

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 9 DE MAYO DE 2013 (1916/2013)**

**Consumidores: Condiciones Generales Abusivas.
Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios.
Efectos de su Nulidad**

Comentario a cargo de:
Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 9 DE MAYO DE 2013**

ID CENDOJ: 28079119912013100009

PONENTE: *EXCMO. SR. DON RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS*

Asunto: La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 intenta poner fin a la controversia surgida en los últimos años acerca de la validez y carácter abusivo de las denominadas. cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios con consumidores, siendo su criterio que aun tratándose de cláusulas lícitas y que contribuyen a determinar el objeto principal del contrato de préstamo hipotecario, como es la determinación de las cuotas de amortización y los intereses que el deudor ha de pagar, deben ser consideradas como condiciones generales de la contratación y susceptibles de ser declaradas judicialmente abusivas sólo si no se cumplen los requisitos legales de inclusión (información) y transparencia (compresión real), pero no por desequilibrio prescricional. En los supuestos concretos que se enjuician, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelo tienen carácter abusivo y, por tanto, son nulas, únicamente por falta de transparencia,

se ordena su exclusión de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades financieras demandadas y se declara expresamente la irretroactividad de la sentencia, de tal manera que la nulidad de las cláusulas analizadas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales ni a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación.

Sumario: 1. **Resumen de los hechos.** 2. **Soluciones dadas en primera instancia.** 3. **Soluciones dadas en apelación.** 4. **Los motivos de casación alegados.** 5. **Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Planteamiento de la controversia y situación jurisprudencial antes de la sentencia de 9 de mayo de 2013. 5.2. Las condiciones generales de la contratación. 5.3. La naturaleza de las cláusulas suelo. 5.4. El necesario control judicial de las cláusulas abusivas. 5.5. El control judicial de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato. 5.6. Los controles de inclusión y de transparencia de las condiciones generales. 5.7. La insuficiente información en las cláusulas suelo examinadas. 5.8. Efectos de la abusividad por falta de transparencia. 5.9. La irretroactividad de la sentencia. 5.10. Análisis crítico: principales controversias suscitadas: a) *La justificación de la existencia de auténtica negociación individual con el prestatario acerca de la cláusula suelo.* b) *La acreditación de la existencia de una compración real por el prestatario de la transcendencia jurídica y económica de la cláusula suelo.* c) *El artículo 6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.* d) *El posible control judicial de la abusividad por equilibrio de las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales de contrato de préstamo.* e) *La irretroactividad de los efectos de la sentencia.* 6. **Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

La sentencia resuelve la demanda interpuesta por de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO), de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa lo intereses de los consumidores y usuarios, contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, la Caja de Ahorro de Galicia y la entidad Cajamar Caja Rural SCC en que se solicita que se declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación incluidas en diversos modelos de contratos de préstamo hipotecario o novación de los mismos de las entidades demandadas, consistentes en cláusulas de interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

En concreto, en el primer préstamo hipotecario se establece un tipo de interés fijo durante seis meses del 6,35% nominal anual, y un interés variable,

durante los semestres sucesivos, resultante de adicionar un margen constante de 1,25 puntos porcentuales al valor del índice de referencia que es el Euribor a seis meses; disponiendo a continuación un límite a la variación del tipo de interés consistente en que *“los intereses ordinarios en ningún caso podrán ser superiores al 12% ni inferiores a 2,50% nominal anual”*.

La segunda, tercera y cuarta cláusulas financieras impugnadas, idénticas, establecen un tipo de interés fijo durante seis meses del 6,15%, 6,35% y 5,17% nominal anual respectivamente, y un interés variable, durante los semestres sucesivos, resultante de adicionar un margen constante de 1,00, 1,50 y 0,60 puntos porcentuales respectivamente, al valor del índice de referencia que es el Euribor a un año; estableciendo un límite a la variación del tipo de interés según el cual *“aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,50%, 2,50% y 2,25% respectivamente, este valor adicionado con los puntos porcentuales expresados del diferencial, determinará el tipo de interés vigente en el período de interés; sin que, en ningún caso, podrán ser superiores el 15% nominal anual”*.

Por último, en los dos últimos modelos de préstamo hipotecario impugnados se establece, de forma muy parecida, un tipo de interés fijo durante un año del 3,00% y del 3,414% nominal anual respectivamente, y un interés variable, en la anualidades sucesivos, resultante de adicionar un margen constante de 1,50 y 0,50 puntos porcentuales respectivamente al valor del índice de referencia que es el Euribor a un año; disponiendo un límite a la variación del tipo de interés consistente en que *“el tipo de interés nominal vigente en cada período en ningún caso podrá exceder del 10% o del 15% respectivamente, ni ser inferior al 2,75% o al 3,25% nominal anual respectivamente”*.

Igualmente en la demanda se solicita la condena a las entidades financieras demandadas a eliminar en lo sucesivo dichas condiciones generales de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, de los modelos de los contratos de préstamo hipotecario.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La demanda fue repartida al Juzgado Mercantil número 2 de Sevilla dando lugar a los autos de juicio verbal 348/2010 en cuyo procedimiento se dictó sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010 en la que, estimando la demanda de AUSBANC CONSUMO, se declaró la nulidad, por abusivas, de las denominadas cláusulas suelo impugnadas en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores de referencia, fundándose en que tales cláusulas debían considerarse condiciones generales de la contratación al estar incorporadas a una pluralidad de contratos y ser elaboradas previa y unilateralmen-

te por los operadores bancarios; así como por el desfase apreciado de dichas cláusulas suelo objeto de la demanda en relación con las respectivas cláusulas techo que las acompañan, y, en consecuencia las declaró nulas por abusivas y condenó a las entidades financieras demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

3. Soluciones dadas en apelación

Contra la anterior sentencia las entidades financieras demandadas interpusieron recurso de apelación fundándose en los siguientes motivos: a) la falta de legitimación activa de la demandante AUSBANC CONSUMO, b) Carecer las cláusulas suelo, al regular un elemento esencial de los contratos de préstamo como es el interés, del carácter de condiciones generales de la contratación y no serles aplicable la normativa sobre condiciones abusivas, y c) el carácter no abusivo de las cláusulas suelo concretas impugnadas; siguiéndose los trámites ante la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) con el número de recurso de apelación 1604/2011, en el cual se personó el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social, siendo tenido por parte.

El día 7 de octubre de 2011 recayó Sentencia de dicha Audiencia Provincial de Sevilla que rechazó la legitimación activa de AUSBANC CONSUMO para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (arts. 24-2 y 37 del RD-Leg 1/2007 de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y los arts. 12 de la LCGC 7/1998 de 13 de abril y 11 de la LEC 1/200 de 7 de enero), por lo que sólo podía representar los intereses de la propia asociación y de sus asociados, pero no ejercitar acciones colectivas en defensa de intereses generales y difusos de consumidores. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y, estimando el recurso, revocó la sentencia de Primera Instancia, declarando que no procede la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

Los argumentos de Audiencia Provincial de Sevilla para proceder a la revocación de la sentencia de primera instancia fueron, en primer lugar, la consideración de que las cláusulas suelo y techo no tienen la naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque al constituir el tipo de interés un elemento esencial del contrato de préstamo por fijar el marco de fluctuación del precio, circunstancia decisiva a la hora de decantar la voluntad de contratar, debe entenderse que han sido negociadas entre prestamista y prestatario y no existe, en consecuencia, imposición por el empresario banca-

rio, sino aceptación libre y voluntaria por el deudor; como lo prueba el hecho de que los préstamos hipotecarios otorgados por las demandadas contengan en algunas ocasiones pactos limitativos del interés y en otras ocasiones no.

También se argumenta en favor de la admisibilidad de tales cláusulas que las mismas han sido incorporadas al contrato siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria de la OM de 5 de mayo de 1994, de tal forma que el consumidor suscribe la cláusula con adecuado conocimiento y con total información, lo que le permite una correcta formación de la voluntad negocial. Y, por último, que la declaración de desequilibrio abusivo no procede en los contratos de préstamo ya que tienen un carácter unilateral no correspondiendo el pacto de intereses con ninguna prestación recíproca de la parte prestamista, sin que proceda contraponer los límites máximo y mínimo como si de dos contraprestaciones recíprocas se tratase, sino que son sólo mecanismos que se incorporan al contrato para reducir riesgos.

4. Los motivos de casación alegados

Contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios interpuso recurso extraordinario de por infracción procesal y recurso de casación. Prescindiendo del contenido del recurso procesal por no interesar a este comentario, el recurso de casación se basó, por un lado, en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por entender que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “perpetuación de la jurisdicción” y la “perpetuación de la legitimación”, infringiendo lo dispuesto en los artículos 410 y 413.1 de la LEC, a los que se ha hecho alusión en el párrafo anterior, al negar la legitimación activa a la asociación recurrente. En este extremo el recurso fue rechazado por no ser materia de recurso de casación sino del extraordinario de infracción procesal.

Y, por otro lado, los motivos del recurso en cuanto a la cuestión de fondo objeto de la *litis*: la validez de las cláusulas suelo, consistieron en la alegación de:

- a) La infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos hipotecarios recogidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios y de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que establece que «*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, ..., habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*»

b) La infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de un control judicial de la abusividad de las cláusulas referidas a la definición del objeto del contrato.

También recurrió la Sentencia de referencia el Ministerio Fiscal que interpuso recurso de casación con apoyo únicamente en la infracción por inaplicación del artículo 82.4 letra c) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con el artículo 8.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, según los cuales serán nulas las condiciones generales de la contratación que sean abusivas por «*vincular el contrato a la voluntad del empresario; limitar los derechos del consumidor y usuario; adolecer de falta de reciprocidad; imponer al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o, indebidamente, la carga de la prueba; resultar desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o por contravenir las reglas sobre competencia y derecho aplicable*».

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Planteamiento de la controversia y situación jurisprudencial antes de la sentencia de 9 de mayo de 2013*

La importante Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 intenta poner fin a la incertidumbre jurídica que ha surgido en España, en paralelo con la crisis económica y las críticas a la regulación de los préstamos hipotecarios, acerca de si las denominadas cláusulas suelo o limitativas de variabilidad a la baja de los tipos de interés deben considerarse abusivas y, por tanto, nulas y, en caso afirmativo, si las entidades bancarias deben devolver las cantidades pagadas de más por los prestatarios como consecuencia de su aplicación.

Las resoluciones judiciales que trataron este asunto antes de pronunciarse el Tribunal Supremo han sido numerosas y poco pacíficas, de lo que son buena prueba las antes referidas sentencias de primera instancia y apelación; abogando unas por considerarlas nulas por abusivas por desequilibrio, teniéndolas por no puestas, y otras inclinándose por su validez por ajustarse plenamente a derecho.

Las sentencias que entienden que estas cláusulas son abusivas argumentan fundamentalmente que las cláusulas suelo tienen la naturaleza de condición general de la contratación, es decir, no son negociadas y sí impuestas por las entidades financieras, mientras éstas no demuestren lo contrario (ej. SSAP Cáceres de 18 de julio y 14 de diciembre de 2011); que tienen un carácter accesorio ya que no forman parte del precio pues puede ser que no se apliquen nunca (ej. SAP Alicante de 13 de septiembre de 2012) y que

generan un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del deudor si no van acompañadas de la correspondiente cláusula techo o la misma es desproporcional respecto de la cláusula suelo en favor del acreedor o el suelo es tan alto que de haberlo conocido el cliente le hubiese sido más beneficioso pactar un interés fijo (una y otra de las sentencias citadas anteriormente). La argumentación de las sentencias que han defendido la validez de las cláusulas suelo se encuentra brillantemente expuesta por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2011, objeto del recurso que resuelve la STS que se comenta, por lo que no remitimos a lo expuesto en el apartado 3º para evitar repeticiones.

La sentencia del Tribunal Supremo adopta un criterio intermedio entre ambas posturas y novedoso doctrinalmente, conteniendo importantes afirmaciones, algunas ciertamente discutibles, pero sirve para marcar un camino en la aplicación del control de tales cláusulas, confirmado por otras sentencias posteriores del Alto Tribunal a las que se hará breve alusión, en el que se intenta conciliar la protección de los consumidores con el mantenimiento de la seguridad jurídica. En este sentido, la principal aportación de la sentencia es haber formulado, como criterio para enjuiciar la validez de las condiciones generales de los contratos, y con carácter general para todo contrato de adhesión, un control de “transparencia sustancial” o comprensión real, como categoría autónoma respecto de los tradicionales controles de “incorporación” y de “abusividad” de su contenido.

La extensión de la sentencia y la profusión de argumentos que contiene, algunos de ellos con cierta desconexión sistemática, y otros contradictorios entre sí, motivan que este comentario comience por una estructuración sistematizada de los distintos postulados, prescindiendo del orden numérico en que formalmente se han formulado.

5.2. *Las condiciones generales de la contratación*

En primer lugar, respecto a qué debe entenderse por condición general de la contratación, del artículo 1 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la contratación, según el cual «*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*», extrae la sentencia que se comenta (párrafo 137) que los requisitos de las condiciones generales son los siguientes; a) su carácter contractual, es decir, que no derive su inserción en el contrato del acatamiento de una norma imperativa general o sectorial; b) su carácter de predispuestas, al estar prerredactada por el empresario y no ser fruto del consenso alcanzado después de una negociación individual; c) su imposición por el empresario de tal forma que el contrato solo puede ce-

lebrarse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula concreta de que se trate y no es resultado de una verdadera negociación; y d) su generalidad, por haber sido elaboradas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin que sea necesario que lo hayan sido para aplicarlas a todos los contratos de un tipo determinado.

En este punto el Tribunal Supremo ratifica el criterio de la STS 406/2012, de 18 de junio en el sentido de entender que la contratación por medio de condiciones generales propias de los contratos de adhesión, caracterizada por la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario –tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario–, acepta o rechaza tales condiciones sin posibilidad de negociar de forma singularizada, viene a constituir “*un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación regulada en el Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico*”, que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al reforzamiento de la información, a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y al equilibrio prestacional. Esta caracterización de la contratación por medio de condiciones generales va a determinar muchas de las conclusiones que se establecen en la sentencia, entre ellas que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta *per se* ilicitud (prg. 166).

Es por ello que el Alto Tribunal rechaza la equiparación, que hace la sentencia de la AP de Sevilla recurrida, entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma; porque el conocimiento de la existencia de una cláusula no excluye su naturaleza de condición general y constituye, por otra parte, un requisito absolutamente elemental para poder ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC: “*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]*”, como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual “[l]as condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo” (prgs. 143 y 144).

Pero la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta, afirma el Tribunal Supremo, debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido (art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE), de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. En definitiva, ni puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; ni tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no

negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios (prg. 165).

Por último, se confirma en la sentencia que la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores y que, por tanto, realmente ha sido negociada, recae sobre el empresario según establecen los artículos 82.2 TRLDCU y 3.2 Directiva 93/13 CEE (prg. 165).

Aborda igualmente el Tribunal Supremo el análisis de dos cuestiones derivadas de las afirmaciones de la Audiencia Provincial de Sevilla que son si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales, y si la existencia de una regulación sectorial especial respecto de algún tipo de contratos excluye la aplicación de la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y de protección de los consumidores.

Respecto de la primera cuestión, concluye el Alto Tribunal que, en nuestro ordenamiento, el hecho de que una cláusula contractual se refiera al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo (negociación o adhesión) no por su significado en relación con el contenido del negocio. Cuestión distinta, matiza la sentencia, es determinar *«cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren al objeto principal y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos»* (prg. 144).

Y, en cuanto a la segunda cuestión, se señala en la sentencia que, si bien es cierto que la LCGC 7/1998 dispone en su artículo 4.2, en paralelo con el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 CEE, que la misma y la legislación de protección de los consumidores no será de aplicación *«a las condiciones generales que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes»* y que esta exclusión se extiende a las cláusulas que sean reflejo de las disposiciones legales aplicables en defecto de acuerdo entre las partes (STJUE de 21 de marzo de 2013 C-92/11), ello no permite ampliar tal exclusión al resto de las condiciones del contrato sujeto a tal normativa, que por razón de su contenido no pierden el carácter de contractuales y respecto de las cuales no es legítimo presumir que existe un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (prgs. 173 y 177).

5.3. *La naturaleza de las cláusulas suelo*

El Tribunal Supremo en el primer fundamento de derecho de la sentencia (prg 21), define las cláusulas suelo o techo como aquellas limitaciones a la fluctuación del tipo de interés a pagar por el prestatario, que, en ocasiones se pactan cuando los intereses del préstamo son variables (resultado de sumar al tipo de interés de referencia un diferencial), para cubrir, al deudor o al acreedor respectivamente, de los efectos de la eventuales oscilaciones que a lo largo del tiempo experimente el tipo de interés de referencia adoptado.

Las fórmulas utilizadas en las cláusulas suelo varían, como ponen de relieve las que son objeto del recurso, pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia. Así, cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope mínimo (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que esa bajada se traslade al prestatario (prg. 25), y en la legalidad de esta privación de un beneficio al deudor es donde se encuentra el *quid* de la controversia.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en contra de lo sostenido en la sentencia recurrida en el sentido que las cláusulas contractuales limitativas de la fluctuación del tipo de interés a la baja no deben considerarse condiciones generales de la contratación porque versan sobre los elementos esenciales de los contratos y, por tanto, se presume que han sido negociadas y libremente aceptadas; considera que sí tienen el carácter de condiciones generales porque en las mismas concurren todos los requisitos propios de las condiciones generales de la contratación indicados en el epígrafe anterior, especialmente el de falta de una auténtica negociación (prg. 144).

Así, el Alto Tribunal, partiendo de la consideración como hecho notorio que en los contratos de préstamo, el crédito sólo puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el contrato de las cláusulas prerredactadas por las entidades bancarias (prg. 159), no aprecia que, en este caso, se haya acreditado por los demandados, en quienes recae la carga de la prueba, la existencia de una efectiva negociación acerca de la inclusión y/o contenido de las cláusulas suelo, sino más bien, al contrario, parece que el prestatario se ha limitado a aceptar uno de los diversos modelos predispuestos por las entidades bancarias sin posibilidad de influir en su contenido.

Confirma, sin embargo, la STS el criterio de la AP de Sevilla, en lo relativo a que las cláusulas suelo constituyen auténticos pactos que describen y definen el objeto principal del préstamo y, por tanto, aunque las considera condiciones generales de la contratación, concluye no son susceptibles de apreciación intrínseca de su carácter abusivo como dispone el artículo 4.2. de la Directiva 93/13 CEE, sin que sea óbice para ello que en el contrato de préstamo no sea esencial el precio, ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos

1755 CC y 315 del CCom, que señalan que en el préstamo no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieren pactado.

Se apoya el Alto Tribunal para llegar a esta conclusión en la literalidad del citado artículo 4.2 del que resulta que lo relevante a estos efectos no es la distinción entre “elementos esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto de que se trate, sino la distinción entre cláusulas que “definan el objeto principal del contrato” concreto en que se incluyen o, por el contrario, afecten sólo al “método de cálculo” o constituyan “modalidades de modificación del precio” (prg. 188); y las cláusulas suelo, afirma la sentencia, «*forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del contrato*» (prg. 189), por más que su aplicación sólo tenga lugar eventualmente.

En cuanto a si la existencia de una regulación sectorial específica respecto de la contratación de los préstamos hipotecarios, especialmente tuitiva si se destinan a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario, excluye la aplicación de la LCGC, el Tribunal Supremo afirma que «*la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis*» (prg. 178) porque, atendiendo al criterio expuesto sobre esta materia en el epígrafe anterior, no concurren en el caso de las cláusulas suelo los presupuestos legales para tal exclusión «*ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato*» (prg. 174).

5.4. *El necesario control judicial de las cláusulas abusivas*

De los artículos 3.1 de la Directiva 93/13 CEE y 82.1 del TRLDCU, extrae el Tribunal Supremo el concepto de cláusula abusiva como aquella estipulación que no habiéndose negociado individualmente o consentido consciente y expresamente, causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

Pues bien, en materia de control de las cláusulas abusivas el Tribunal Supremo, fundándose en una copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declara que el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13 CEE se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesio-

nal sin poder influir en el contenido de éstas (parágrafo 108); por lo que, con el fin de lograr un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes, el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone imperativamente que “*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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*” (prg. 109).

Igualmente señala la sentencia de la que tratamos, siguiendo la doctrina del TJUE, que el medio idóneo para lograr la efectividad de esa normativa europea de protección de los consumidores ante las condiciones generales de la contratación abusivas, e impedir que el consumidor individual quede vinculado por una de ellas, es la facultad y el deber del Juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (prgs. 110 y 112), sin que los consumidores tengan que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos la demanda del carácter abusivo de una cláusula contractual (prg. 113); atemperando, si fuera preciso, las rigideces del proceso tanto respecto a su estructura como en cuanto al ajuste entre el fallo y el suplico de la demanda (prg. 130).

Otras conclusiones que en este ámbito sienta la sentencia son:

- a) El Juez nacional en el ejercicio de ese control, si aprecia que una determinada cláusula es abusiva, no debe realizar una labor de moderación de su contenido sino que debe limitarse a declararlas nulas –motivadamente– y a inaplicarlas, ya que de hacer lo contrario, «*al empresario le podría resultar más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que bien el consumidor no lo invocara en un procedimiento, o bien, si lo hace, de lograr que al final se le aplique el mismo resultado que era permisible ab initio*» (prg. 110).
- b) El juez sólo puede declarar la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas cuando operen en “detrimento del consumidor”, de tal forma que no se permite imponer tal nulidad en contra de la voluntad del consumidor que, informado del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, se manifiesta libremente contrario a que se excluya (prg. 117).
- c) El control judicial de las condiciones generales de la contratación es aplicable tanto en un pleito individual seguido entre un empresario y un consumidor, como cuando se ha ejercitado una acción en defensa de intereses colectivos (prg. 129). Ahora bien, mientras en el primer caso el carácter abusivo se apreciará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en el momento

de su celebración, así como a todas las demás cláusulas del contrato –art. 82.3 TRLDU–; en caso de control de abusividad abstracto, el examen se ceñirá al momento de la litispendencia o al momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio, y sin que puedan valorarse las distintas circunstancias y contextos concretos (prgs. 235 y 237).

5.5. *El control judicial de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato*

La cuestión que se plantea en este epígrafe es determinar si las cláusulas referidas a un elemento esencial del contrato de préstamo bancario o, dicho de otra forma, que definan el objeto principal del mismo, y las cláusulas suelo lo son como hemos visto en un epígrafe anterior, son susceptibles, como regla, de control intrínseco del carácter abusivo de su contenido o control de su equilibrio contractual.

En este sentido, la Directiva 93/13 CEE dispone en su artículo 4.2 que *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*.

Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010 C-484/08, en su apartado 40 *« [...] no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección »*, y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que *“[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible»*.

A este respecto manifiesta el Tribunal Supremo que *«esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntó, más o menos obiter dicta la posibilidad de control de contenido de condiciones generales o cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria»* (pgr. 195), de tal manera que alineándose con esta última sentencia nacional, por entender que en el ordenamiento español no concurren los presupuestos

a que se refieren la citada STJUE de 3 de junio de 2010, ratifica que no cabe un control de precio ni, por tanto, del interés, en los contratos con condiciones generales de la contratación.

Sin embargo, la sentencia de referencia añade que el hecho que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de inclusión y transparencia que seguidamente se expone (prg. 196).

5.6. *Los controles de inclusión y de transparencia de las condiciones generales.*

En cuanto al control de inclusión o incorporación de las condiciones generales, la sentencia destaca que en el Derecho español, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía del cumplimiento de los requisitos necesarios para su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 LCGC según el cual «no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]».

Con base en estas normas, el Tribunal Supremo entiende que el cumplimiento de la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 (hoy la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre) sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, «*garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses variable y sus oscilaciones en función de las variaciones del tipo de referencia*» (parágrafo 202). Conclusión lógica porque tal proceso de contratación, que de forma sintética comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con las fichas de información personalizada (FIPRE y FIPER) y con una oferta vinculante que incluyan las condiciones financieras –entre ellas, en su caso, el tipo de interés variable y sus límites–, el posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, la formalización del préstamo en escritura pública con la obligada información notarial de, entre otros aspectos, este tipo de cláusulas; permite al consumidor adherente tener oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato el contenido de las condiciones generales.

Pero a continuación señala que, sin embargo, el mero cumplimiento de esos requisitos de incorporación exigidos por la normativa sectorial «*es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no*

es transparente, porque la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (pág. 215).

La argumentación para llegar a esa conclusión la extrae el Tribunal Supremo de la dicción e interpretación por el TJUE –cfr. STJUE de 21 de marzo de 2013, entre otras– del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que *dispone* que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*», que interpretado *a contrario sensu* implica que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se encuentran sometidas al control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible (pág. 207). Se entiende que esta última frase, interpretada de forma conjunta con el resto de la argumentación, se refiere al control de abusividad por falta de transparencia.

Requisito de comprensibilidad que se recoge también en el artículo 80.1 TRLCU que dispone que «*en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*», todo lo cual permite concluir al Tribunal Supremo que, además del control de incorporación, conforme a lo declarado en la STS 406/2012 de 18 de junio, que reproduce, existe un control de transparencia «*como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*» (pág. 210).

En definitiva, para que la contratación sea transparente, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, es decir, tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (pág. 211).

5.7. *La insuficiencia de información en las cláusulas suelo examinadas*

Es esa necesidad de comprensión real por parte del prestatario acerca del significado y juego de las distintas cláusulas del contrato de préstamo, lo que lleva al Tribunal Supremo a entender que, en el caso de las cláusulas suelo examinadas

en esta sentencia, no tiene lugar esa comprensión real por no estar redactadas con la claridad exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores, ni con la diferenciación que impone su importancia en el contexto del contrato.

Así, considera que las cláusulas suelo analizadas no son transparentes porque en la redacción de la escritura de préstamos concurren las siguientes circunstancias: «a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, raramente repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La inserción de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. d) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. e) La inexistencia de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. f) En el caso de las utilizadas por alguna entidad, su ubicación sin resaltar entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor» (parágrafos 224, 225 y fallo).

Sobre esta conclusión, el auto aclaratorio de la sentencia de fecha 3 de junio de 2013 señala que ha sido la conjunción de todas esas circunstancias la que determinó que las concretas cláusulas suelo analizadas se consideraran no transparentes; pero que sólo se trata de parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto en ese caso concreto, sin que constituyan una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra y sin que tampoco la presencia aislada de alguna o algunas sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

También señala dicho auto que no existen medios tasados para obtener el resultado de un consumidor perfectamente informado, aunque sí es susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios, y advierte para el futuro, que no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real.

Ante esta falta de transparencia o claridad de las cláusulas suelo en el supuesto de referencia, y aunque las mismas se refieran al objeto principal del contrato, entiende el Tribunal Supremo que sí cabe entrar a valorar, en el marco de una acción colectiva, si existe en las mismas un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos, ya que la falta de transparencia no implica la existencia de desequilibrio (párr. 246). Por el contrario, en el marco de una acción individual no cabría la valoración del desequilibrio de las cláusulas porque la declaración de abusividad derivaría directamente de la falta de transparencia. Y, por último, si la cláusula suelo, o cualquiera que defina el objeto principal

del contrato de préstamo, es transparente, se produce la exclusión del control de abusividad (prg. 250).

En este ámbito, no comparte el Alto Tribunal el criterio de la AP de Sevilla de que la declaración de desequilibrio abusivo no procede en el contrato de préstamo porque se trata de un contrato real y unilateral y tal declaración sólo procede en los contratos bilaterales; ya que, afirma, no existe norma alguna, en el Derecho europeo o en el nacional, que refiera el desequilibrio entre derecho y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, sino que tal desequilibrio deriva del conjunto de derechos y obligaciones de las partes y puede manifestarse en una oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato. Recuerda también la sentencia que las SSTs 663/2010 de 4 de noviembre y 861/2010 de 29 de diciembre de 2010, ya mantuvieron precisamente la posibilidad de condiciones abusivas en los contratos de préstamo (prg. 245).

Sentadas estas premisas, presta el Alto Tribunal especial cuidado en dejar claro que *«las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios son lícitas»* porque corresponde a la iniciativa de las entidades de crédito fijar el interés al que prestan el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero 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, ... en especial si del comportamiento previsible del índice de referencia, las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio»* (prg. 256).

También declara la sentencia que para que las cláusulas suelo sean lícitas no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo, y que también son lícitas las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo, lo cual considera preferible ya que la cláusula techo puede distorsionar la información al consumidor al poder ser interpretadas como una contraprestación de la cláusula suelo (prgs. 257 y 258).

En conclusión, el Tribunal Supremo señala que no es posible afirmar una abusividad en abstracto o general de las cláusulas suelo; aunque luego, incurriendo en un contrasentido, parece dar a entender que sí existe desequilibrio y no sólo falta de transparencia en alguna concreta cláusula suelo examinada porque *«lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza»* (parágrafo 264). En este sentido, el citado auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 señala que las cláusulas que tengan por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia son en sí misma abusivas sin necesidad de que concurra ningún otro requisito y que la nulidad de la misma no queda

subsana por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia.

5.8. Efectos de la abusividad por falta de transparencia

Tratándose de condiciones generales abusivas en contratos con consumidores el actual artículo 83 del TRLDCU establece que «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*»; de cuyo texto y de la jurisprudencia del TJUE, extrae el Tribunal Supremo los siguientes efectos a la declaración de abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo (prgs. 273 y 276):

1. La nulidad de la cláusula suelo no comparta, como regla, la nulidad de los contratos de préstamo en los que se insertan, que seguirá siendo obligatorio en los mismos términos sin las cláusulas abusivas, salvo que excepcionalmente el contrato no pueda subsistir sin dicha cláusula.

2. Las entidades bancarias demandadas deberán dejar de aplicar en los contratos ya firmados, las cláusulas declaradas abusivas. Este efecto es propio del ejercicio de acciones individuales ejercitadas por los adherentes, para cuyo caso el artículo 9.2 LCGC, dispone que «*la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil*», si bien en el caso de ejercicio de la acción de cesación, el artículo 12.2 LCGC, también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, como así hace la que comentamos.

3. No es posible la integración o la reconstrucción “equitativa” del contrato por ser contrario al Derecho de la Unión y así la STJUE de 14 de junio de 2012 –Banco Español de Crédito– señala que «*..... el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva*».

4. Igualmente las entidades bancarias demandadas deberán abstenerse de utilizar las cláusulas suelo en lo sucesivo, en los términos en que se pactaron las

recurridas, en los nuevos contratos de préstamo que firmen, que es el efecto propio de las acciones colectivas de cesación –art. 12.2 LCGC y 53 TRLDU–.

5.9. *La irretroactividad de la sentencia*

Como última cuestión el Tribunal Supremo declara la irretroactividad de la sentencia que se comenta, de tal forma que la nulidad de las cláusulas suelo no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia (parágrafo. 294), fundándose destacadamente para llegar a esa conclusión en el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Los motivos que llevaron al Alto Tribunal a decantarse por la irretroactividad de la sentencia, en el caso enjuiciado, son múltiples, y responden al criterio general de concurrencia de buena fe en las entidades bancarias, y se pueden resumir en los siguientes: a) las cláusulas suelo son lícitas, su inclusión en los contratos a interés variable es habitual y responde a razones objetivas. b) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más–, sino en la falta de transparencia que, a su vez, deriva de la insuficiencia de la información suministrada al prestatario. c) Consta que las entidades crediticias han observado en el proceso de contratación las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994. d) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde a la idea lógica de mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. e) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor, por lo que el prestatario puede evitar la cláusula suelo subrogando a otro banco en el préstamo hipotecario. Y f), por último, en que es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico (prg. 293).

En definitiva, la razón final de la irretroactividad de efectos, radica en la ignorancia excusable por parte de las entidades financieras acerca de que la información que se suministraba, que en ese momento cumplía la legalidad formal vigente, no cubriría en su integridad la que luego es exigida por la Sentencia; ignorancia que a partir de la fecha de publicación de la misma hace perder la buena fe, pues una mínima diligencia las permitirá conocer las exigencias jurisprudenciales en esta materia.

Pero estas afirmaciones se vierten en el ámbito del ejercicio de una acción colectiva, en que parece lógica tal conclusión por cuanto no se solicita la devolución de las cantidades indebidamente entregadas por la aplicación de la

cláusula suelo, ni tampoco pueden apreciarse las circunstancias concurrentes en el caso particular. Por ello se advierte que la buena fe desaparecerá a partir de la publicación de la sentencia y desde ese momento se deberán considerar indebidamente cobradas tales cantidades. Quedaba, sin embargo, por resolver en la sentencia la cuestión de en qué términos debía operar el efecto devolutorio en el supuesto que la acción ejercitada fuera una individual declarativa de la nulidad de las condiciones generales y de devolución de las cantidades indebidamente entregadas.

La respuesta a esta última pregunta ha sido contestada por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 Rc 138/2014 y 29 de abril de 2015 Rc 1072/2013 que fijan como doctrina legal que *«cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 pero no a partir de la formalización del contrato de préstamo»*.

5.10. Análisis crítico: principales controversias suscitadas

Como ya se ha indicado, la STS de 9 de mayo de 2013 que se comenta intentó poner fin a la incertidumbre jurídica que había surgido en España acerca de la validez de las denominadas cláusulas suelo y de los efectos de su eventual abusividad. La doctrina de la sentencia, pese a las críticas recibidas, parece que se ha alcanzado un alto grado de homogeneidad de los pronunciamientos judiciales en materia del control de transparencia, no tanto en cuanto a la consideración del interés como parte de objeto principal del préstamo y escasa en lo relativo a la cuestión de su irretroactividad, en cuyo ámbito existen numerosas resoluciones de juzgados mercantiles y de bastantes Audiencias Provinciales que se alejan de tal postulado, lo que hace conveniente examinar las cuestiones que más controversia han suscitado.

No obstante, previamente debo aclarar que comparto los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la sentencia, en cuanto que son postulados impuestos por la interpretación del TJUE (especialmente ilustrativas a este respecto son las sentencia de dicho Tribunal de 30 de abril de 2014 C-26/13 y sobre todo la de 26 de febrero de 2015 C-143/3) de la normativa de consumidores europea. Tales fundamentos son: a) la consideración de la contratación con condiciones generales como una categoría diferencia de la contratación comercial individual que presenta una serie de particularidades propias, entre las que destacan su especial vinculación al ámbito de consumo y el reforzamiento del derecho de información y de compresibilidad real. b) La existencia de tres tipos de control en los contratos con condiciones generales: el control

de incorporación que exige el cumplimiento del proceso legal de contratación e información, el control de transparencia sustantiva, que exige la acreditación de la comprensión real por el consumidor de los términos básicos del contrato, y el control de contenido o abusividad propiamente dicha, que exige la valoración de la inexistencia de desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes. Y, c) el carácter de pactos lícitos, que describen y definen el objeto principal del préstamo, de las cláusulas suelo que no deben ser susceptibles de control propio de abusividad.

Este novedoso control de transparencia sustancial ha sido duramente criticado por algunos autores, como Carrasco Perera, que lo sitúan en el campo de la deficiencia de información, es decir, como parte del control de incorporación y cuyo incumplimiento debería cursar por el mecanismo de las acciones de nulidad por defectos de consentimiento. Pero, en mi opinión, el control de transparencia, tal como ha quedado delimitado por el Tribunal Supremo siguiendo la doctrina del TJUE, es ajeno al tema de la validez por vicios del consentimiento otorgado por el adherente sino que se proyecta en el cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual que van más allá del mero suministro de información o de la claridad gramatical de las estipulaciones aisladamente consideradas, y que requiere un enjuiciamiento interno del conjunto de la reglamentación predispuesta a los efectos de determinar si la misma permite al consumidor evaluar las consecuencias jurídicas y económicas que se deriven a su cargo. Por esta razón, si el consumidor hubiere aceptado voluntaria y conscientemente las cláusulas que afectan a las prestaciones o elementos básicos del contrato, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrán entenderse abusivas.

La discrepancia surge en la aplicación práctica de esa doctrina a las concretas cláusulas suelo de los distintos contratos de préstamo hipotecario, y, ciertamente, debe reconocerse que los parámetros fijados por el Tribunal Supremo propician la subjetividad del órgano judicial encargado de enjuiciar cada caso particular en detrimento de la predictibilidad que exige la seguridad del tráfico jurídico, ya que ni esta sentencia ni las posteriores han concretado los mecanismos por medio de los cuales puede ser considerado suficientemente informado el consumidor.

Las cuestiones de esta sentencia que más controversia han suscitado son las siguientes:

- a) La justificación de la existencia de auténtica negociación individual con el prestatario acerca de la cláusula suelo

En el ámbito de la justificación de la existencia de una auténtica negociación individual entre el acreedor y el deudor en relación al consentimiento

de las concretas cláusulas suelo implicadas, el Tribunal Supremo, como se ha indicado en un epígrafe anterior, parte de las consideraciones siguientes: a) es un hecho notorio que en los contratos de préstamo hipotecario, el crédito sólo puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el contrato de las cláusulas suelo prerredactadas por las entidades bancarias; b) no puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación; y c) la carga de probar que ha existido verdadera negociación y consentimiento en cuanto a esa cláusula concreta corresponde a la entidad prestamista.

Pues bien, no puede dejar de señalarse que esas premisas son objetivamente ciertas, es decir, que lo habitual, en presencia de contratos de préstamo, es que nos encontremos ante un deudor-consumidor que solicita el préstamo para la adquisición de una vivienda; que el banco sólo le permite elegir entre un número limitado de modelos de contrato con condiciones generales, en los que la ausencia o presencia obligatoria de cláusulas suelo es una cuestión de política empresarial muchas veces innegociable y que suele existir un tipo de interés mínimo por debajo del cual la entidad de crédito no negocia y rechaza la concesión del crédito. Pero también es verdad que existe verdadera negociación individual, por más que el margen sea reducido, en ciertos aspectos esenciales o definitorios del objeto principal del préstamo hipotecario como son el importe concedido, el diferencial del tipo de interés, el plazo de amortización, ciertas comisiones y, también, la cuantía mínima del interés exigible, que no lo olvidemos, según el propio Tribunal Supremo, forma junto con el tipo de referencia y el citado diferencial, de forma inescindible, el precio pactado del préstamo.

El que la cuantía mínima del interés exigible constituye un verdadero objeto de negociación entre las partes queda acreditado, a mi juicio, por la existencia de distintos importes del tipo de interés mínimo en las escrituras de préstamo hipotecario formalizadas por la misma entidad de crédito, con arreglo al mismo modelo contractual, y en un entorno temporal próximo. Así en los supuestos enjuiciados por la sentencia del día 9 de mayo de 2013, de las cuatro cláusulas impugnadas de la misma entidad, el tipo mínimo, que comprendía dos modelos distintos, no coincidía en ninguna; y en la sentencia de 8 de septiembre de 2014, en las diez cláusulas suelo impugnadas de la misma entidad, existían seis tipos mínimos de interés distintos; lo que, a primera vista, parecería suficiente prueba del carácter negociado de tal tipo.

No lo entiende así el Tribunal Supremo que en la sentencia de 8 de septiembre de 2014 afirma que la diversidad de tipos mínimos que se recogen en cada una de las escrituras públicas analizadas, es decir, la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas suelo fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta.

Pero, considerando el Alto Tribunal que las cláusulas suelo son lícitas sin que para ello sea preciso que exista equidistancia entre el tipo inicial fijado y los tipos máximo y mínimo, que las entidades tienen derecho a determinar el precio al que prestan el dinero y que la finalidad de la fijación del tope mínimo responde a la idea lógica de mantener un rendimiento mínimo de esos activos; no se entiende bien la razón de negar la existencia de negociación cuando se acredita fehacientemente que en los distintos contratos de préstamo de una misma entidad e, incluso, del mismo modelo, ese tipo mínimo fluctúa, se encuentra siempre por debajo del interés legal del dinero, e incluso es inexistente.

Quizá se esté refiriendo la citada sentencia a que lo que hay que probar es que ha existido una diferencia entre la oferta inicial del tipo mínimo por parte del banco, recogida en la “ficha de información precontractual” –FIPRE– a que se refiere el artículo 21 de la Orden ministerial EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuyo encasillado se prevé dicha posibilidad, y el tipo mínimo finalmente firmado en el escritura de préstamo hipotecario. Pero de no ser así, la consecuencia es que se aboca a las entidades financieras a una prueba diabólica, por lo que, en la práctica, están optando por alterar sus cláusulas de interés variable suprimiendo el tipo mínimo que es sustituido por expresiones tales como que el préstamo nunca devengará intereses a favor del prestatario –tipo mínimo 0– y/o elevando correlativamente la cuantía del diferencial del interés, con la previsible cruzada de las organizaciones de consumidores en contra de esta variable del tipo de interés, en la cual el margen de negociación también será escaso.

Desde esta perspectiva habría sido preferible, a los efectos de la seguridad jurídica, que la cláusula suelo, hubiera sido considerada intrínsecamente abusiva por su falta de reciprocidad (artículo 87 TRLDCU) si no existe una cláusula techo paralela o, por suponer un desequilibrio entre las prestaciones contrario a las exigencias de la buena fe en perjuicio del consumidor (artículo 82 TRLDCU) en la medida en que el suelo y el techo pactados no sean simétricos o, bien cuando no exista un margen mínimo de variabilidad a la baja (que se debería fijar legalmente) respecto del interés inicial que permita considerar que se está en presencia de un auténtico préstamo a tipo de interés variable.

- b) La acreditación de la existencia de una compración real por el prestatario de la transcendencia jurídica y económica de la cláusula suelo.

Excluido de *facto* por el Tribunal Supremo la posibilidad de probar el carácter negociado de las cláusulas suelo, la cuestión se centra, en la práctica financiera, en valorar si, conforme a la caracterización expuesta del control de transparencia, la entidad bancaria ha cumplido con el deber de comprensibilidad real que exige la admisión de tales cláusulas. En este sentido, es indudable

que los tipos mínimo y máximo de interés constituyen factores importantes en la configuración de la oferta del producto de préstamo de dinero, por lo que deben ser objeto de un realce específico y diferenciado del resto de los factores que conforman su precio (interés inicial, tipo de referencia, diferencial, redondeo y bonificaciones).

Por esta razón, el Alto Tribunal ha considerado nulas por falta de transparencia todas las cláusulas suelo analizadas en las distintas sentencias que han recaído sobre la materia, fundando sus fallos en que las mismas no formaron parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, y ni en la escritura de préstamo hipotecario ni en las ofertas vinculantes respectivas se habían destacado de forma suficiente y diferenciado específicamente. Así, se argumenta que en los supuestos analizados no se le dedica una cláusula contractual propia o un apartado específico dentro de la cláusula de interés variable, ni consta redactada en letra más grande, subrayada o en negrita de forma que se realce su importancia, y, además, suele ir acompañada de una profusión de datos ajenos a la misma de tal manera que pasa totalmente desapercibida para el prestatario, provocando una alteración del precio del crédito sobre el que éste creía haber dado su consentimiento, que estimaba constituido por la simple suma del diferencial aplicable al tipo de referencia vigente en cada momento.

También se destaca por las entidades bancarias en favor de la comprensibilidad real por parte de los prestatarios de las cláusulas suelo, que los notarios autorizantes de las respectivas escrituras de préstamo hipotecario, informaron a los deudores acerca de las condiciones económicas de las operaciones de crédito, hicieron las advertencias a que se refería la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (hoy la citada Orden MEHA 2899/2011), y leyeron las escrituras a éstos, preguntándoles por sus dudas. Pero tampoco considera el Alto Tribunal suficiente esta labor para acreditar que ha existido una comprensión real por parte del prestatario porque, por un lado, la incardina dentro del ámbito del control de incorporación y, por otro lado, entiende que –cfr. STS 8 de septiembre de 2014– *«la función notarial de control previo de las condiciones generales de la contratación (como es la cláusula suelo) no significa que la entidad bancaria no sea responsable de cumplir con el deber de transparencia que se le exige legalmente»* y *«que la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación pre-dispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia»*.

A mi juicio, sin embargo, no hay mejor prueba de la comprensibilidad real del consumidor y de que el predisponente ha cumplido sus deberes en este ámbito, que el notario –funcionario independiente– informe acerca de la significación de todos los aspectos principales del contrato de forma dife-

renciada, advierta de sus efectos jurídicos y económicos, sacando al deudor, en su caso, del error de entendimiento en que pudiese haber incurrido, y luego compruebe que la entidad bancaria ha cumplido con todas las obligaciones legales. A este respecto el actual artículo 30.3.b).3º de la Orden MEHA 2899/2011 impone a los notarios, en el caso de préstamos a tipo de interés variable, la obligación de advertir expresamente al prestatario que se han establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, 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. Con ello entiendo que queda desenmascarada suficientemente la cláusula suelo, si es que lo estuviere, y el cliente bancario plenamente consciente de que el interés del préstamo al que presta su consentimiento es variable sí, pero con un límite, de tal forma que nunca sería inferior a ese límite determinado; pudiendo el notario comprobar y contribuir al cumplimiento por la entidad bancaria de sus obligaciones de transparencia, redactando la escritura ajustándose a los parámetros que impone el Tribunal Supremo.

Volviendo a la necesidad de dar un tratamiento diferenciado y destacado a las cláusulas suelo, de nuevo el Tribunal Supremo nos vuelve a sorprender y también considera, en la sentencia de 8 de septiembre de 2014, como nulas por falta de transparencia, en contra de su propia fundamentación, las cláusulas de algunos de los préstamos hipotecarios analizados en los cuales los tipos de interés mínimos sí aparecían claramente en la oferta vinculante, y en la escritura se encontraban redactados en letra negrita y de forma diferenciada, de modo que, como señala acertadamente el magistrado Don Ignacio Sancho Gargallo en su voto particular: «no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene a continuación de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado», añadiendo que «por otra parte, que en el marco de un contrato con interés variable se pacte, además de un diferencial aplicable al índice de referencia, un tipo de interés mínimo no es, en sí mismo, algo extraño o sorpresivo, y desde luego la forma en que opera es fácilmente comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor pueda comprender “las consecuencias económicas derivadas a su cargo” (expresión empleada por la reseñada STJUE de 30 de abril de 2014)»

- c) El artículo 6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

Precisamente en este ámbito de garantizar la comprensión real del prestatario acerca de las consecuencias económicas derivadas a su cargo en los prés-

tamos hipotecarios en que concurren una cláusula suelo, y en el contexto de la adaptación de la legislación hipotecaria española a la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril de 1993, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, el artículo 6.1. de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, ubica en el Capítulo II de la citada Ley bajo la rúbrica del «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», dispone que *«En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato»*, añadiendo el apartado 2º que *«Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones 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 variabilidad al alza. ...»*.

Por su parte, el Banco de España, en el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013, determinó los términos de tal expresión al fijar como modelo la siguiente fórmula ritual: *«...he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]»*.

Esta norma vendría a dejar sin contenido los postulados que derivan de la aplicación práctica de la doctrina jurídica que sobre el control judicial de transparencia de las cláusulas suelo emanan de la STS de 9 de mayo de 2013 a que me he referido y que han seguido todas las posteriores sentencias del Alto Tribunal que han abordado esta compleja materia, pues, no obstante la conveniencia de un tratamiento destacado y diferenciado de las estipulaciones que limiten los tipos de interés, tal tratamiento habría sido sustituido por la mencionada expresión manuscrita del deudor. Extraña, a este respecto que, aun cuando esta normativa no era aplicable a los concretos préstamos hipotecarios objeto de la *litis*, no se haya realizado ni siquiera una alusión tangencial a la misma en ninguna de las sentencias que comentamos.

Ello plantea la cuestión de si en caso de una demanda basada en la insuficiencia, a los efectos de transparencia, de dicha expresión manuscrita, este medio probatorio será aceptado por el Tribunal Supremo como un nuevo canon de transparencia, ya que comprende el reconocimiento del cumplimiento de los deberes en torno a la comprensibilidad real del deudor tanto por parte del notario autorizante como por parte de la entidad financiera. O bien, por el contra-

rio, será rechazado con base en el criterio de que el cumplimiento del requisito de la transparencia no puede anudarse de forma automática a la utilización de determinadas fórmulas, sino que sólo lo puede ser mediante una pluralidad de actuaciones, de lo cual ya avisaba el Alto Tribunal en la sentencia de referencia.

Por mi parte considero que el mercado hipotecario está necesitado de la existencia de instrumentos seguros, fehacientes y objetivos, por rigurosos que sean, que garanticen al acreedor el respeto judicial de la hipoteca en la fase de la ejecución, instrumentos entre los que se podría encontrar esta fórmula de la expresión manuscrita o, como ya señalaran de *lege ferenda* las resoluciones de la DGRN de 12 de marzo y 8 y 27 de octubre de 2015, que «*el requisito de transparencia se pueda entender cumplido con la manifestación expresa por parte del notario autorizante de haberse cumplido con las exigencias informativas y clarificadoras impuestas por la regulación sectorial, de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor ha podido evaluar directamente, basándose en criterios y explicaciones comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas; añadiendo, si se estima conveniente, que expresamente éste ha manifestado al notario la comprensión de las mismas en los supuestos especiales respecto a los que ahora se exige la expresión manuscrita*». Si las escrituras públicas hacen prueba plena del hecho, acto o negocio que documentan –art. 319 LEC–, así como de las declaraciones que en ellas hubieran hecho los contratantes –art. 1218 CC–, no encuentro justificación alguna para excluir a los préstamos hipotecarios con consumidores de esta regla general; si bien podría sustituir el actual sistema de advertencias notarial por la realización de un test al prestatario para determinar su grado de comprensión y el cumplimiento por la entidad financiera de sus deberes en este campo.

- d) El posible control judicial de la abusividad por equilibrio de las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales de contrato de préstamo

No obstante la afirmación del Tribunal Supremo (cfr. SSTS 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014) acerca de que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato de préstamo, y, en consecuencia, quedan excluidas del control de abusividad del contenido en aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE y que, por tanto, sólo son susceptibles de control de incorporación y transparencia; no faltan autores y sentencias de Juzgados de Primera Instancia y Mercantiles que consideran los intereses ordinarios como un elemento accidental o accesorio del objeto principal que es el préstamo, porque según los artículos 1740 y 1755 del Código Civil (en el mismo sentido los artículos 314 y 315 del Código de Comercio respecto del préstamo mercantil) «*el préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses*» y, además, «*no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado*»; lo que frustra

el propósito uniformador de la sentencia que comentamos y pone en jaque la seguridad jurídica y el principio de libertad de empresa.

Argumentan también estas sentencias de Tribunales menores que, aun cuando las cláusulas suelo constituyeran, realmente, un elemento esencial del contrato de préstamo, la no transposición al derecho nacional español del artículo 4.2 de la citada Directiva que es el que dispone que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ... siempre que estén redactadas de manera clara y comprensible*», debe entenderse como que el legislador español ha querido reforzar la protección de los consumidores facilitando el control judicial del precio o contraprestación de los contratos con consumidores, ya que así lo permite la propia Directiva que, en su considerando duodécimo, autoriza a los Estados miembros a establecer una protección más elevada para los consumidores mediante normas nacionales más estrictas, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, y lo confirman las sentencias del TJUE de 3 de junio de 2010 –Caja Madrid– y de 30 de abril –caso Caja Madrid– y de 3 de junio –caso Arpad Kásler– de 2014.

Sin embargo, como se ha expuesto en el epígrafe 5.5 de este comentario, no es éste el criterio del Tribunal Supremo español en las sentencias antes citadas, en las que considera errónea tal postura porque, en realidad, del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE resulta que lo relevante, a estos efectos, no es la distinción entre “elementos esenciales” y “elementos accesorios” del tipo de contrato en abstracto de que se trate, sino la distinción entre cláusulas que “definan el objeto principal del contrato” concreto en que se incluyen o, por el contrario, que afecten sólo al “método de cálculo” o constituyan “modalidades de modificación del precio”, y las cláusulas suelo, afirma la sentencia, «*forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del contrato*».

En cuanto al argumento de la posibilidad en el derecho español de control judicial de la abusividad del contenido de los elementos esenciales de los contratos con consumidores por la falta de transposición expresa del repetido artículo 4.2. del Derecho de la Unión, considera el Alto Tribunal que esa pretendida carencia de transposición no puede significar que quepa control de contenido sobre el precio de una compra o sobre el tipo de interés remuneratorio de un préstamo, por cuanto lo contrario vulneraría los principios de libre de empresa y contratación de nuestro derecho constitucional y civil (arts. 38 CE y 1255 y 1293 CC) que precisamente son los mismos que motivaron la exclusión de tal control en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Además, acogiendo a la doctrina de la STS 406/2012 de 18 de junio, la STS de 9 de mayo de 2013 considera que dicho artículo 4.2. sí se encuentra transpuesto en el derecho español porque «*esa finalidad es la que se buscó con la reforma de la dicción del antiguo artículo 10 de la LCU de 24 de julio de 1984 que se refería a “la buena fe y*

justo equilibrio de las contraprestaciones”, por la del actual artículo 80 de la TRLGD-CU de 30 de noviembre de 2007 que se refiere a “la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”, que –literalmente– no permite la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio prestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible “abusividad” del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés “conceptualmente abusivo”, sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio “interés usurario” que afecte a la validez del contrato celebrado».

En definitiva, más allá de la discusión acerca de si los intereses y, en consecuencia, las cláusulas suelo y techo, son elementos esenciales o accesorios del préstamo, considero que lo cierto es que sirven para determinar, siquiera eventualmente, un aspecto tan básico del contrato como la cuantía de las cuotas de amortización a pagar, por lo que según la Directiva 93/13, en los términos en que hemos visto que se considera transpuesta, deben quedar excluidos del control de abusividad de contenido. Comparto igualmente las razones en que se funda la sentencia para esta conclusión, es decir, en la aplicación del libre juego de la oferta y la demanda en el mercado, y encuentro arriesgado fiar la consideración de la no abusividad de las cláusulas suelo sólo a la ausencia de parámetros de referencia acerca de dónde se encuentra el límite entre lo abusivo y lo no abusivo, porque los Tribunales siempre podrían encontrar argumentativamente la existencia de tales parámetros como, por ejemplo, en función del interés legal del dinero o del interés moratorio vigente en un ámbito determinado.

e) La irretroactividad de los efectos de la sentencia

Sin duda la conclusión más controvertida de la sentencia que comentamos y de las de 25 de marzo de 2015 y 29 de abril de 2015 que de ella traen causa, es la declaración de la irretroactividad de sus efectos, a la hora de la devolución a los prestatarios adherentes de las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de cláusulas suelo, luego declaradas abusivas por falta de transparencia.

A este respecto, ya desde un primer momento se advirtió por la doctrina de las peligrosas consecuencias de esa declaración de irretroactividad ya que, no obstante haber sido dictada en el marco del ejercicio de una acción colectiva, el efecto de cosa juzgada material de la sentencia se extendería a los consumidores afectados por idénticas cláusulas suelo con las mismas entidades condenadas, por aplicación de los artículos 222.3 y 221.3 de la LEC, con el riesgo de serles rechazado el reintegro de todos los intereses pagados

indebidamente, en caso de ejercicio de la acción individual de devolución. Por ello, se ha afirmado que esa doctrina conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, al no haber sido oídas las concretas partes afectadas –los prestatarios en general–, causándoles indefensión. Igualmente se ha criticado la sentencia por vulneración del principio de congruencia procesal –art. 218.1 LEC–, al ampliar el fallo a peticiones no formuladas por la asociación de consumidores demandante (en realidad sí por el Ministerio Fiscal) que sólo había solicitado la cesación del uso de aquellas cláusulas que se estimaren abusivas.

También se argumentó, en contra de esta conclusión, que la declaración de irretroactividad implicaba una moderación de los efectos de nulidad de las cláusulas declaradas abusivas, ya que la nulidad absoluta, según dispone el artículo 1303 del CC, provoca la restitución íntegra de las recíprocas prestaciones de las partes, y que tal moderación no cabe en el ámbito de las condiciones generales de la contratación según resultaba de la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, que declaró la incorrecta adaptación de la Directiva 93/13 CEE al derecho español, dado que esa Directiva no contempla la posterior integración de la cláusula declarada abusiva, posibilidad que sí recogía la antigua versión del artículo 82 TRLGDCU español, hoy adaptada correctamente al Derecho comunitario.

Esta doctrina de la retroactividad, sólo hasta la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, no ha sido acatada pacíficamente por los órganos jurisdiccionales y así, son numerosas las sentencias de juzgados mercantiles y de Audiencias Provinciales que han aplicado el carácter retroactivo de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo hasta el momento de la celebración del contrato, con restitución íntegra de las cantidades percibidas indebidamente por los bancos; argumentando, en contra de la aplicación de la conclusión de la sentencia de 9 de mayo de 2013, la diferente naturaleza de la acción ejercitada en ambos supuestos, en uno la acción colectiva de cesación de uso de las cláusulas –STS de 9 de mayo de 2013– y en el otro la acción individual de nulidad de la cláusula –las de los tribunales inferiores. Se destacaba además, en esas sentencias menores, que en el supuesto de la sentencia TS de 9 de mayo de 2013, al derivar del ejercicio de una acción colectiva, no se había solicitado la devolución de las cantidades abonadas indebidamente, mientras que en el caso del ejercicio de las acciones individuales si se había formulado tal pretensión, y que, precisamente, esa falta de reclamación de devolución en la sentencia que comentamos provocaba la inexistencia de cosa juzgada en relación a los demandantes en las ulteriores reclamaciones en cuanto esa parte de la acción ya que no habían participado en el anterior procedimiento.

Sin embargo, como queda expuesto en el epígrafe 5.9, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo y 29 de abril de 2015 han ratificado el cri-

terio de la retroactividad de la nulidad, sólo hasta el día 9 de mayo de 2013, también en caso de ejercicio de acciones individuales de devolución de cantidad, a cuyos actores se extiende el efecto de cosa juzgada, ya que, explican, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado. No obstante, a este criterio se han opuesto los magistrados Francisco Orduña Moreno y Xavier O'Callaghan Muñoz, en su voto particular a la sentencia de 25 de marzo de 2015, con argumentos semejantes a los antes expuestos de los Tribunales inferiores y por entender que la invocación al “orden público económico”, razón principal, a su juicio, del fallo de la sentencia de 2013, no procede en el ámbito de la acción individual ya que su operativa singular no produce una afectación de la economía nacional; por lo que se manifiestan partidarios del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al banco predisponente.

La última palabra sobre este espinoso tema la tendrá el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al resolver sobre algunas de las cuestiones prejudiciales ya presentadas, el cual previsiblemente, siguiendo el criterio del informe –154/2015– de la Comisión Europea, se pronunciará en favor del carácter retroactivo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo desde la fecha de otorgamiento del préstamo hipotecario y revocando en este punto la doctrina del Tribunal Supremo español.

6. Bibliografía utilizada

- BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (I) y (II): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, núms. 8081 y 8092, año 2013.
- BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos y créditos hipotecarios (I): cláusulas suelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.752, año 2015.
- CARRASCO PRERERA A. y CORDERO LOBATO E.: «El espurio control de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de derecho de consumo*, núm. 7, año 2013.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, año 2013.
- MARÍN NARROS, H.D.: «Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia entorno a los swaps en los productos financieros», Ponencia en Jornada sobre Crédito Hipotecario en CUNEF, 30 de noviembre de 2015.

MATEOS FERRES M.: «Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, año 2013.

REYES LÓPEZ M.J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2015», *Revista del OCCA*, núm. 2, año 2015.