

CLÁUSULA SUELO: NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA Y PROBLEMAS DE INSEGURIDAD JURÍDICA*

Ma Carmen González Carrasco

Profesora Titular de Derecho Civil (acreditada CU)

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Antecedentes. 2. ¿Está regulada en nuestro Derecho la cláusula de “suelo” hipotecario? 3. Los motivos del fallo anulatorio: un control de transparencia de las condiciones generales distinto del control de incorporación y del control de contenido. A. El fundamento de la demanda. B. El fundamento del fallo anulatorio. C. Crítica a la fundamentación del fallo. 4. Los (limitados) efectos de la declaración de nulidad. 5. La normativa sobre protección y transparencia que el TS no considera suficiente para cumplir con los requisitos de protección y la transparencia. 6. Conclusión. Nota bibliográfica

1. ANTECEDENTES

Hasta hace aproximadamente cinco años, nadie podía pensar que el índice de referencia basado en el “Europe Interbank Offered Rate” (EURIBOR) caería tan bruscamente y de una forma tan rápida que quedaría por debajo del valor medio de los “suelos” establecidos como límite a la variación de los tipos de interés en los contratos de préstamo hipotecario. De hecho, los suelos hipotecarios previstos en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable (el 97% de los contratados en España respondían entonces a dicha modalidad) nunca

se cuestionaron por abusivos hasta que, con la llegada de la crisis económica y las turbulencias de los mercados financieros, se alcanzaron los mínimos históricos registrados en el año 2009. El Euribor pasó del 5,3% vigente en julio de 2009 al 1,226% con el que se cerró el mes de febrero del año siguiente. A septiembre de 2009, el 53% de los saldos de las operaciones con limitaciones a la bajada del tipo de interés se habían visto afectados por primera vez por la aplicación del tope al descenso de tipos. Sólo entonces (hasta dicho momento los suelos habían permanecido por debajo del tipos medios de mercado y, por supuesto, del Euribor) las

* Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

asociaciones de consumidores repararon en las consecuencias prácticas de la cláusula, que hasta entonces había permanecido incuestionada. Conviene adelantar, porque ello resulta del máximo interés en un sistema procesal regido por el principio dispositivo, que las demandas iniciales se basaron en el carácter abusivo de la cláusula por falta de reciprocidad de los valores suelo-techo, y que la STS de 9 de mayo de 2013 (*Tol 3671048*), que se citará en adelante como STS 9.5.2013, declaró su licitud (¡a través de un fallo parcialmente estimatorio!), declarando su nulidad por falta de transparencia.

La cláusula suelo comenzó siendo objeto de una Moción parlamentaria evacuada en el año 2009, a la que siguió un extenso Informe del Banco de España recabado por el Senado y por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y dos acciones colectivas, una interpuesta por AUSBANC contra BBVA, Caja Mar y La Caixa, ya resuelta, y otra por parte de ADICAE contra varias entidades bancarias¹. El proceso iniciado por AUSBANC contra las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés en préstamos hipotecarios obtuvo un primer éxito tras dictarse la sentencia (estimatoria de la nulidad solicitada) 246/2010 de 30 de septiembre, del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Sevilla. Poco después, la sentencia de 7 de octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), revocaba la sentencia declarativa de nulidad y cesación de la cláusula suelo dictada por el Juzgado. Siete semanas antes de la publicación de su fallo se producía el hecho insólito de que una nota de prensa adelantaba el sentido de la deliberación que daría lugar a la STS 9.5.2013. Dicha Sentencia fue objeto de aclaración por Auto de 3 de junio de 2013 [(*Tol 3752439*), en adelante ATS 3.6.2013] y de un incidente de nulidad interpuesto por las entidades demandadas que fue rechazado por Auto de 6 de noviembre del mismo año (*Tol 4009824*).

Desde el primer momento tuve la sensación de que los medios de comunicación se habían precipitado al echar las campanas al vuelo en virtud de una sentencia que no decía lo que los

medios de comunicación se estaban encargando de difundir. En un anterior trabajo sobre la cláusula suelo publicado por mí en el Centro de Estudios de Consumo², contemplaba con escepticismo esta precipitación sobre el éxito final del proceso iniciado por AUSBANC, hoy en trámite de recurso de amparo. Me equivocaba a medias. En efecto, la STS 9.5.2013 ha declarado la nulidad de las cláusulas que se sometieron a enjuiciamiento, pero de ella no puede en absoluto derivarse que haya estimado la pretensión de abusividad en los términos en que fue interpuesta por AUSBANC.

Según el Tribunal Supremo, “las cláusulas suelo *son lícitas* siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos” (FD 15º, § 256). Pero al mismo tiempo, las cláusulas suelo enjuiciados eran declaradas *no transparentes* y, por ello, abusivas. Las asociaciones de consumidores (y seguramente, también el Ministerio Fiscal, que se adhirió en trámite de recurso de apelación a la demanda interpuesta) reaccionaron con sorpresa ante la fundamentación de la nulidad finalmente declarada. Porque nadie había fundamentado su demanda en dicha causa de nulidad, ni en nuestro Derecho existía, ni existe, una categoría de nulidad por abusividad derivada de la falta de transparencia, sin perjuicio de control de incorporación. Y sobre todo, porque en un vano intento de contentar a todas las partes en conflicto, el Tribunal Supremo declaraba la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada, resultante improcedente la reclamación por las cantidades ya abonadas en aplicación de dicha cláusula.

Como ya se ha comentado más extensamente³, la sentencia no contentó a ninguna de las partes⁴, en especial en lo que se refiere a esta sorprendente irretroactividad de sus efectos. La resolución contiene argumentos indefendibles en el terreno de legalidad civil ordinaria y es de dudoso encaje constitucional, porque lesiona el derecho de tutela judicial efectiva de las entidades financieras demandadas y recurridas

al cambiar los términos del debate y declarar la nulidad por una causa no prevista en nuestro ordenamiento jurídico y basada en un fundamento jurídico no planteado y no susceptible de sustentar una acción colectiva. Pero el problema más grave, que pese a su dificultad que podría haber sido remediado, cuando la cláusula controvertida todavía se hallaba de nuevo *a las puertas de la casación*⁵, es la inseguridad jurídica creada, no ya sólo entre doctrina⁶, sino en el ámbito de propios tribunales inferiores⁷, que ante el apartamiento de la sentencia respecto de las exigencias del Derecho vigente, en unos casos se han sentido autorizados para reinterpretar, restringir, ampliar, desautorizar la doctrina allí sentada⁸, en otros, más simplemente, se han limitado a “acatar” por el principio de superioridad una resolución de la que abiertamente discrepan, procediendo a una declaración automática de nulidad que revela la inexistencia de un espacio propio para el examen de la transparencia⁹. Y en una minoría de casos, sin embargo, han optado por considerar que la sentencia no desplegaba sus efectos en acciones individuales de nulidad y daños y perjuicios distintas de la colectiva enjuiciada, y que en virtud del art. 117 CE los Jueces y Magistrados están sujetos a la Ley y a la Constitución pero no a la doctrina del Tribunal Supremo.

Lo cierto es que desde entonces hasta ahora, la cláusula suelo ha ocupado, junto con el escándalo de las preferentes, la actualidad del derecho bancario¹⁰, dando lugar a una jurisprudencia contradictoria también en lo que se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación¹¹ y a la eficacia temporal del fallo anulatorio¹². Pero sobre todo, con motivo de la segunda Sentencia del TS en la materia (STS 8 septiembre 2014, *Tol 4529142*); ponente Sr. Orduña Moreno, en adelante, STS 8.9.2014) se ha dictado un voto particular (Sr. Sancho Gargallo) que invita a una nueva reflexión sobre el carácter abusivo por falta de transparencia de la discutida cláusula.

El objetivo de las siguientes líneas es analizar la actual situación de inseguridad jurídica

creada por la argumentación de la primera sentencia sobre cláusula suelo dictada en casación en relación con la normativa sobre transparencia bancaria vigente, y la división de opiniones creada en el seno del propio Tribunal Supremo, puesta de manifiesto en el voto particular del magistrado Sr. Sancho Gargallo a la Sentencia de 8.9.2014.

2. ¿ESTÁ REGULADA EN NUESTRO DERECHO LA CLÁUSULA DE “SUELO” HIPOTECARIO?

La cláusula suelo no es otra cosa que una cláusula limitativa a la variación (a la baja) de los tipos de interés en préstamos a interés variable. Las cláusulas por las que se limita la variación del tipo de interés —lo que vulgarmente se denomina “suelo y techo”—, han sido habituales en los préstamos hipotecarios, e incluso, como el propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha insistido en resaltar desde las primeras reclamaciones formuladas por los clientes¹³, están previstas expresamente en la normativa de transparencia que regula la información que deben incorporar los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés en los préstamos hipotecarios a tipo variable. Dichos préstamos están expresamente regulados en el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, que se remite, en cuanto a la información a proporcionar sobre los mismos, a las normas de ordenación y disciplina dictadas al amparo del artículo 48 de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito; normativa que hoy se concreta en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden EHA 2899/2011) que sustituye a la OM 5 de mayo de 1994 y en la “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario”, publicada en julio de 2013 conforme al art. 20 de dicha Orden. Tanto en la OM de 1994 como en la actualmente vigente,

no sólo se acepta tácitamente la existencia de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable, sino que la misma se regula expresamente, declarando exigibles determinados requisitos de transparencia e información que al Tribunal Supremo le parecen insuficientes y en algún caso, incluso constitutivos de la opacidad generadora de la nulidad declarada.

También están expresamente contemplados en el art. 18 de la Ley 2/2009, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*¹⁴, para establecer el deber notarial de informar al consumidor y advertir a las partes de la desigualdad al alza y a la baja, haciendo constar dicha circunstancia en la escritura. Y, con posterioridad a la STS 9.5.2013, también está expresamente prevista en la Ley 1/2013¹⁵, de 14 de marzo, e implícitamente permitida en el art. 5.2 b) de la reciente Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito.

La práctica de establecer límites a dicha variabilidad tampoco es reciente. Su peso, según el informe del BE¹⁶, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera. También es una práctica que ha experimentado pocas alteraciones, dado que, salvo en 2009 (año en el que se produjo una significativa elevación de las operaciones con límites a la subida y a la bajada de tipos, lo que ha elevado la importancia de estas operaciones en 10 puntos porcentuales hasta situarlas por encima del 40%), se había venido situando en torno a un tercio de las operaciones. Argumento éste que no es baladí, puesto que, como considera el voto particular disidente de la falta de transparencia decidida en el fallo de la STS 8.9.2014, "...que, a pesar de pactarse un interés variable, se establezca un tipo de interés mínimo, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorpresivo después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas, en el que participaron de forma

masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas".

3. LOS MOTIVOS DEL FALLO ANULATORIO: UN CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DISTINTO DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y DEL CONTROL DE CONTENIDO

A. EL FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

Según la asociación de consumidores demandante en el proceso que dio lugar a la STS 9.5.2013, la cláusula suelo afecta al equilibrio de las posiciones de las partes en el contrato porque, mientras que el límite mínimo de variabilidad se alcanza de hecho, impidiendo al consumidor la variación a la baja del interés inicial pactado, el límite máximo ("techo") no es susceptible de servir de cobertura al riesgo de una elevación proporcional a aquélla en contra de la entidad acreedora. Y es que si la media de suelo que aplicaban las entidades demandadas era del 3,56%, la del techo - estaría en el 12,67%, un nivel de riesgo de elevación de tipo de interés muy difícil de materializarse.

Frente a dicha fundamentación, acogida inicialmente en la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre, del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Sevilla, y posteriormente rechazada por la Audiencia Provincial, el TS afirma que las cláusulas suelo son "lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidoras del *objeto*¹⁷(sic) principal del contrato¹⁸ y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos". El TS no sólo excluye la abusividad por falta de reciprocidad, sino que expresamente declara la licitud de las cláusulas discutidas en cuanto al fondo, y aclara que se trata

de una cláusula habitual que puede responder a razones objetivas del mercado crediticio¹⁹. La sentencia avala incluso la licitud de las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo (& 258), porque de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, *al operar aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo*.

En efecto, “no existe necesidad de que exista equilibrio o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes suelo-techo” (& 257), y “corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites impuestos por el legislador” (& 259). Además, la cláusula está expresamente prevista por el Legislador y su supresión encarecería el coste del crédito (& 262). Precipitarse en generalizar la consideración de abusiva a toda limitación desigual de la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable habría implicado desconocer la naturaleza jurídica y la función contractual de la cláusula en cuestión. En principio, el “techo” cumple una función similar a la de instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés a que se refiere el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. También lo es que las acotaciones al alza, no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés. De hecho, según se expresa en el mismo, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de este riesgo. Sin embargo, la imposición de un techo más bajo agravaría sin duda el préstamo reduciendo el período de amortización y aumentando el montante de las cuotas sin que el riesgo de una subida de los tipos de interés a medio plazo compense al consumidor de las desventajas que ello supone a corto plazo. Y en definitiva, acabará con la modalidad de interés variable, eliminando las ventajas que para el consumidor reporta la misma (interés inferior, plazos

de amortización mayores y un menor coste en su eventual amortización anticipada).

B. EL FUNDAMENTO DEL FALLO ANULATORIO

Como consecuencia de este rechazo de la nulidad por el carácter abusivo pretendido en la demanda, el TS no dicta una sentencia desestimatoria, sino que, por el contrario, dedica los siete apartados del FJ sexto a justificar, con base en la doctrina del TJUE sobre el control de oficio de las condiciones generales de la contratación, el apartamiento de los argumentos de nulidad por falta de reciprocidad alegados por el Ministerio Fiscal y AUSBANC y la posibilidad de acoger un motivo de nulidad no alegado, esto es, la falta de transparencia en la fijación del interés debido por el consumidor, que la propia STS resume de la siguiente forma:

“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, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”.

C. CRÍTICA A LA FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO

La anterior argumentación no se puede compartir²⁰, por las razones que seguidamente se exponen:

a) El TS ha considerado que nuestro Derecho necesitaba una norma como es el § 307 (1) inciso segundo, del Código civil alemán (BGB²¹) para colmar una laguna que nuestro sistema no ha padecido nunca, precipitándose con ello en el abismo de una oscura transparencia²². Se conculca con ello el sistema de fuentes del Derecho, porque en definitiva se viene a decir que las cláusulas suelo enjuiciadas no superan el juicio de validez a pesar de haber satisfecho el estándar de transparencia del art. 80.1 y la exigencia de buena fe del art. 82.1 del TRLCU²³ porque no superan un tercer criterio que no está formulado en sitio alguno salvo, como reconoce el TS, en el propio art. 80.1, el cual, *como reconoce el propio TS*, ya ha sido cumplido por las entidades bancarias. No puede olvidarse que la categoría de las cláusulas “sorprendentes” fue expresamente rechazada en la tramitación parlamentaria de la LCGC²⁴ y que los requisitos de incorporación de la LCGC (arts. 5 y 7) y el TRLCU (arts. 80 y 83), a diferencia de lo que ocurre en Alemania (país que decidió transponer la exoneración del control de abusividad de los elementos esenciales que permitía el art. 4.2 de la Directiva 13/1993), ya son exigibles en nuestro país a la determinación del precio y el objeto del contrato²⁵.

b) Para el cumplimiento de este tercer criterio de transparencia que exige la STS, se descalifica como medio de cumplimiento la satisfacción de todas las exigencias que impone la normativa sectorial que precisamente tiene como finalidad conseguir un óptimo nivel de información - transparencia a favor de los deudores hipotecarios. Y no sólo: la mayoría de las tachas de transparencia que la Sentencia achaca a las cláusulas en cuestión (especialmente la ubicación separada del tipo de interés, la formulación junto con el techo y la “abrumadora

información” a que se refiere la STS 9.5.2013) tienen su origen en el cumplimiento de dicha normativa.

c) Considera el TS que el nivel de transparencia que su sentencia exige, y que según la misma no cumplen las cláusulas suelo objeto de la declaración de nulidad del fallo, impide al consumidor “percatarse de su importancia”, lo cual las convierte en abusivas, aun cuando, como admite expresamente en el § 216, cumplen con los requisitos de inclusión. En definitiva, según el TS, existe un criterio de abusividad relacionado con la comprensibilidad real que escapa del control de inclusión para determinar abusividad por sorpresividad. Pero es evidente que la sorpresa ha de causarle un “desequilibrio importante” en el sentido del art. 82 TRLCU, si no queremos caer en la más absoluta (y *contra legem*) creación judicial de Derecho. Porque, según la STJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013, 89), en la que el TS se apoya para justificar la introducción de oficio de la *abusividad por falta de transparencia*, “para determinar si se causa el desequilibrio ‘pese a las exigencias de la buena fe’, por el órgano judicial llamado a estimar de oficio la abusividad de la cláusula “debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”.

¿Los consumidores habrían sopesado la cláusula suelo para decidir su elección?

Creemos que no, a pesar de la inexistente actividad judicial valorativa al respecto en este caso. El consumidor medio centra su decisión sobre el coste actual en el momento de contratar. La propia Sentencia asume esta realidad (§ 220), transcribiendo la opinión al respecto del Informe del Banco de España remitido al Senado²⁶. Y sobre este coste, en dicho momento, el consumidor habría admitido cualquier limitación siempre que supusiera una bajada, siquiera ésta fuese mínima. Porque para el consumidor siempre será mejor un límite a la bajada del interés que un interés fijo, que

notoriamente le ha ofrecido el mercado y que éste ha rechazado. Si el Tribunal Supremo considera que el consumidor desconoce la cláusula suelo, también ha de serlo que desconoce el techo. Lo cual significa que habría aceptado un préstamo cuyo interés (conocido y aceptado como variable) se hubiera elevado sin límite alguno conforme a las fluctuaciones del mercado crediticio. ¿Puede mantenerse tras esta consideración que para el consumidor era esencial la expectativa futura de un coste sustancialmente menor? Creemos que tampoco. El consumidor —y menos el consumidor ignorante que toma como paradigma el TS— no realiza el juicio previo a sus elecciones sobre circunstancias eventuales, como lo es en nuestro caso la bajada de tipos²⁷. Por lo tanto, no es posible concluir en la transcendencia de las limitaciones a la rebaja del coste del crédito en las posibilidades reales de elección del consumidor entre varias ofertas cuando a la vez se acepta que el consumidor, ignorante también del techo, contrató aceptando la posibilidad de un coste ilimitadamente superior. La Sentencia castiga al consumidor futuro solicitante de crédito con la desaparición de los préstamos a interés variable, así como del propio techo, que no puede subsistir sin el suelo.

d) Persiste otra crítica que escapa de los argumentos de legalidad ordinaria y pasa a situar el problema en el ámbito constitucional en el que ahora se encuentra. En ningún momento del proceso y por ninguna de las partes se discutió la falta de transparencia o sorpresividad de la cláusula suelo²⁸. En términos de la *causa petendi* que delimitó la *litis contestatio*, (abusividad por falta de reciprocidad suelo-techo) las afirmaciones contenidas en los & 257, 258 y 259 de la Sentencia deberían haber provocado la desestimación de la demanda y, por ende, la confirmación de la sentencia de la Audiencia. En ellos, hemos podido comprobar cómo la sentencia avala incluso la licitud de las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo, porque la oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de

la información que se facilita al consumidor, al operar aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. Pero, como hemos dicho, la sentencia justifica, con base en la doctrina del TJUE sobre el control de oficio de las condiciones generales de la contratación, el apartamiento de los argumentos de nulidad por falta de reciprocidad alegados por el Ministerio Fiscal y AUSBANC y la posibilidad de acoger un fundamento de nulidad no alegado, cual es la abusividad que se produciría —al margen del criterio de abusividad del art. 82 TRL-CU— por defecto de transparencia en la cláusula considerada. Afirma el Tribunal Supremo que ‘la interpretación a contrario sensu del art. 4.2 de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del *objeto principal del contrato* (sic) se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible’. Y que ello pueda llevarse a cabo de oficio, *atempinando las clásicas rigideces del proceso*. Pero la doctrina comunitaria no permite amparar una actuación de oficio en la aplicación directa de la norma, sino que en una interpretación correcta, invita al juzgador a que *de oficio abra un incidente* (o lo invente, si la norma nacional no lo habilita) *para que se puedan determinar de manera contradictoria* los hechos²⁹, o los nuevos hechos, relevantes para la decisión y entonces sí, por segunda vez, el juez actúe de oficio en la aplicación de la norma *“tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”*(STJUE *Banif*, n. 23). Lo contrario incurre en incongruencia y genera indefensión a las demandadas porque ninguna de las partes, ni siquiera el Ministerio Fiscal, ha tenido ni la posibilidad ni la ocurrencia de alegar y probar lo que a su derecho importare sobre si las cláusulas suelo discutidas, que son lícitas, han incurrido o no en alguna de las contingencias listadas en el Fundamento decimotercero y que las condena a nulidad por lo que nadie pidió.

Cosa distinta ocurriría si, a modo de lo que sucede en el Derecho alemán, austriaco o francés, existiera algún mecanismo para que el tribunal planteara a las partes la posibilidad de acoger una calificación jurídica alternativa de los hechos, dándose oportunidad de defenderse de la forma que consideraran oportuna, a modo del planteamiento de la tesis del proceso penal³⁰. No siendo esto así *fuera del ámbito del control de oficio* en los términos de la doctrina explicada del TJUE, la regla *iura novit curia* sólo permite al juzgador aplicar el Derecho que “como estime más acertado”, ajustándose al “genuino fundamento de la pretensión, siempre que no prescinda de la *causa petendi*”.

4. LOS (LIMITADOS) EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Si la cláusula suelo es intrínsecamente válida en cuanto al equilibrio de las prestaciones de las partes, la declaración de nulidad por falta de transparencia que realiza la STS 9.5.2013 no pudo tener otro objeto que los contratos sometidos a enjuiciamiento, y como únicas destinatarias, las entidades bancarias demandadas³¹, disponentes de las cláusulas impugnadas, que según el TS *carecen de la transparencia exigida en el art. 80.1 TRLCU, de manera que no permiten al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato (sic) y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*.

El TS considera que los efectos de la declaración de nulidad *no se pueden extender a cualesquiera cláusulas suelo incluidas en contratos de otras entidades no demandadas*. En realidad, ni siquiera podrán ser aplicables a otras cláusulas suelo incluidas en contratos de las propias entidades demandadas que no sean los constitutivos del objeto de dicha demanda³². Según la sentencia, los efectos del fallo quedan limitados *“a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando*

no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”. Y dado que cualquier aditamento informativo tendrá el efecto de excluir la cláusula en cuestión de tan declaración de nulidad, el colofón es asimismo una publicidad de la sentencia atípica, sesgada, en la que *no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe junto a la del fallo* (cuya publicación en prensa sí se acuerda) y sin perjuicio del mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo que ordena el art. 22 LCGC.

Según el TS, ello es así porque: a) La demandante no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demandada; y, b) por el casuismo propio de la nulidad cuando la misma no se debe al desequilibrio contractual de las partes sino a las deficiencias de información que las hacen “no transparentes”.

La primera de las razones cae por sí sola. La eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva puede determinar la prohibición de utilizarla en el futuro sin necesidad de que el demandante solicite la extensión de los efectos de la prohibición a otros contratantes (art. 221.1 LEC). De hecho, es este efecto lo que justifica que la legitimación quede limitada en las acciones de cesación a determinadas entidades y órganos dirigidos a la actuación de los intereses generales de los consumidores. Es decir, que si realmente nos encontrásemos ante un fallo estimatorio de una acción de cesación contra cláusula abusiva, el efecto del fallo se extendería automáticamente a cualesquiera cláusulas del mismo tipo.

La segunda de las razones aducidas por el Tribunal Supremo, más cercana a la verdadera justificación de la limitación de los efectos del fallo, traiciona la aparente congruencia de los argumentos de nulidad de la sentencia en relación con la causa alegada por la entidad demandante. Es más, viene a reconocer que la falta de transparencia puede determinar la no incorporación de la cláusula aisladamente con-

siderada y analizada en función de múltiples variables particulares (del tipo de las analizadas en este proceso), pero que, como defecto en la formación de la voluntad contractual, es un criterio relativo, subjetivamente condicionado, un problema de transparencia e información a la clientela que por depender de elementos externos a la propia cláusula enjuiciada (cumplimiento de deberes de información impuestos a las entidades por la normativa vigente, diligencia en los deberes impuestos al Notario actuante...) no susceptible de convertirse en el objeto de una acción colectiva de cesación³³. A diferencia de la abusividad de fondo (que se consiente, pero de forma impuesta), la falta de transparencia incorpora un juicio de cognoscibilidad que ha de apreciarse caso por caso. Aquí puede ponerse el ejemplo de la gestión del conflicto de las participaciones preferentes y la gestión de carteras de inversión, muy ilustrativas en este sentido³⁴. La jurisprudencia ha dado por bueno que no todos los suscriptores son igualmente protegibles, en función de su nivel cultural, de la información (incluso oral) a la que hayan podido tener acceso, de su perfil de riesgo, etc. Por esa razón desde el principio se abortó judicialmente la posibilidad de litigar la licitud de las participaciones preferentes en el seno de procedimientos colectivos en que se ejercitan abstractamente acciones de cesación. Sin embargo, las cláusulas abusivas “en todo caso” constituyen un supuesto de ilicitud, de contravención de norma imperativa (art. 1.258 CC, justo equilibrio de las obligaciones y derechos de las partes) que puede verificarse en abstracto. Por eso, las cláusulas abusivas pueden ser objeto de una acción colectiva de cesación, mientras que la no incorporación de una cláusula a un contrato concreto requiere un análisis del grado de comprensibilidad y consentimiento a la cláusula en cuestión³⁵.

Lógicamente, esto no pudo ni podía decirlo el Tribunal Supremo sin desestimar la demanda y desandar el camino recorrido desde la demanda que dio lugar a la sentencia (estimatoria por razones de abusividad de fondo) del Juzgado. La congruencia procesal,

que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes, sólo podía salvarse dejando incólume el fundamento de la acción ejercitada o estimando una causa de nulidad de oficio distinta de la alegada. La “licitud intrínseca” en la que la sentencia insiste hacía imposible la primera opción. Pero, por lo anteriormente dicho, la no incorporación por falta de transparencia contemplada en el art. 80 TRLCU no es apreciable de oficio³⁶, a diferencia de la abusividad de fondo recogida en los arts. 82 y sigts. Y ni el Ministerio Fiscal ni la asociación demandante habían introducido este elemento en el debate ni en ningún momento del proceso se practicó la *prueba de la comprensibilidad del adherente medio no entendido en Derecho* que exige toda declaración de falta de transparencia³⁷.

Para dar el salto en el vacío que da la STS 9.5.2013 era necesario guardar la ropa de la congruencia convirtiendo la falta de transparencia en abusividad. Porque una vez realizada la conversión, podría el Tribunal estimarla de oficio a pesar de haber rechazado previamente el fundamento de nulidad intrínseca o de fondo de la acción ejercitada por la demandante.

Que los efectos del fallo sólo puedan ser extendidos a cláusulas *idénticas* no completadas con informaciones adicionales y que las cláusulas anuladas no se publiquen junto con el fallo de la sentencia se explica por esa razón. Esto es, de facto, no se ha estimado una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas, sino una suerte de acumulación de acciones de no incorporación. Es más: como la propia sentencia reconoce, la falta de transparencia ni siquiera deriva de una oscuridad interna de la cláusula (falta de claridad, sencillez, concreción, legibilidad y accesibilidad) sino de la falta de información [FJ 17º, 2.4 f)], información sobre la que además existe un deber de información externo e impuesto por la normativa vigente que en la mayoría de los casos se cumple pero al que la sentencia no alude.

Por lo tanto, en un panorama de inseguridad jurídica tal, las entidades bancarias lo tenían

muy fácil para eludir el reproche. También sería difícil sostener que con base al art. 84 TRLCU Notarios y Registradores pudieran negarse a la autorización e inscripción de cláusulas no idénticas pero sí similares o completadas sólo a efectos formales; y, además, el consumidor que deseara aprovechar los efectos de la sentencia tendría en principio que probar (¡al final en un proceso individual y distinto, en contra del espíritu de las acciones colectivas de cesación!) la identidad de la cláusula y la ausencia de otros “elementos” de información adicional. Y todo ello es consecuencia de una maquillada pero patente incongruencia procesal.

Sin embargo de la meridiana claridad de la licitud de la cláusula reconocida por el TS, la realidad demuestra que los efectos socioeconómicos del fallo anulatorio se han abandonado a la deriva de la inseguridad jurídica derivada de otras afirmaciones contenidas en la sentencia, haciendo de la incorrecta afirmación “el TS declara nula la cláusula suelo” el ejemplo más vivo del consejo gobeliano “repetir una mentira una y mil veces hasta que se convierta en verdad”. En la praxis no se ha realizado ningún esfuerzo por examinar las circunstancias de hecho de cada caso, y se aboca a una declaración automática de nulidad, revelando con ello la inexistencia de un espacio propio para el examen de la transparencia³⁸. Prueba de ello ha sido la reciente STS 8.9.2014 ya citada, que, si bien ha tenido por objeto la acumulación de ocho acciones individuales de nulidad interpuestas contra cláusulas suelo de la entidad Bankia, lo cierto es que ha hecho tabla rasa de la cuestión, omitiendo realizar una sosegada diferenciación entre las distintas circunstancias y formalidades tendentes a propiciar el conocimiento por parte del consumidor de las cláusulas objeto de enjuiciamiento, tal y como evidencia de forma clarísima el voto particular emitido frente a la misma por esta razón.

En un principio, tras la publicación de la STS 9.5.2013, la Dirección General de Regulación y Estabilidad Financiera del Banco de España envió, el 25 de junio de 2013, una carta a las patronales del sector bancario (AEB,

CECA y UNACC) para que trasladaran a sus socios la necesidad de revisar si las cláusulas suelo de sus hipotecas se adecuaban a la resolución. Se señalaba igualmente que las entidades “deberán, en lo sucesivo, extremar la atención a la hora de comercializar las hipotecas que incorporen este tipo de cláusulas siguiendo, *en especial y entre otros, los requerimientos de información, transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, así como los criterios establecidos por la sentencia del Supremo*”. El Gobernador del Banco de España afirmó la necesidad de hacer desaparecer las cláusulas suelo en los casos en los que su legalidad apareciese como dudosa. Pero todo ello sin una orden de retirada a la AEB y a la CECA en tal sentido, sino una llamada de atención a las entidades para que revisen sus cláusulas y decidan bajo su propia responsabilidad si se ajustan a los requisitos impuestos (a sensu contrario) por la STS 9.5.2013 y, de resultar lo contrario, las eliminen de sus contratos. Las sorprendentes dudas del máximo órgano de disciplina bancaria sobre la legalidad intrínseca de las cláusulas suelo sólo pueden explicarse desde la situación de inseguridad jurídica y devaluación del sistema de fuentes creada tras la sentencia.

Las afirmaciones³⁹ de los máximos responsables del Banco de España sorprenden por su resignación ante la inseguridad jurídica creada por la STS 9.5.2013. Desde el Banco de España bien podría haberse entendido, y esto habría sido lo correcto, que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, habría venido a reconocer la licitud de la cláusula suelo cuando la misma se ajusta a las obligaciones de información y transparencia de la normativa sectorial reguladora de los préstamos hipotecarios. Lejos de ello, el TS exige a las entidades que sujeten las cláusulas a una sentencia que fue dictada con anterioridad a dicha normativa, que en la actualidad tiene rango de ley. Sentencia que, por si ello no fuera suficiente, se permitió aclarar su fallo por Auto de 3 de junio de 2013, endureciendo las condiciones

del mismo (al considerar suficiente una sola de las circunstancias descritas en el FJ decimotercero, § 225, para calificar como abusiva por falta de transparencia la cláusula en cuestión) y, lo que es peor, advirtió, con clara referencia a las normas de transparencia vigentes, que la utilización de “determinadas fórmulas”, “*formalismos a menudo carentes de eficacia real*” no será suficiente para impedir la falta de transparencia, esto es, para permitir al consumidor *identificar la cláusula como definidora del objeto (sic) del contrato y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*. En efecto, las entidades recurridas presentaron solicitud de rectificación, aclaración y subsanación de la sentencia, interesando que la Sala aclarase, entre otros, el apartado séptimo del fallo de la Sentencia en el sentido de que la declaración de nulidad sólo es predicable respecto de las cláusulas suelo allí indicadas, de modo que satisfacen el requisito de transparencia las cláusulas suelo respecto de las que se hayan observado al menos una o algunas de las medidas indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado o, en su defecto, respecto de las que se hayan adoptado medidas equivalentes (como por ejemplo la comunicación de información verbal o por escrito, o la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante u otro documento análogo).

Según el TS, a través de su Auto de 3 de junio de 2013 queda “aclarado”:

a) que el apartado séptimo del fallo establece “seis motivos diferentes” de falta de transparencia. Y que una cláusula puede ser abusiva por contravención de únicamente uno de ellos es debido a que sólo uno se refería a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas, cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. b) Que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. c) que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. d) “que la presencia aislada de alguna, o

algunas no determina necesariamente que la cláusula sea abusiva por falta de transparencia”.

Por su parte, el § 300 de la sentencia limitó los efectos del fallo a las entidades que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, “cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

En consecuencia, no se sabe cómo se puede satisfacer en el futuro el test de transparencia del § 225, porque (a) la procedencia de uno de los criterios de no-transparencia no hace sin más nula la cláusula, ya que el defecto puede ser compensado por otras cláusulas o por la “impresión de conjunto” de la cláusula suelo; (b) ni tan siquiera la concurrencia de todos los factores negativos determina de suyo y siempre la nulidad porque, según el Auto, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios; y, más importante, (c) puede resultar que una cláusula suelo llegue a ser no-transparente a pesar de no haber incurrido en ninguno de los factores de no-transparencia listados en § 225, por estar afectada de alguna otra patología oculta que no se predefine. d) No se sabe qué otra información adicional podría ser suficiente para compensar la falta de transparencia declarada por la Sentencia.

5. LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y TRANSPARENCIA QUE EL TS NO CONSIDERA SUFICIENTE PARA CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE PROTECCIÓN Y LA TRANSPARENCIA

Cuando la sentencia del TS fue dictada, ya estaba vigente, aunque no resultase

aplicable a los préstamos objeto del pleito, la EHA/2899/2011, que vino a sustituir a la OM 5.5.1994⁴⁰. La Orden determina los requisitos de la información precontractual y el contenido contractual de los préstamos hipotecarios, partiendo de la existencia de la cláusula suelo y determinando los requisitos de la información previa y de la inclusión en el contrato de las cláusulas de este tipo. Sólo cinco días después de la publicación del fallo de la sentencia se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que incluye un artículo 6 dedicado al fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios, en el que de nuevo se parte de la licitud de las cláusulas de limitación del interés al alza y a la baja, exigiendo determinados deberes notariales en la verificación de los anteriores deberes. La sentencia ha declarado que la observancia más escrupulosa de los requisitos de información-transparencia impuestos por la normativa imperativa sectorial (OM de 5.5.1994, vigente en el momento de la contratación objeto del proceso, actualmente sustituida por la Orden EHA/2899/2011) no servirá para satisfacer el estándar de transparencia exigido por el juzgador, cuando es manifiesto que éste fue y ha sido el propósito del Ministerio de Economía y del Banco de España cuando las dictó. Es claro, pues, que la existencia de la “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario”, publicada en julio de 2013 conforme al art. 20 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden EHA 2899/2011) con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información estandarizada para adoptar sus decisiones de financiación, no constituye de suyo “esa información adicional” que según el TS eliminaría la falta de transparencia de la cláusula. Tampoco aparece con claridad que la información

“orientativa” de las *Fichas de Información Precontractual (FIPRE)* previstas por el art. 21 de la Orden EHA/2899/2011 sea suficiente para el TS para eliminar un posible supuesto de falta de transparencia.

¿Bastará el cumplimiento mero y simple del requisito casi rutinario exigido por la Ley 1/2013, de que el consumidor haga constar de forma manuscrita que conoce la naturaleza y efectos de la cláusula? ¿Es esto lo que *faltaba* a las entidades demandadas para conseguir alcanzar el estándar de validez? Porque, como se advirtió en su momento⁴¹, “si con tal cosa quedaba satisfecha la exigencia, y no podía ser de otra forma, salvo que se concluyese el principio de legalidad, el empeño de la sentencia es un *non sequitur*, que condena a las entidades demandadas *por nada* y les exige en el futuro acomodarse a una exigencia *que es nada*”. El resultado es que la sentencia padece de una absoluta falta de lógica en la motivación: el cumplimiento escrupuloso de los estándares de información transparente exigidos por la norma sectorial no garantiza que la cláusula suelo en cuestión no sea de nuevo anulada como no transparente; más aún, este cumplimiento será indiciario de que no se está respetando la exigencia de la *verdadera* transparencia. La sentencia impone un programa de cumplimiento que, o bien las entidades ya están cumpliendo, o bien no pueden cumplir sin infringir la normativa sectorial correspondiente o bien sólo pueden cumplir, y no incumplir la norma sectorial, mediante la reduplicación de información documental productora de una “información abrumadoramente exhaustiva”, lo que les hará sucumbir finalmente y sin remisión en el reproche de falta de transparencia “por información abrumadora y excesiva”. Un repaso de la información previa y coetánea a la firma de la escritura de préstamo que impone la normativa sectorial en relación con la cláusula suelo-techo así lo demuestra⁴². Veamos por qué:

a) Si se cumple el estándar formal documental impuesto por las normas sectoriales, la cláusula suelo/techo incurrirá en el defecto de falta de transparencia por información

abrumadora y excesiva que achaca la sentencia a las cláusulas objeto de la demanda (artículo 25 EHE 2899/2011: Información adicional sobre cláusulas suelo y techo: “En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima; art. 29: las cláusulas financieras serán establecidas de forma separada al resto de cláusulas restantes, cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la ficha de información personalizada (por lo tanto, volverá a reiterarse la cláusula suelo en las nºs 2,3,5,6,14 y anexo de las condiciones financieras de la escritura de la forma ya vista en relación con la FIPER.

b) Según el TS, puede ser nula una cláusula que *crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero* (§ 217). Pero entonces la cláusula suelo, que el propio TS considera lícita, sería siempre nula, porque de hecho el préstamo seguirá siendo a interés variable a pesar de la cláusula y en virtud de la misma, y así debe indicarse según lo dispuesto en la normativa sectorial vigente. En el apartado 14 de la Ficha de Información Personalizada (FIPER) figurará la frase “debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este 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, en negrita, sombreado o con letras de mayor tamaño]” y que los arts. 23.1 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y 30.3 de la Orden EHA/2899/2011 concretan las obligaciones de asesoramiento que ex art. 147 RN (redactado por RD 45/2007) incumben al Notario autorizante⁴³, entre las que se encuentran, *en préstamos a interés variable*, la necesidad de informar sobre las cláusulas suelo-techo.

c) Según el TS, conduce a la no-transparencia la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del *objeto* (sic) principal del contrato. Si lo que quiere decir la STS es que la cláusula suelo define, complementándolo⁴⁴, un elemento esencial del contrato, la exigencia se reduce a ubicarla junto a la cláusula definitoria del interés variable y el diferencial aplicable *de forma destacada* (lo que, como ya hemos visto, ya exigía y exige la normativa sectorial) a modo de especificación del interés mínimo (y máximo) a pagar. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, que regula la ficha de información personalizada de obligatoria entrega al consumidor (FIPER), se especifica de forma destacada, dentro del apartado dedicado al interés, la modalidad de su determinación, fijo, mixto o variable y en este caso, la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado, o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés. Y en el artículo 25 de la Orden se establece la necesidad de una información adicional sobre cláusulas suelo y techo, según el cual, en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, *se recogerá en un anexo*⁴⁵ *a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.*

d) Según el TS, crea falta de transparencia la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (§§ 219, 258). Esta exigencia es asimismo de difícil cumplimiento, habida cuenta de que la normativa vigente exige que ambos extremos figuren de forma unitaria y destacada en la misma información y cláusula contractual “límites al alza y a la baja”. En el apartado 5.6) de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario publicada por el Banco de España en julio de 2013 siguiendo el mandato contenido en el artículo 20 de la Orden EHA/2899/2011, y en la disposición adicional tercera 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 el máximo órgano de disciplina bancaria reconoce que *es el cliente quien debe prestar atención y valorar la diferencia existente entre el suelo y el techo, y la relación que estos guardan con el tipo de referencia seleccionado cuando el contrato incluya estas cláusulas* (cláusulas techo, suelo, o techo y suelo), previstas en la normativa de transparencia (actualmente en la Orden EHA/2899/2011) de forma necesariamente conjunta (vid. art. 21, Anexo I, *Ficha de Información Precontractual o FIPRE*, secc. 3; art. 22, *Ficha de Información Personalizada o FIPER*, secc. 2; secc. 3; secc. 5 c; art. 25, Anexo a la FIPER; art. 29, cláusulas financieras reiterativas de la FIPER). La propia OM 5.5.1994 vigente en el momento de la contratación objeto de los contratos objeto del proceso exigía asimismo hacer constar en la misma cláusula financiera los límites mínimo y máximo inmediatamente después de la formulación general de la variación y de la identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia (en un apartado 3º a la cláusula financiera 3ª bis) en términos absolutos (tipo de interés porcentual máximo y mínimo) “cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo” y en caso contrario, “de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho. La consecuencia es que las entidades no pueden evitar de ninguna forma incorporar conjuntamente las cláusulas techo y suelo, porque la norma sectorial exige que se hagan constar en una misma casilla la existencia de limitaciones cualesquiera a la alteración de los tipos. Será entonces la norma la que cree la *falsa impresión* de que el techo es una limitación proporcional y recíproca del suelo, pero las entidades financieras no pueden hacer nada por evitarlo.

e) Según la sentencia, se incurre en falta de transparencia cuando no se aportan simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible

del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. Este requisito ha de considerarse sobradamente cumplido, no sólo con la información personalizada inclusiva de las características del préstamo que debe facilitar la entidad antes de su contratación a través de la FIPER, en la que debe hacerse una mención específica y especial a las mismas “de forma destacada en negrita, sombreado y carácter de mayor tamaño”, indicando el tipo mínimo y máximo a aplicar y la cuota máxima y mínima que habría que pagar como consecuencia de la aplicación de esos techos y suelos (ANEXO II Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Sino, sobre todo proporcionando las simulaciones a que obliga el art. 26 de la Orden según lo dispuesto en la sección 3 de las instrucciones para la cumplimentación de la FIPER. El art. 26 de la Orden EHA/2899/2011 establece que habrá de adjuntarse a la Ficha personalizada, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se expresarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor. De acuerdo con el art. 27 de la Orden, pueden utilizarse los tipos de referencia oficiales allí definidos, que se publican mensualmente. Por su parte, la sección Tercera, dedicada a las instrucciones de cumplimentación de la FIPER, ordena:

Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

a) *variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;*

b) *valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;*

c) *el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.*

f) Otra cuestión relativa a la seguridad jurídica en relación con los efectos de la STS 9.5.2013 es la de los distintos medios de información al consumidor (de pluralidad de medios de información adicional a las cláusulas anuladas habla el auto aclaratorio) en relación con los efectos del fallo a contratos existentes en el momento de la misma. Según el art. 22.3 de la Orden EHA/2899/2011), toda información adicional a la FIPER que la entidad facilite al cliente debe figurar en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha personalizada, lo que parece imponer la plasmación por escrito de la información oral que la entidad alegue haber proporcionado. Pero desde el momento en que se plasme en documento separado una mención a que el adherente ha recibido información adicional, se corre el riesgo de caer en el formulismo que la STS rechaza como mecanismo de transparencia.

6. CONCLUSIÓN

Como ya se apuntó cuando la cláusula suelo se encontraba de nuevo a las puertas de la casación⁴⁶, el Tribunal Supremo tenía en el nuevo recurso planteado con motivo de la acción de nulidad interpuesta contra una nueva oportunidad para clarificar los criterios de transparencia que considera exigibles, y debe hacerlo declarando la coincidencia entre sus exigencias y los requisitos establecidos por la normati-

va sectorial actualmente vigente. Solo de esta forma podría recuperarse la confianza de los operadores financieros y conseguirse restablecimiento de la seguridad jurídica en un sector en el que las vacilaciones de los tribunales están conduciendo al encarecimiento del crédito y al entorpecimiento de la recuperación del mercado inmobiliario. Nada de ello ha ocurrido. La Sentencia de 8.9.2014 ha reiterado su doctrina sobre la abusividad por falta de transparencia ajena y distinta al control de incorporación y situada en el ámbito del control de contenido, aplicándola y considerándola indiscriminadamente aplicable a las ocho cláusulas objeto de sendas acciones individuales acumuladas. Con ello ha aumentado la inseguridad jurídica y ha negado de facto la validez de las cláusulas suelo, en contra de la propia Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que en su art. 5.2 b) presupone su validez.

La existencia del voto particular disidente del fallo en cuanto a la falta de transparencia apreciada por la mayoría en relación con dos de los contratos sometidos a enjuiciamiento así lo demuestra: "... para un consumidor, en mayo de 2007 y en mayo de 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado, además, una oferta vinculante en la que se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor "las consecuencias económicas derivadas a su cargo"..." La consecuencia de todo lo anterior es que, según mi parecer, las cláusulas suelo correspondientes a los dos contratos de préstamo hipotecarios reseñados, aplicando la doctrina de la Sala sobre el control de transparencia, no debían ser declaradas abusivas".

NOTAS

1. La acción, que dio lugar al Juicio Ordinario 471/2010, se dirigió inicialmente contra 45 entidades. Finalmente se elevó a 53 el número de bancos y cajas demandados.
2. “Una visión alternativa sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable” <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/15/2010/15-2010-8.pdf>.
3. CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las ‘cláusulas suelo’ es inconstitucional”. Diario La Ley, nº 8160, 2013; “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.
4. Muy significativo al respecto es el comunicado oficial de AUSBANC sobre el alcance real de la STS 9.05.2013 y la necesidad de interponer acciones individuales para obtener la nulidad pretendida, (http://www.ausbanc.es/web/Comunicado_oficial_en_relacion_a_la_sentencia_del_2013510143754.asp
5. CARRASCO PERERA, A. “La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación”. (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/17.pdf>). Publicado en Centro de Estudios de Consumo, 3 de marzo de 2014.
6. En contra de la irretroactividad de los efectos anulatorios de la sentencia: (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf>); CORDERO LOBATO, E. “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). Diario La Ley, ISSN 1138-9907, nº 8088, 2013, y “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, pp. 129-133; HERNÁNDEZ GUARCH, C.: La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, Págs. 134-169; PUIG MATEU, J. El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación. Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 parte Comentario; GARCÍA MONTORO, L. Nota jurisprudencial: “Contra la sentencia del tribunal supremo sobre cláusulas suelo: Hay que devolver las prestaciones”; (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/clausulas_suelo.pdf)1.; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, InDret, Julio de 2013, p. 5; “La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario: entre la satisfacción y el estupor”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº. 38, 2013, pp. 30-35; MATEOS FERRES, M. “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013” Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 (parte Comentario); AGÜERO ORTIZ, A. “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o, de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales” (<http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp>); “Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos” (<http://blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales/>). A favor de ella: PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, Diario La Ley, núm. 8097, LA LEY 3134/2013, p. 3. ORDUÑA MORENO, J.: “Control de transparencia y cláusulas suelo”. Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario).
7. La SAP Cáceres (Sección 1ª), sentencias núm. 257/2013 de 2 octubre y 61/2013 de 18 junio declara “patente” la falta de información. Al igual que la SAP Córdoba (Sección 3ª) núm. 180/2013 de 31 octubre, dicha resolución entiende que la posterior renegociación de suelo ante la reclamación extrajudicial del prestatario suponga negociación individual. En igual sentido, sobreseyendo la ejecución por iliquidez de intereses derivados de cláusula nula, Auto AP Córdoba núm. 28/2014 de 29 enero. Aplica de forma igualmente automática los criterios de falta de transparencia de la STS 9.5.2013 el auto de la AP Burgos (Sección 2ª), auto núm. 15/2014 de 28 enero. Sin embargo, la SAP Pontevedra (Sección 1ª), núm. 446/2013 de 29 noviembre, en contra de dicho automatismo declara que afectando la cláusula suelo a un elemento esencial del contrato no queda sujeta al control de contenido, que en sí misma no es contraria a la buena fe ni por sí misma puede entenderse como una estipulación que cause desequilibrio económico a las partes del contrato. En el mismo sentido, SAP Cuenca (Sección 1ª), núm. 210/2013 de 30 julio y SAP Almería (Sección 2ª), núm. 55/2014 de 12 marzo y Auto AP Zaragoza (Sección 5ª), núm. 494/2013 de 19 noviembre. Finalmente, no faltan resoluciones que directamente la consideran nula por desequilibrio de fondo entre suelo y techo (SAP Murcia (Sección 4ª) núm. 530/2013 de 12 septiembre).

8. Algunas resoluciones posteriores siguen el criterio contrario al establecido por el Tribunal Supremo y están acordando la devolución de cantidades Auto AP Barcelona (Sección 14ª), núm. 108/2014 de 9 mayo, SAP Valencia (Sección 9ª), núm. 174/2014 de 9 junio, SAP Huelva (Sección 3ª) de 21 marzo 2014; SAP Asturias (Sección 4ª), núm. 120/2014 de 8 mayo y núm. 87/2014 de 28 marzo, que se considera autorizada para esgrimir razones serias para apartarse del precedente de la STS 9.5.2013 en virtud de las objeciones de la doctrina científica a la misma. En contra, asumiendo la irretroactividad como criterio aplicable a pesar de no tratarse de acción colectiva, SAP Vizcaya (Sección 4ª), núm. 83/2014 de 10 febrero, SAP Pontevedra (Sección 1ª), núm. 70/2014 de 27 febrero y SAP Ourense (Sección 1ª), núm. 108/2014 de 31 marzo. Una tercera interpretación consiste en aplicar la irretroactividad únicamente a las cantidades abonadas con anterioridad a la fecha de la STS 9.5.2013, como entiende la SAP Islas Baleares (Sección 5ª), sentencia núm. 155/2014 de 26 mayo o el Auto de la AP Granada (Sección 4ª), núm. 82/2014 de 11 abril y SAP Jaén (Sección 1ª), núm. 145/2014 de 9 abril. Pero como afirma GIMÉNEZ GLUCK, D. (“La suspensión cautelar de la cláusula suelo” Actualidad Jurídica Aranzadi num.880/2014 parte Comentario (BIB 2014\592), otros (pocos) Juzgados más respetuosos con la irretroactividad declarada por el TS se han planteado la viabilidad de acordar la suspensión cautelar de la cláusula suelo para evitar que el consumidor tenga que pagar, durante la pendencia del proceso, los intereses devengados como consecuencia de la aplicación de una cláusula que, previsiblemente, será declarada nula. Así, el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 9 de octubre de 2013, o el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga de 28 de enero de y el Auto de la AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 77/2014 de 21 febrero. En estas resoluciones se viene a concluir que procede la adopción de la medida solicitada por el consumidor, subsumiéndola bien en la medida del artículo 726.1.1ª en relación con el artículo 727.7, bien en la medida del artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimando que concurren los presupuestos para su adopción, esto es, apariencia de buen derecho, pliego por la mora procesal, y prestación de caución.

9. La SAP Madrid, secc. 28ª, de 26 julio 2013, FD 4ª, *da por supuesto* que han concurrido en todos los casos las contingencias de no-transparencia, como mecanismo alternativo para declarar en abstracto la nulidad de las cláusulas suelo examinadas en la acción colectiva. En igual sentido, Auto AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 59/2014 de 17 febrero. Lo mismo ocurre cuando se da curso al control de transparencia en la fase de oposición al juicio ejecutivo ordinario o hipotecario, como ocurre en la SJPI Huelva 1, 31 julio 2013 y el AJPI 7 de Collado Villalba (Madrid) de 5 de septiembre de 2013, (comentado por GONZÁLEZ CARRASCO, C. en este mismo Centro de Estudios de Consumo) y en el Auto AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 185/2014 de 30 abril.

10. En la doctrina, sobre las “cláusulas suelo”, véase CASTILLA CUBILLAS, M., “Sobre la abusividad de las cláusulas de ‘suelo’ hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2011, nº 1 (BIB 2011, 289), pág.1 ss.; ORDUÑA MORENO, J. “Control de transparencia y cláusulas suelo” Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario). PÉREZ CONESA, C., “Nulidad de la ‘cláusula suelo’ en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva”, Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº. 2 (BIB 2011, 592), p. 1 ss.; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9 (BIB 2011, 840), p. 81-94 ss. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, De 7 de octubre de 2011)”. Revista de Derecho Bancario num.126/2012 (Artículos Doctrinales).

11. Ejemplos de su aplicación a minoristas no consumidores son las SSAP Córdoba (secc. 3ª, 114/2013) de 18 junio 2013 (), y Huelva 21 de marzo 2014 (secc. 3ª, 151/2013).

12. Una síntesis de la variedad de criterios utilizados para reinterpretar, obviar, matizar o por el contrario, resignarse a la doctrina resultante de la STS 9.5.2013 por parte de las Audiencias Provinciales puede encontrarse en el artículo de CARRASCO PERERA, A. “La cláusula suelo de nuevo... cit. Coincidimos plenamente con el autor cuando afirma que “la situación anárquica ha llegado a su punto máximo de desarrollo posible, desde el momento en que las secciones especializadas de la AP Madrid (sección 28ª, SAP 23 julio 2013) y de la AP Barcelona (sección 15ª, SAP 16 septiembre 2013) sostienen ya interpretaciones distintas sobre cómo debe entenderse el contenido del § 293 de la sentencia del TS y que en la sala de Barcelona uno de los tres magistrados haya formulado voto particular, lo que hace sospechar que la regla sancionada puede no ser estable”.

13. Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, p. 115.

14. Art. 18: *Deberes notariales y registrales*: “1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito

con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”.

2. En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán: ... b) En el caso de préstamo o crédito a tipo de interés variable, advertir expresamente al consumidor cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: ... 3º) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto”.

15. Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Publicada en el BOE 116 del 15 de mayo de 2013, fecha de su entrada en vigor. Modificada por la Disposición Final Decimoséptima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

16. Según el Informe realizado por el Banco de España para la Dirección General del Tesoro y de Políticas Financieras, remitido asimismo al Pleno del Senado, el 71% de la cartera encuestada no tenía restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí tenía limitaciones al descenso, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tenía limitaciones a la subida; en sentido contrario, el 28% de la cartera tiene un techo o “cap” que limita la subida del tipo de interés, en un 85% de los casos unido a un suelo.

17. Llama la atención la reiteración de la afirmación consistente en que la cláusula suelo configura el objeto del contrato. La cláusula es un elemento accesorio de la fijación del *precio* del préstamo y constituye una cláusula limitativa a la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable que actúa a modo de instrumento de cobertura del riesgo. Pero de ahí a decir que constituye el objeto del contrato es tanto como decir que el porcentaje de descuento en el precio de la cosa vendida constituye un elemento esencial del contrato, lo cual es manifiestamente incorrecto.

18. Los intereses, variables o no, de un préstamo hipotecario no son indemnizatorios, sino remuneratorios del capital prestado. Y dentro de ese carácter, no son accesorios, sino determinantes del precio final, sujeto en su determinación a múltiples variables en función del riesgo para la entidad. Forman parte del precio de la operación que, como elemento esencial del contrato (que no su objeto, como desafortunadamente afirma la STS), está en principio excluido del control de contenido previsto por el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE. Y también lo es que la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las entidades de crédito establece la libertad de fijación de precios de los servicios bancarios siempre con sujeción a las normas sobre transparencia bancaria emanadas de dicha ley. La STS afirma en su & 196 que en principio, y a pesar de la posición jurisprudencial vacilante sobre la cuestión (expuesta por CÁMARA LAPUENTE, S. en “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia: del STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo”, Revista Cesco de Derecho del Consumo nº 6, 2013, pp. 98 y ss.), no cabe control sobre el equilibrio respecto del objeto (*sic*, elementos esenciales) del contrato. Pero seguidamente, en el & 97 afirma que el hecho de que una condición general definitoria del objeto (*sic*) del contrato no admita un control de abusividad en función de su contenido no es óbice para que la misma haya de someterse al doble control de transparencia que constituye la ratio *decidendi* de la Sentencia, y que es objeto de nuestro análisis crítico en las páginas siguientes. La STS de 1 de julio de 2010 (RJ 2010/6554), siguiendo la STJCE de 3 de junio del mismo año, ya declaró que el control de oficio del carácter abusivo no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias, pudiendo asimismo extenderse a las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual si los Estados Miembros, en su libertad para imponer una protección más amplia del consumidor, no establecían tal limitación. Por otra parte, aunque la sentencia no se refiere a ello, la propia Directiva condiciona dicha exclusión mediante la frase “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Y de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 *bis* a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adoptan disposiciones que “[...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración”. Como han afirmado CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., (“El espurio control de transparencia de las condiciones generales de la contratación” (Estudios y consultas)”. Revista CESCO de Derecho del consumo nº 7, 2013, p. 177), es evidente que cabe control de las cláusulas relativas al tipo de interés (cfr. art. 85.3 TRLCU). Si el límite a la variación a la baja del tipo de interés no lo admite no es porque sea una condición general definitoria de un elemento esencial del contrato, sino porque no existen parámetros adecuados para que el Juzgador pueda ponderar dicha abusividad.

19. En el mismo sentido, argumentos de GONZÁLEZ CARRASCO, C. en “una visión alternativa...”, cit. (www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigacion/2010/44.pdf).

20. Aunque a favor del control de transparencia se expresan ORDUÑA MORENO, J. “Control de transparencia y cláusulas suelo” Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario). PÉREZ CONESA, C., “Nulidad de la ‘cláusula suelo’ en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva”, Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº. 2 (BIB 2011, 592), p. 1 ss.; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9 (BIB 2011, 840), p. 1 ss.

21. El párrafo, dedicado al control de contenido de las condiciones generales de la contratación afirma que, independientemente de su adecuación a la buena fe y al equilibrio contractual, una cláusula puede ser también ineficaz si no es clara y comprensible.

22. Como oscuro es el planteamiento del problema que el propio TS se crea a sí mismo en el & 215, al afirmar: a) Que *el cumplimiento de los requisitos de transparencia* de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, *es insuficiente* para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, *si no es transparente (sic)*.

23. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

24. En el Proyecto de Ley se recogía una letra C) en el art. 5, afirmando que no quedar incorporadas al contrato las condiciones generales que “de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia (BOCG Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 5-9-1997, núm. 78-1). Resulta relevante y premonitorio constatar que el Grupo Parlamentario Catalán, autor de la enmienda de supresión, consideró que el supuesto introducía gran inseguridad jurídica (BOCG, Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 23-10-1997, núm. 78-6, enmienda 81, p. 41).

25. Como afirma CÁMARA LAPUENTE, S., a quien seguimos en esta reflexión, en su trabajo “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia (de la STJUE 3 junio 2010 (Caja madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo)” (REVISTA CESCO DE DERECHO DE CONSUMO, núm. 6 (2013).

<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>: *Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo.*; “... El interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 TFUE. No corresponde al Tribunal de Luxemburgo decir cuál es el significado de una laguna legislativa en un Derecho nacional, sino sólo interpretar la Directiva y, en el caso que nos ocupa, señalar si una norma comunitaria puede o no ser alterada por los Estados Miembros al acometer su implementación. Más aún: la solución genuina del Derecho de la Unión Europea ante la falta de transposición de las reglas contenidas en una Directiva es la interpretación del Derecho nacional de conformidad con dicha Directiva...”

26. “[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]”.

27. (Sobre ello, véanse las interesantes reflexiones de CÁMARA LAPUENTE, S. *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2006. p. 114).

28. Una argumentación ampliada de esta crítica puede encontrarse en CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional”. Diario La Ley, nº 8160, 2013; “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.

29. “El juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva” (SSTJUE Pénczygi, n. 56; Banco Español de Crédito, n. 44; Banif, n. 24; Aziz, n. 4).

30. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 108.
31. CARRASCO PERERA, A. /GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “¿Hay que “quitar” las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios?”. (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf>, 22.7.2013).
32. Y, como acertadamente afirma CORDERO LOBATO, E. “Utilizar cláusulas suelo no constituye infracción administrativa” (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/ti8ab.pdf>, publicado el 8.3.2014).
33. Como afirman CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., en “El espurio control de transparencia de las condiciones generales de la contratación” (Estudios y consultas. Revista CESCO de Derecho del consumo nº 7, 2013).
34. STS 18 abril 2013, RJ 2013\3387; Sobre la reconducción de la falta de transparencia a vicio del consentimiento en contratación de swaps, SAP Barcelona 28 junio 2013 (JUR 2013\269229).
35. GONZÁLEZ CARRASCO, C. “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo 2013”, Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, pp. 98-115.
36. Incluso los autores que consideran existente un *tertium genus* de abusividad entre no incorporación y abusividad por contenido niegan que pueda estimarse de oficio la falta de transparencia o la sorpresividad. Así, PERTIÑEZ VILCHEZ, F, único autor español que ha dedicado una monografía a sostener la existencia de una abusividad basada en la falta de transparencia en nuestro Derecho, afirma textualmente en relación con “la apreciabilidad de oficio” lo que, por su interés, reproducimos: *El TSJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la apreciabilidad de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas en la Sentencia de 27 de junio de 2000, que resuelve sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera instancia núm. 35 de Barcelona, relativa a una cláusula de sumisión expresa... La decisión del TSJUE es extensible a aquellos supuestos de cláusulas abusivas en los que, como ocurre con la cláusula de sumisión expresa, el vicio de abusividad sea patente, pero no a aquellos supuestos de cláusulas abusivas en los que la constatación de la abusividad no es posible sino mediante una valoración, que sólo judicialmente y mediante un proceso contradictorio se podría hacer, pues de lo contrario se estaría conculcando el derecho del predisponente a defender argumentos o a aportar pruebas. Las cláusulas abusivas sobre el precio y el objeto, y las cláusulas sorprendentes pertenecen a este segundo grupo de cláusulas cuyo carácter abusivo no es patente y sólo puede determinarse tras una valoración judicial a la vista de las alegaciones y de las pruebas practicadas por ambas partes sobre las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y el resto del contrato... La necesidad de valoración excluye, conforme al principio de contradicción, la posibilidad de que la nulidad de estas cláusulas sea declarada de oficio” (Las cláusulas abusivas por falta de transparencia. Págs. 230-231).*
37. Prueba que se exige incluso en aquellos ordenamientos en que la transparencia se erige en requisito de contenido (PETER ULMER, ERICH BRANDNER, HORST-DIETHER HENSEN), AGB Kommentar, &307, Rd 51 (11ª ed), ed. Otto Schmidt, Colonia, 2011.
38. La SAP Madrid, secc. 28ª, de 26 julio 2013, FD 4ª *da por supuesto* que han concurrido en todos los casos las contingencias de no-transparencia, como mecanismo alternativo para declarar en abstracto la nulidad de las cláusulas suelo examinadas en la acción colectiva. Lo mismo ocurre cuando se da curso al control de transparencia en la fase de oposición al juicio ejecutivo ordinario o hipotecario, como ocurre en la SJPI Huelva 1, 31 julio 2013 y el AJPI 7 de Collado Villalba (Madrid) de 5 de septiembre de 2013, comentado por GONZÁLEZ CARRASCO, C. en este mismo Centro de Estudios de Consumo. Según noticia del HERALDO DE ARAGÓN 26/09/2013, el Juzgado de lo Mercantil 1 de Madrid ha anulado por abusiva, no por falta de transparencia, una cláusula suelo de BANTIERRA.
39. Previamente, el ministro de Economía, Luis de Guindos, en la misma línea, había pedido al Banco de España que vigilase que toda la banca elimina las cláusulas cuando el cliente no haya sido debidamente informado, y sin que ello implicara un endurecimiento de otras condiciones del préstamo.
40. La primera norma de Derecho interno específicamente destinada a regular esta materia fue la OM de 5.5.1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (modificada por OM 27.10.1995 y afectada por el art. 40 del RDL 6/2000). Ha de tenerse en cuenta, además, la Recomendación de la Comisión de 1 marzo 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas

de créditos vivienda. Esta Recomendación no excluyó la aplicación de la legislación nacional en la materia (en el caso de España, la OM 5.5.1994), aunque invitó a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que la información adicional exigida a nivel interno pueda sumarse a la información exigida en la Recomendación (art. 4 I de la Recomendación). Sin embargo, en España no fue grande el impacto de esta Recomendación comunitaria, pues los contenidos sobre los que debe versar la información son similares a los que preveía la OM 5.5.1994. La entidad debía entregar gratuitamente un folleto informativo con los contenidos del anexo I y del art. 4 (art. 3). La entidad que decidía concertar el préstamo debía realizar una oferta por escrito y firmada por su representante, que debería mantenerse al menos durante 10 días hábiles contados desde su entrega, salvo que mediaran “circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad” (art. 5.1 OM 5.5.1994). Debía contener en todo caso las cláusulas financieras del anexo II y del art. 5.2 (art. 5 OM 5.5.1994), coincidentes con las de la escritura. Entre ellas, los tipos de interés variable debían quedar definidos en la cláusula financiera 3ª bis de la escritura. La OM 5.5.1994 preveía formas concretas, pero se permitía la definición de cualquier otro modo, siempre que resultase claro, concreto y comprensible por el prestatario (cfr. RRDGRN 14.3.2002, RA 6183; 15.3.2002, RA 6184). Si “se pactaban”, debían indicarse los límites a la variación del tipo. Además, debía indicarse el índice de referencia conforme al cual variaría el interés.

41. CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, MC., “La doctrina casacional sobre la cláusula suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”. *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, nº 7, 2013. (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.

42. Remitimos para ello al “mapa” de exigencias derivado de en la normativa sectorial contenida en la OM 5.5.1994 y en la vigente EHE 2899/2011 que hemos trazado en el anterior trabajo “La doctrina casacional sobre la cláusula suelo... cit.

43. El Notario advertirá de la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tanto en sus aspectos generales como en los detalles concretos que, en relación con la escritura a autorizar, sean sometidos a su consideración (cfr. art. 23.1 LCGC). Por su parte, el art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011 impone al Notario las siguientes obligaciones: 1) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente, y con la suficiente antelación, la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia. 2) En préstamos a interés variable, *comprobar si el cliente ha recibido la información relativa a los tipos de interés (entre otras, instrumentos de cobertura, cláusulas suelo y techo) y advertirle expresamente cuando el tipo de referencia pactado no sea uno de los oficiales (definidos en el art. 27 de la Orden), cuando el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores, cuando se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, advirtiéndole expresamente de los efectos de estas cláusulas.*

44. Complementándolo pero no definiendo el elemento esencial, puesto que la ausencia de la cláusula suelo no determina la nulidad del contrato.

45. La existencia de este anexo prueba por sí sola la imposibilidad de cumplimiento de todos los reproches de falta de transparencia que realiza la STS 9.5.2013. Porque si se quiere evitar que la cláusula quede oculta en una gran cantidad de datos, habrá de proporcionarse en anexo; pero si ello se hace así, la Sentencia achaca entonces que no se destaque de forma suficiente su importancia como “objeto” (sic) del contrato.

46. CARRASCO PERERA, A., en su trabajo “La cláusula suelo de nuevo a las puertas de la casación”. (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/17.pdf>).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AGÜERO ORTIZ, Alicia. “Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos” (<http://blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales/>).

– “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o, de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales” (<http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp>);

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “*El control de las cláusulas ‘abusivas’ sobre elementos esenciales del contrato*”, Cizur Menor (Navarra) Thomson - Aranzadi, 2006.

– “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo”. Revista CESCO de Derecho del Consumo nº 6, 2013, (Ejemplar dedicado a “práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo”), pp. 98-115.

CARRASCO PERERA, Ángel “La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación”. (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/17.pdf>). Publicado en Centro de Estudios de Consumo, 3 de marzo de 2014.

CARRASCO PERERA, Ángel, GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen. “¿Hay que “quitar” las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios?”. (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf>, 22.7.2013).

– “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las ‘cláusulas suelo’ es inconstitucional”. Diario La Ley, nº 8160, 2013.

– “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.

CARRASCO PERERA, Ángel. y CORDERO LOBATO, Encarna. “El espurio control de transparencia de las condiciones generales de la contratación” (Estudios y consultas). Revista CESCO de Derecho del consumo nº 7, 2013. (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 164-183.

CASTILLA CUBILLAS, Manuel. “Sobre la abusividad de las cláusulas de ‘suelo’ hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2011, nº 1 (BIB 2011, 289).

CORDERO LOBATO, Encarna. “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). Diario La Ley, ISSN 1138-9907, nº 8088, 2013.

– “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6/2013, (Ejemplar dedicado a “Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo”), pp. 129-133;

– “Utilizar cláusulas suelo no constituye infracción administrativa” (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/ti8ab.pdf>, publicado el 8.3.2014).

GARCÍA MONTORO, Lourdes. Nota jurisprudencial: “Contra la sentencia del tribunal supremo sobre cláusulas suelo: Hay que devolver las prestaciones”; (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/clausulas_suelo.pdf)1;

GIMÉNEZ GLUCK, David. “La suspensión cautelar de la cláusula suelo” Actualidad Jurídica Aranzadi num.880/2014 (parte Comentario). BIB 2014/592.

GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen. “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo 2013”, Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, pp. 98-115.

HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos: La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresa de declaración de irretractabilidad de las cantidades abonadas. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, (Ejemplar dedicado a: práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo), pp. 134-169.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. “De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, De 7 de octubre de 2011)”. Revista de Derecho Bancario num.126/2012 (Artículos Doctrinales). pp. 273-299.

MATEOS FERRES, María. “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013” Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 (parte Comentario); pp. 163-169.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. “Control de transparencia y cláusulas suelo” Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario).

– “Las cláusulas suelo: el control de transparencia”. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel / coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Vol. 2, 2014 (Volumen II), pp. 2363-2377.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid, Marcial Pons, 2007.

PÉREZ CONESA, Carmen., “Nulidad de la ‘cláusula suelo’ en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva”, Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº. 2.

PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco. “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9. *Las cláusulas abusivas por falta de transparencia*. Cizur

Menor (Navarra) Aranzadi, 2004. "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", InDret, Julio de 2013, p. 5; "La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario: entre la satisfacción y el estupor". El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº. 38, 2013, pp. 30-35. "Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9 (BIB 2011, 840), p. 81-94 ss.

PLAZA PENADÉS, Javier. "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", Diario La Ley, núm. 8097, LA LEY 3134/2013, p. 3.

PUIG MATEU, Josep. El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación. Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 parte Comentario; pp. 157-162.

ULMER, Peter; BRANDNER, Erich; HORST-DIETHER, Hensen), AGB Kommentar, &307, Rd 51 (11ª ed), Colonia, ed. Otto Schmidt, 2011.

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2014

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014