACIÓN DE CONSUMIDOR A EFECTOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA: SSTS DE 18 Y 30 DE ENERO DE 2017

La posible aplicación del examen de transparencia a supuestos de préstamos suscritos por no consumidores, o más concretamente, por personas jurídicas dentro del ámbito más o menos claro o directo de su actividad empresarial ha resultado polémica⁸⁰. A este respecto había pronunciamientos jurisprudenciales que dispensaban la referida protección a adherentes no consumidores⁸¹ y otros que no⁸². La tendencia mayoritaria era esta última y la cuestión parecería resolverse en gran medida mediante la STS de 3 de junio de 2016 que se manifestaba claramente en contra de aplicar el mencionado régimen a casos en los que no se adherían consumidores⁸³, excepto en los casos en que las condiciones generales son contrarias a la buena fe y causan un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. No obstante, se han seguido dictado resoluciones contrarias a los postulados mantenidos en la STS de 3 de junio de 2016, como la SAP de Logroño, Sec. 1.ª, de 15 de julio de 2016. Las dos sentencias estudiadas ratifican y profundizan el criterio sostenido en la STS de 3 de junio de 2016 sobre el concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia. De ahí el interés de abordar su estudio en este trabajo. Ambos pronunciamientos tienen supuestos de hecho y antecedentes relativamente similares⁸⁴. Por eso el análisis de este artículo se centrará en la doctrina contenida en las sentencias comentadas.

A. STS de 18 de enero de 2017

Este pronunciamiento judicial resuelve un recurso de casación sobre la consideración de consumidor y la aplicación del test de transparencia con su co-

respondiente protección, aunque los demandantes no gocen de dicha condición conforme a la normativa aplicable⁸⁵.

En este caso los actores eran tres personas físicas que habían celebrado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar la compra de un local destinado a oficina⁸⁶.

Tras aclarar que resulta de aplicación la normativa anterior de consumidores y usuarios por la fecha de suscripción del contrato⁸⁷ (aspecto que a veces no se repara y que puede tener su incidencia), la sentencia declara⁸⁸:

«Por lo que resulta claro que si el local cuyo precio se financiaba con el préstamo y que ofrecía como garantía hipotecaria iba a ser dedicado a oficina, la intervención de los adquirentes no era como consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional. Sin que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato».

Consecuentemente, de este pronunciamiento se infiere que (aunque algunos de estos aspectos son claros a la luz de normativa y la jurisprudencia): i) las personas físicas pueden no considerarse consumidores cuando actúan dentro de un ámbito profesional o empresarial, ii) lo relevante para determinar el estatus de consumidor es la finalidad de la financiación y no sus condiciones subjetivas⁸⁹, que debe determinarse en el momento de concesión del préstamo. Por lo tanto, posibles cambios posteriores de uso no son relevantes a estos efectos.

A su vez, esta resolución rechaza la aplicación del examen de transparencia al supuesto enjuiciado siguiendo los postulados de la STS de 3 de junio de 2016, señalando tajantemente:

«(...) esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor».

Posteriormente, siguiendo la doctrina de la citada sentencia aborda la posibilidad de que la condición general sea abusiva indicando:

«Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente. (...)

En el caso que nos ocupa, y no discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensión gramatical, la sentencia recurrida no considera probado que hubiera déficit de información que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por lo que no podemos afirmar en este trámite casacional que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente».

Por consiguiente en este pronunciamiento el Alto Tribunal ciñe el posible control de abusividad a la vulneración de la buena fe que se equipara al abuso de la posición contractual, debiendo acreditar la parte demandante la susodicha infracción. Lo cual dificulta seriamente la posibilidad real de éxito de estas pretensiones, como evidencia la desestimación del recurso planteado en este caso.

B. STS de 30 de enero de 2017

Como previamente se ha señalado, ambas sentencias parten de un sustrato fáctico y procesal similar⁹⁰. En este caso el demandante es una sociedad mercantil que contrató un préstamo a tipo de interés variable con garantía hipotecaria para refinanciar su actividad empresarial. Al haber dos contratos litigiosos concluidos en momentos diferentes resultan de aplicación la anterior y la vigente regulación de consumidores y usuarios⁹¹. Al valorar estos hechos declarados probados el Tribunal Supremo estima que es claro que no intervino la actora como consumidora, por lo que no resulta de aplicación la legislación protectora de dicho tipo de sujetos ni el control de transparencia según lo sostenido previamente en la STS de 3 de junio de 2016⁹².

El Alto Tribunal también aclara, (aunque aparentemente no debiera ser una cuestión controvertida), que los préstamos con garantía hipotecaria no están sometidos a la normativa MIFID⁹³, puesto que no son productos de inversión o un instrumento financiero⁹⁴. Consecuentemente, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la referida regulación.

Finalmente esta resolución aborda la posible vulneración de la buena fe siguiendo el criterio mantenido en la STS de 3 de junio de 2016. Al respecto resulta de especial interés la profundización que realiza respecto a las circunstancias que permitirían considerar como sorpresiva la inclusión de una cláusula suelo en estos casos:

«(...) en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las «cláusulas sorprendentes» (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC (EDL 1998/43305) al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc».

Consecuentemente, el abuso de la posición dominante contractual debe valorarse atendiendo a la información suministrada y la diligencia del profesional o empresario que se adhiere, teniendo en cuenta sus circunstancias subjetivas como el conocimiento financiero, volumen de negocio, etc. Lo cual sí que parece asemejar este requisito de la acción de nulidad al amparo de la normativa de condiciones generales de la contratación a la inexcusabilidad del error en la contratación⁹⁵. Con independencia de lo anterior, resulta de interés indicar que estos criterios empiezan a tener eco dentro de las Audiencias Provinciales para resolver esta clase de litigios⁹⁶.

III. CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y doctrina analizadas en este trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre el control de transparencia y los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable:

I. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha declarado que no procede la limitación sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad establecida en la asentada doctrina del Tribunal Supremo tras la STS de 9 de mayo de 2013.

II. La jurisprudencia previa del Alto Tribunal sobre la irretroactividad de la anulación con anterioridad a 9 de mayo de 2013 ha sido revocada, procediendo actualmente la nulidad radical *ex tunc* desde el momento de la contratación. En consecuencia debe procederse a la devolución en su integridad de lo abonado por el funcionamiento de la cláusula suelo que no supere el examen de transparencia (STS de 24 de febrero de 2017).

III. El Tribunal Supremo siguiendo pronunciamientos suyos anteriores ha aclarado que no procede la revisión de las sentencias firmes por el mencionado cambio jurisprudencial (ATS de 4 de abril de 2017).

IV. El Alto Tribunal ha sostenido en la reciente STS de 9 de marzo de 2017 que la cláusula litigiosa supera el test de transparencia porque según los hechos declarados probados fue negociada individualmente, no está enmascarada dentro del clausulado por su configuración y el uso de negrillas, se produjo un aviso expreso del notario sobre la existencia del suelo y el contrato contiene una simulación con el funcionamiento expreso del suelo. Estos parecen ser unos nuevos parámetros a tener cuenta para valorar la transparencia de las cláusulas suelo. Parte de la doctrina ha entendido que esta resolución supone el recuperar la configuración inicial del examen de transparencia, centrado en la valoración de la abusividad respecto al precio. Con este giro jurisprudencial algunos autores sostienen que se abandona el examen abstracto de transparencia aplicado por el Tribunal Supremo para realizar una especie de evaluación de la excusabilidad del error. Aunque la literalidad de la STS de 9 de marzo de 2017 no parece respaldar claramente estos postulados doctrinales.

V. El control de transparencia no se aplica a profesionales o empresas, entendiéndose dentro de tales supuestos la concesión de financiación para adquirir inmuebles para la actividad empresarial o profesional o refinanciar dicha actividad (SSTS de 18 y de 30 de enero de 2017). La excepción para estimar como abusiva una cláusula suelo en estos casos es que su incorporación haya sido sorpresiva, infringiendo la buena fe mediante un abuso de la posición dominante contractual. Y a esos efectos se tiene en consideración por los tribunales la información suministrada y la diligencia del profesional o empresario que se adhiere, teniendo en cuenta sus circunstancias subjetivas tales como su estructura societaria, volumen de negocio o el conocimiento financiero.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 55055), publicado por el Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha.
- AGUILAR LOBATO, S. (2017). Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en

- préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017). Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y control de transparencia, *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CÁMARA LAPUENTE, S., Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, *Indret*, de enero de 2017.
- DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013), El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 6.ª ed., Civitas, Cizur Menor.
- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011.
- MARÍN NARROS, H. D. (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.
- (2017). Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia en torno a los *swaps* en los productos financieros, *La hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi.
- MATEOS FERRES, M. (2013). Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2016). Valor y eficacia de las cláusulas suelo en las operaciones bancarias, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1.
- MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. (2009). *El Recurso de Casación Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PLAZA PENADÉS, J. (2016). Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores, *Revista Consumo y Empresa*, núm. 2, mayo.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dir.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 30 de septiembre de 2003
- STJUE de 13 de enero de 2004

- STJUE de 16 de marzo de 2006
- STJUE de 12 de febrero de 2008
- STJUE de 13 de marzo de 2008
- STJUE de 21 de marzo de 2013
- STJUE de 9 de mayo de 2013
- STJUE de 3 de septiembre de 2015
- STJUE de 21 de diciembre de 2016

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 25 de enero de 2005
- STS de 13 de diciembre de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013
- ATS de 3 de junio de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS de 11 de mayo de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 18 de enero de 2017
- STS de 30 de enero de 2017
- STS de 24 de febrero de 2017
- STS de 9 de marzo de 2017
- ATS de 4 de abril de 2017
- ATS de 19 de abril de 2017
- ATS de 10 de mayo de 2017
- ATS de 31 de mayo de 2017
- STS de 8 de junio de 2017

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 3 de junio de 2013
- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 23 de julio de 2013
- SAP de Málaga, Sec. 6.^a, de 12 de marzo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 14 de diciembre de 2014
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 17 de septiembre de 2015
- SAP de Soria, Sec. 1.^a, de 18 de febrero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 19 de febrero de 2016
- SAP de Segovia, Sec. 1.^a, de 17 de mayo de 2016
- SAP de Logroño, Sec. 1.^a, de 15 de julio de 2016
- SAP de Toledo, Sec. 1.^a, de 17 de enero de 2017
- SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 23 de enero de 2017
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 2 de febrero de 2017
- SAP de Palencia, Sec. 1.^a, de 7 de febrero de 2017
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 20 de febrero de 2017
- SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 9 de marzo de 2017

- SAP de Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 27 de marzo de 2017
- SAP de Cantabria, Sec. 2.ª, de 30 de marzo de 2017

NOTAS

¹ Cfr. apartado 293 de la citada sentencia.

² Vid. PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

³ Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013), Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y control de transparencia, *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, Cizur Menor.

⁴ Vid. MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2016), Valor y eficacia de las cláusulas suelo en las operaciones bancarias, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1.

⁵ Cfr. SSTs de 9 de mayo de 2013, de Auto de 3 de junio de 2013, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

⁶ Cfr. MATEOS FERRES, M. (2013), Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013), El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013, MARTÍNEZ DEL TORO, S., *op. cit.*, entre otros. Tener en cuenta que en sentido similar se pronunciaron en los votos particulares de las SSTs de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015 los magistrados ORDUÑA MORENO y O'CALLAGHAN MUÑOZ.

⁷ Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013, de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de marzo de 2014, de Jaén, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de 2014.

⁸ Sobre esta controversia en general vid. MARÍN NARROS, H. D. (2017), Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia en torno a los swaps en los productos financieros, *La hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, 239 y sigs., MARÍN NARROS, H. D. (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.

⁹ Sobre el test de transparencia aplicado por el Alto Tribunal cfr. STS de 9 de mayo de 2013 entre otras y vid. MARTÍNEZ DEL TORO, S., *op. cit.*, MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit.*

¹⁰ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, *Indret*, de enero de 2017.

¹¹ A estos efectos se reproducen los apartados más relevantes relacionados con la cuestión analizada. Artículo 6.1: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». El precepto 7.1 dispone «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

¹² Cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, párrafo 1 y sigs. y 46.

¹³ Cfr. párrafo 70.

¹⁴ Cfr. párrafos 68 y sigs.

¹⁵ Cfr. párrafo 51.

¹⁶ Cfr. párrafo 68.

¹⁷ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*

¹⁸ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*

¹⁹ Abreviatura de Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se utilizará a lo largo de este artículo.

²⁰ *Vid. infra* apartado II.4.

²¹ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*

²² Cfr. SSTJUE de 21 de marzo de 2013 y de 9 de mayo de 2013.

²³ En ese mismo sentido se han pronunciado otros autores como GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *op. cit.* Estos autores generalmente postulan la improcedencia de una integración o interpretación, incluso aunque sea favorable para el consumidor. Cfr. también BALLUGERA GÓMEZ, C., *op. cit.* De igual manera se han pronunciado algunas resoluciones judiciales como la SAP de Palencia, Sec. 1.ª, de 7 de febrero de 2017.

²⁴ *Vid. ut supra* apartado II.1.

²⁵ Cfr. SSTs de 9 de mayo de 2013, de 25 de marzo de 2015, de 29 de abril de 2015, entre otras.

²⁶ Cfr. SSAP de Toledo, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2017, de Zamora, Sec. 1.ª, de 23 de enero de 2017, de Murcia, Sec. 4.ª, de 2 de febrero de 2017, de Palencia, Sec. 1.ª, de 7 de febrero de 2017, de las Islas Baleares, Sec. 5.ª, de 20 de febrero de 2017.

²⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero, siguiendo el posicionamiento contenido en las SSTs de 25 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015.

²⁸ En general sobre este debate *vid.* MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit.*

²⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1. Nótese que el ATS de 4 de abril de 2017 tiene un error en la numeración por el que falta el Fundamento de Derecho Cuarto, pasando del Tercero al Quinto.

³⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 2.

³¹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

³² Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 4.

³³ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 6.

³⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 7.

³⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 8.

³⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 1.

³⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 3.

³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 1 y 2, citando numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 4.

⁴⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 3.

⁴¹ *Vid. ut supra* apartado II.1.

⁴² Cfr. Fundamento de Derecho Tercero, 2 y 3.

⁴³ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero, 4.

⁴⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 4.

⁴⁵ *Vid. ut supra* apartado II.2.A.

⁴⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 5.

⁴⁷ *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A. (2017), Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 55055), publicado por el Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, consultado en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/sts-transparencia-suelo-v2.pdf> el 24 de abril de 2017 a las 20:00; BENITO SANCHO, E. (2017), Giro de la doctrina del Supremo en relación con las cláusulas suelo, *Expansión digital*, consultado en <http://www.expansion.com/especiales/pwc/2017/03/15/58c98c8446163fe67a8b4573.html>, el 24 de abril de 2017 a las 20:00, e infinidad de reseñas como las disponibles en las siguientes webs <http://bufetebq.com/resena-de-la-sts-7882017-de-9-de-marzo/>, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Validez-clausula-suelo-abusividad-transparente_11_1071055003.html o <http://www.diariocritico.com/economia/clausulas-suelo-sentencia-tribunal-supremo-transparencia>, consultadas el 24 de abril de 2017 a las 20:15.

⁴⁸ Cfr. SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 24 de marzo de 2015, de 25 de marzo de 2015, de 29 de abril de 2015 y de 23 de diciembre de 2015.

⁴⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1 y AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

⁵⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 2.

⁵¹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

⁵² Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 4.

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 5.

⁵⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 7. Aunque se debe tener en cuenta que la revisión probatoria es más que excepcional en esta instancia y que se tiene que evitar hacer supuesto de hecho de la cuestión cuando se está recurriendo. *Vid.* MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. (2009), *El Recurso de Casación Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 125 y sigs., Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, apartado I.6.

⁵⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 3, que indica ilustrativamente que «*el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó*».

⁵⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 7.

⁵⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 5.

⁵⁸ Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

⁵⁹ Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

⁶⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 6, que señala expresamente: «*Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, "sino que se muestra como una cláusula principal de 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". Se añade, a continuación, que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la Notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés*». De igual manera cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

⁶¹ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 7, reproduciendo el apartado 11 del ATS de 3 de junio de 2013.

⁶² Para alguna autora este hecho parece determinante en el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

⁶³ Cfr. SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 23 de enero de 2017.

⁶⁴ Cfr. SSAP Ciudad Real, Sec. 2.^a, de 27 de marzo de 2017 y de Cantabria, Sec. 2.^a, de 30 de marzo de 2017.

⁶⁵ Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

⁶⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁷ *Vid. ut supra* apartado II.2.B.

⁶⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1.

⁶⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 2.

⁷⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

⁷¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, referida en este trabajo como «LEC».

⁷² El citado artículo establece: «*Habrà lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado*».

⁷³ *Vid.* SSTs de 25 de enero de 2005, de 13 de diciembre de 2012 y de 11 de mayo de 2016, entre otras que se aluden en la señalada resolución judicial.

⁷⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo. Nótese que los requisitos para que proceda la revisión de una sentencia firme según el ATS de 4 de abril de 2017 y resto de jurisprudencia que cita son: «*a) que los documentos se hayan obtenido (o, en su caso, recobrado) después de pronunciada la sentencia firme cuya revisión se pretende; que no se haya podido disponer de los documentos para el proceso en que recayó dicha sentencia, por causa de fuerza mayor*».

(o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia; c) que se trate de documentos decisivos para el pleito, este es, con valor y eficacia para resolverlo». Loc. Cit. Fundamento de Derecho Segundo.

⁷⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STS de 18 de febrero de 2016.

⁷⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STJUE de 30 de septiembre de 2003, de 13 de enero de 2004, de 16 de marzo de 2006, de 12 de febrero de 2008 y de 13 de marzo de 2008.

⁷⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STJUE de 16 de marzo de 2006.

⁷⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STS de 18 de febrero de 2016.

⁷⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STS de 18 de febrero de 2016.

⁸⁰ Cfr. AGUILAR LOBATO, S. (2017), Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759; PLAZA PENADÉS, J. (2016), «Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores», *Revista Consumo y Empresa*, núm. 2, de mayo de <http://vlex.com/vid/doctrina-judicial-control-transparencia-638432929>. En general sobre la consideración de consumidor respecto a los préstamos con garantía hipotecaria y cláusula suelo vid. GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *op. cit.*

⁸¹ Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013, de Murcia, Sec. 4.ª, de 14 de diciembre de 2014, de Soria, Sec. 1.ª, de 18 de febrero de 2016.

⁸² Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 17 de septiembre de 2015, de Segovia, Sec. 1.ª, de 17 de mayo de 2016 y de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 19 de febrero de 2016.

⁸³ Cfr. AGUILAR LOBATO, S., *op. cit.*

⁸⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, STS de 18 de enero de 2017 y Fundamento de Derecho Primero de STS de 30 de enero de 2017.

⁸⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo y Tercero, STS de 18 de enero de 2017.

⁸⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

⁸⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 1.

⁸⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 2.

⁸⁹ Siguiendo los postulados de la STJUE de 3 de septiembre de 2015, en la que se resolvía un litigio en el que un abogado había concluido un contrato de crédito, sin que en dicho negocio jurídico se precisara la finalidad del mismo. De lo cual parece extraerse que la falta de mención de la finalidad del contrato no constituye un impedimento absoluto a la estimación de la condición de consumidor, aunque este se dedique a una actividad profesional (que no tiene porqué ejercerse en el inmueble para que el que se obtiene la financiación).

⁹⁰ Vid. *ut supra* apartado II.5.A).

⁹¹ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁹² Cfr. Fundamento de Derecho Quinto y Sexto, reproduciendo los pronunciamientos anteriores como las SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016.

⁹³ Que son las siglas de la siguiente denominación en inglés: *Markets in Financial Instruments Directive* (cuya traducción literal es directiva del mercado de instrumentos financieros).

⁹⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁹⁵ Vid. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*, respecto al control de transparencia. Sobre la inexcusabilidad del error en pleitos sobre productos bancarios vid. JUAN GÓMEZ, M. (2011), Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León, 59 y sigs., MARÍN NARROS, H. D. (2013), Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737. En general sobre la inexcusabilidad del error vid. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2007), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 6.ª ed., Civitas, Cizur Menor, pp. 207 y sigs.

⁹⁶ Cfr. SAP de La Coruña, Sec. 4.ª, de 9 de marzo de 2017.