

ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONTRATACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS BANCARIAS TECHO-SUELO. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal de Consumidores y Usuarios de la Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

El controvertido asunto de las afamadas cláusulas bancarias techo-suelo de los préstamos hipotecarios va aclarándose a medida que los tribunales de justicia se pronuncian sobre su posible nulidad o abuso. El Tribunal Supremo, con su reciente Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, nos ilustra y se posiciona claramente al lado de la parte más débil de la negociación contractual: el consumidor, con argumentos que van a ser expuestos a lo largo de este trabajo y que, esencialmente, tienen su razón de ser en la falta de transparencia, y la defectuosa información del producto financiero a contratar y de las implicaciones económicas del mismo a largo plazo.

Palabras claves: cláusulas bancarias abusivas, techo-suelo, información y acciones.

Fecha de entrada: 14-10-2013 / Fecha de aceptación: 05-11-2013

**SOME ASPECTS OF THE CONTRACTING. SPECIAL REFERENCE
TO THE «FLOOR» CLAUSES AND THE «ROOF» CLAUSES.
PROTECTION OF THE CONSUMER**

José Ignacio Esquivias Jaramillo

ABSTRACT

The controversial matter of the famous floor and roof clauses bank of the mortgage lendings goes catching on as they declare the courts of Justice on his possible nullity or abuse. The Supreme Court, with his recent judgment 241/2013, of May 9, illustrates us and is positioned clearly next to the weakest part of the contractual negotiation: the consumer, with arguments that are going to be exposed and that, essentially, his reason has in the lack of transparency, and the defective information of the financial product to contract and of the economic implications of same long-term.

Keywords: bank improper clauses, «floor» clauses and «roof» clauses, information and actions.

Sumario

1. Introducción
2. Posición de inferioridad del consumidor
3. El control imperativo de las cláusulas abusivas. La revisión de oficio
 - 3.1. En las acciones colectivas y con relación a las cláusulas suelo-techo
4. Integración del contrato. Acciones individuales y colectivas
5. Información del producto a contratar
6. El consumidor
7. El posible aquietamiento a las cláusulas abusivas

1. INTRODUCCIÓN

Millones de personas han suscrito préstamos hipotecarios con cláusulas de interés variable (techo-suelo). La debida protección del consumidor pasa por comprobar si han firmado dichos préstamos convencidos e informados adecuadamente de cada cláusula. Sabemos que la posición jurisprudencial considera como dominante la posición del banco y de inferioridad la del consumidor, en un mercado de bienes y servicios dominado por la empresa, que es quien impone los contenidos contractuales a los que el consumidor simplemente se adhiere, limitándose así su capacidad de negociación y de información. La generalidad de los contratos de esta naturaleza ha contribuido a la formación de una contratación en masa que no garantiza la intervención individual del particular en la redacción de su contenidos, ignorando aspectos jurídicos relevantes del negocio jurídico que suscribe, y vulnerándose el justo equilibrio entre derechos y obligaciones recíprocos de las partes.

Los problemas que plantean en estos contratos en masa las cláusulas suelo-techo se pueden resumir en determinar:

- Si son condiciones generales de la contratación.
- Si forman parte esencial del contrato para integrar el precio.
- Si son accesorias o contingentes al precio.
- Si pueden ser revisadas de oficio por los tribunales de justicia.
- Si fueron objeto de información transparente, etc.

Es decir, se trata de efectuar el estudio de una materia sobre varias cuestiones ineludiblemente imbricadas, con la ayuda de la jurisprudencia y de la normativa legal aplicable.

El análisis parte, por tanto, de la idea del consumidor como parte débil de la negociación, amparada en la existencia de un principio elemental: *pro consumitore*. Comprender la complejidad del contrato de préstamo, o asumir el alcance económico de lo que se contrata, y de todas las implicaciones financieras de una hipoteca a interés variable durante muchos años supone probar que se ha recibido la información exhaustiva y conveniente por parte del empresario –no la sucinta o genérica derivada de una mera oferta vinculante–, para llegar a la conclusión de que, a la firma del préstamo, se ha llegado a ciencia y a conciencia, aceptando las distintas tipologías de consumidores contratantes que concurren en el entramado del mercado bancario (el llamado «consumidor medio»). El empresario, que mantiene en muchos casos una posición de inequívoca

superioridad, tiene unas obligaciones previas que cumplir, para evitar después que la ignorancia del destinatario, respecto de las cualidades del producto contratado, pueda ser causa de nulidad o de abuso. Saber y conocer hacen que sea transparente el negocio y, por consiguiente, válido. Conocer el perfil del consumidor ayuda a tomar la decisión final por el empresario, persuadido del conocimiento, pues no toda persona es válida ni todo producto automáticamente aplicable a cualquiera que lo desee. Muchos de los errores provienen de generalizar la oferta, así como su adjudicación, sin el control riguroso y serio que debe hacerse a cualquier potencial consumidor, en función del perfil que tenga, superando los controles y los test previos de viabilidad.

2. POSICIÓN DE INFERIORIDAD DEL CONSUMIDOR

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), Sala primera, de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/2008), dice literalmente al respecto:

«Para responder a las cuestiones planteadas, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (Sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, rec. p. I-4941, apdo. 25, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, rec. p. I-10421, apdo. 25).»

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), de 14 de marzo de 1991, asunto C-361/89, nos recuerda que «el régimen particular establecido por los artículos 13 y siguientes del convenio está inspirado por el interés en proteger al consumidor como parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que su contratante».

En el mismo sentido: STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013; SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, apartado 25; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, apartado 22; de 6 de octubre de 2009, Asurco Telecomunicaciones, C40/08, apartado 29; de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 27; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lizing, C-137/08, apartado 46; de 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; de 14 junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11, apartado 19; de 14 de marzo de 2013, Aziz versus Caixa d'Estalvis de Catalunya, C-415/11, apartado 44; y de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41.

La consecuencia que se deriva de esa desigual posición que ocupan en el mercado el consumidor y el empresario está en la conciencia del legislador comunitario y en el artículo 6, apar-

tado 1, de la Directiva 93/13/CEE, al buscar restablecer el equilibrio entre las partes para que sea efectivo o real y no puramente formal. La mencionada directiva y la STS 241/2013, de 9 de mayo, señalan que: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». La jurisprudencia del TJUE interpreta este precepto en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real.

Por consiguiente, decir que el consumidor ostenta una posición de superioridad con respecto al empresario no es sino constatar algo muy superado en las distintas resoluciones de los tribunales de justicia. Y afirmar que se busca el equilibrio real entre los derechos y obligaciones, también. Lo cual tendrá su incidencia a la hora de analizar la validez de unas cláusulas, presumiblemente abusivas, que podrán contar con la protección legal y jurisprudencial aludidas. Es más –y como después veremos en el apdo. correspondiente de la apreciación de oficio de la nulidad de dichas cláusulas–, al consumidor no se le exige la invocación explícita del abuso de una cláusula, ni siquiera la renuncia a la misma por ser nula, precisamente por la facultad del juez de analizar de oficio esa nulidad, aun no invocada; con la prerrogativa de ese consumidor de poder aquietarse o no a la cláusula susceptible de nulidad. El consumidor se beneficia así de la asimetría, y el empresario está obligado a informar convenientemente del contenido de las cláusulas. La nulidad en las mismas es una consecuencia no solo de la contravención de la norma, sino de la preferencia del consumidor, a quien se le confiere la oportunidad de asumirlas o de acceder a la declaración de su nulidad. Y el contrato se mantendrá en cuanto al resto, disponiéndose su obligatoriedad para las partes por parte del juez, sin posibilidad de integración del mismo –eso lo veremos después–.

3. EL CONTROL IMPERATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. LA REVISIÓN DE OFICIO

El control puede venir referido a tres circunstancias: a) de un lado, la facultad del juez de analizar e inaplicar las cláusulas nulas de oficio; b) de otro, por la posibilidad o no de que, apreciada la nulidad, el juez pueda declarar válido el resto; y c) por la posibilidad o no de que ese juez integre el contrato, modificando la cláusula nula, dotándola de un contenido adecuado para que surta efectos (la denominada integración del contrato).

Ya tuvo ocasión el TJUE, en su Sentencia del Pleno de 27 de junio de 2000, de manifestarse en contra de la normativa española que impedía el control de oficio. Literalmente concluía así: «La protección que la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a estos implica que el juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya

sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales».

A su vez, la reciente Sentencia STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, en la línea de la anterior, hace referencia a la siguiente previsión del legislador, en un fragmento del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, como en el vigésimo primero considerando de esta, de que «el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes "en los mismos términos", si este puede subsistir "sin las cláusulas abusivas". Asimismo, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6, resulta que los jueces nacionales «están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor», sin que puedan modificar el contenido de la misma. Por tanto, el contrato debe «subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible». Es una manera indirecta de proteger al consumidor ante la previsión de establecer cláusulas abusivas, a sabiendas de que luego podrían ser moduladas por un juez. La normativa europea pretende evitar posponer para un pleito la legalización de una cláusula, evitándose así la generalización de una práctica viciosa en su origen, con la posibilidad de su rectificación por la vía judicial. Por ello, si es nula, lo es en su totalidad, y si el contrato puede sobrevivir con eficacia en cuanto al resto, el juez así lo declarará. A esto es a lo que se refiere el artículo 6 de la Directiva 93/13.

La intervención de oficio cobra sentido para alcanzar los objetivos de la normativa comunitaria. De tal suerte que, admitida la intervención judicial y limitada a la declaración de nulidad, el consumidor puede y debe ser informado por el juez de las cláusulas dubitativas para que se manifieste su intención de impugnarlas, y a las partes para que puedan articular los mecanismos legales en defensa de sus intereses. Esto es una consecuencia del equilibrio entre el principio de congruencia de las sentencias, establecido en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor «[l]as sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito», y el carácter expansivo que provoca la nulidad radical de una cláusula, porque, si bien las partes pueden ejercitar esa contradicción con respecto a las pruebas de la contraparte y los argumentos alegados, también deben estar informadas de la posible nulidad apreciada de oficio por el juez. Siendo cierto que el procedimiento civil se rige por la justicia rogada, también lo es que la nulidad permite al juez ir más allá de esa aportación de parte, mediante su intervención, aun cuando no se le haya pedido. Por supuesto que es una excepción a la norma, pero una excepción perfectamente admitida en derecho. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 así nos lo recuerda cuando dice: «Por ello, la coordinación entre los deberes de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la directiva y respetar el objetivo perseguido por el deber de congruencia, en el supuesto de que el juez aprecie de oficio la eventual nulidad de cláusulas abusivas en contratos suscritos entre empresarios y consumidores, impone someter a las partes todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando a tal efecto los mecanismos precisos».

Por consiguiente, el consumidor no solo puede invocar o no invocar, sino que también adquiere protagonismo tras la actuación del juez al comunicársele la existencia de una cláusula previsiblemente nula, pudiéndose pronunciar a favor de su nulidad o asumiéndola, confirmándose la asimetría aludida una vez más, y que la norma del artículo 6, en su apartado 1, se convierta en imperativa, razón por la cual la STJUE de 4 de junio de 2009 dice que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula». Cuestión diferente es la asunción o no del abuso de una cláusula por el consumidor, previo conocimiento por la comunicación judicial de que ha sido objeto. Aquí se trata de mantener la congruencia de la sentencia judicial, más allá de la intervención de oficio por el juez, mediante la comunicación, como una manera de preservar el principio de utilidad de la norma, porque la contradicción y la aportación de parte se ven protegidas cuando se ponen al servicio de las partes procesales «todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad».

El principio de efectividad del derecho de la unión prevé la intervención de oficio del juez y el deber de hacerlo. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32, según la cual «el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la directiva». El papel que el derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello» (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apdo. 23; de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apdo. 43; y de 4 de junio de 2009, Pannon, apdo. 32).

Por consiguiente, tres son los factores que entran en juego a la hora de justificar la intervención de oficio del juez que examina el contrato y busca su legalidad y concordancia con la directiva comunitaria precitada: el efecto útil, el principio de eficacia del derecho comunitario en cualquier Estado y la contradicción o aportación de parte, para que la congruencia de la sentencia quede salvada.

3.1. EN LAS ACCIONES COLECTIVAS Y CON RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS SUELO-TECHO

En cuanto a la extensión de esa facultad cuando se ejercitan acciones colectivas, y en los supuestos de elementos esenciales del contrato –por ejemplo, el precio o la adecuación del precio y la retribución; es decir, en cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato–, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 analiza, con profusión de datos legales, esta cuestión, distinguiendo entre la autonomía de la voluntad, que impide la revisión de estas cláusulas, y las vías alternativas de control. No parecen susceptibles de control de oficio; pero, curiosamente, el Tribunal Supremo considera que existe una fórmula alternativa –no de precio, o de la adecuación del precio y la retribución– basada en el análisis de la transparencia de la información proporcionada al consumidor. De lo que se colige que, si bien una cláusula no tiene por qué

ser inicialmente nula, la nulidad deviene por la ausencia de información al consumidor medio, si, al final de todo el proceso contractual, no ha tenido verdadero conocimiento de la naturaleza del producto que contrata o de las «implicaciones financieras del mismo». Y también el mismo tribunal encuentra otras razones de control del abuso en la ilustrativa Sentencia de 7 de julio de 1999: «No se abriga duda alguna de que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y de que la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya de salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales».

Por lo tanto, si se admite el control sobre lo económico (sobre el precio), se admitirá, según la interpretación que se haga –por ejemplo, en las cláusulas suelo-techo, o la suelo sin techo, a la luz de la jurisprudencia y de la legislación específica de consumidores y usuarios (desde el art. 82 en adelante)–, que puedan ser revisados su equilibrio, su buena fe, su reciprocidad, etc.

La normativa al respecto es clara:

- El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que «[...] a los efectos de la presente directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación».
- La Directiva dispone en el artículo 4.2: «[I]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

En el ejercicio de las acciones colectivas y refiriéndonos a las cláusulas suelo-techo, donde el interés público se halla claramente controvertido, si bien es cierto que la pluralidad de acciones y de perjudicados pudiera hacer del ejercicio de la acción una despersionalización del asunto (dificultando claramente la ejecución de la sentencia futura, impidiendo ver la realidad de cada caso y, por consiguiente, la nulidad de oficio, al relacionar cláusula de dudosa legalidad, referida con el objeto principal del contrato, afectando al perjudicado, no informado convenientemente de la mismas, por falta de transparencia), aunque parecieran existir obstáculos para su apreciación de oficio por el juez, la normativa es partidaria del control. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU) «[I]os poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado». Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, al referirse a las acciones colectivas en las cláusulas bancarias (techo-suelo), como quiera que «los servicios bancarios ya estaban catalogados como servicios de uso común, ordinario y generalizado por los consumidores y usuarios en el Anexo I.C) del Real Decreto 287/1991, de 8 marzo, por el que se aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa

de los Consumidores y Usuarios», entiende que el interés público y la protección del consumidor permiten la intervención en estas acciones colectivas. Además, el Ministerio Fiscal, legitimado activamente para intervenir, según dispone el artículo 15.1 de la Ley 1/2000, cuando el «interés social lo justifique», lo hace en defensa de esos intereses generales (art. 124 de la Constitución), y esa intervención social o pública es propia del sentido de la Directiva 93/13, y la razón de la intervención de oficio del juez. La asimetría de este tipo de procedimientos y la posición privilegiada del consumidor justifican la intervención de oficio del juez en la revisión de las cláusulas, incluso esenciales del contrato, referidas al precio, sin someterse a la aportación de parte y a la contradicción exclusivamente determinada por ellas en sus escritos de demanda y contestación; y ello por la vía de la información y de la transparencia. No se trata de negar virtualidad jurídica al hecho propio de la autonomía de la voluntad para fijar el precio o la retribución, según cómo lo hayan querido las partes de la negociación, sino de centrar la cuestión en el perfecto conocimiento de lo que se pacta, cuando el producto es complejo y de larga duración, y una de las partes del contrato, por su posición privilegiada en el mercado, por ser la dominante, impone unas condiciones no bien conocidas por el consumidor, que sí deben ser controladas judicialmente, como complementarias y necesarias a la hora de tomar la decisión de suscribir el contrato.

Las SSTJUE de 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 38, y de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 31, son muy claras y definen la razón de la intervención de oficio del juez con la siguiente exposición: «La importancia del interés público en que se basa la protección que la directiva otorga a los consumidores [...] justifica que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional». Y tal afirmación es predicable tanto en las acciones individuales como en las colectivas.

4. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO. ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

Visto lo anterior y conforme con las facultades del juez para actuar de oficio en los supuestos de cláusulas que afectan al objeto principal del contrato por la vía de la transparencia e información, ahora procede analizar si, declaradas nulas, el juez puede apartarlas del contrato e integrar el mismo, o simplemente declarar válido el resto del contrato no afectado por la nulidad.

Siguiendo la misma dinámica precedente de distinguir entre acciones individuales o colectivas, respecto de las primeras, el artículo 9.2 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) dispone que «[l]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1.261 del Código Civil».

En cuanto a las segundas, el artículo 12.2 de la LCGC dispone que: «La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz». Por consiguiente, no hay nada diferente en este artículo a lo establecido en el anterior, excepto que de la redacción de ambos preceptos parece deducirse para las acciones individuales la nulidad parcial con eliminación de las cláusulas nulas, determinándose la eficacia del resto del negocio jurídico o la nulidad total si afecta a los elementos esenciales del artículo 1.261 (consentimiento, objeto y causa), y en el otro artículo, el 12.2, para las colectivas, parece deducirse también que viene referido a una aclaración sobre la eficacia de la parte del contrato que permanecerá con efectos jurídicos, sin mencionarse la nulidad total del contrato. Lo cual no quiere decir que no lo pueda ser. Por otro lado, el artículo 10 –al que se remite el 9.2–, al decir: «La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia», está complementando lo anterior y nada añade tampoco a lo ya dicho.

¿El reenvío del artículo 9.2 al 10 permite aceptar la integración del contrato nulo parcialmente? La complementación o reinterpretación del contrato por el juez, tras la declaración de nulidad de alguna cláusula o condición general –con arreglo al art. 1.258 del Código Civil–, supone el despliegue de sus efectos conforme a las reglas de la buena fe, al uso y a la ley y sustituye voluntades particulares por la voluntad judicial. Lo cual no deja indiferente a la jurisprudencia española ni comunitaria, porque la estrategia del empresario de insertar cláusulas dudosas en la espera de que sea el particular quien invoque su nulidad, para, en caso de no hacerlo, vincularle, tiene la defensa de la intervención de oficio del juez que garantiza la no sujeción del consumidor a dichas cláusulas nulas, garantizando así sus intereses legítimos y el contenido del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE: «Los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato». ¡Y qué mejor manera de hacer que permitir la intervención de oficio del juez! En el mismo sentido se pronuncian las sentencias siguientes: Océano Grupo Editorial y Salvat Editores de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, rec. p. I-10875.

Pero esto no significa que el contrato, válido en parte y con efectos, pueda ser integrado por el juez. A ello se refiere con detenimiento y rigor la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 –a la que seguimos en sus razonamientos–: al artículo 10 precitado, hay que añadirle las previsiones expresas del artículo 83.2 del TRLCU, a cuyo tenor «[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. Además, otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispuso el apartado 2 del artículo 83.2 del TRLCU, a cuyo tenor «[a] estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posi-

ble la reconstrucción equitativa «para ambas partes», al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 del TRLCU que «solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá el juez declarar la ineficacia del contrato».

Como el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE procura eliminar toda cláusula abusiva, buscando la subsistencia del contrato «en los mismos términos», el artículo 83 del TRLCU, que permite «integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva», es contrario a la directiva, pues faculta al juez a suplantarse la personalidad de los contratantes –aun cuando lo sea con arreglo a la buena fe– y modificar contenidos de las cláusulas abusivas. La norma comunitaria es clara: hay que eliminar, sí o sí, toda cláusula abusiva y no cabe integrarla con una reinterpretación judicial (STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito). Solo se establece la nulidad radical sin integración cuando la cláusula (o cláusulas nulas) impide la subsistencia del contrato, y la integración en lo parcial debe ser considerada contraria al derecho de la unión. Declarado, por tanto, un contrato nulo parcialmente, si este puede subsistir con el resto, así será, sin alterar o modificar nada. De otra manera, los consumidores podrían quedar indefensos ante la actitud del empresario de incluir las cláusulas abusivas, a sabiendas de que una interpretación judicial posterior podría modificarlas, sin perder eficacia un contrato firmado por el consumidor. Solo si del resto contractual se deduce su validez, el juez «dispondrá» lo adecuado al efecto, pero no integrará la parte nula con una nueva reinterpretación. La norma española se opone, por consiguiente, a la directiva comunitaria en esto, y el principio de eficacia directa del derecho de la unión debe prevalecer.

5. INFORMACIÓN DEL PRODUCTO A CONTRATAR

Circunscribiéndonos a las cláusulas suelo-techo, la información del producto al consumidor supone algo más que conocer las generalidades del mismo. La complejidad del contrato de préstamo requiere una información detallada de su clausulado. El conocimiento de las «implicaciones financieras de las cláusulas» es determinante, y la transparencia informativa, la base de la aceptación de las mismas por el consumidor. No se puede informar de lo que es impredecible, pero sí de las posibles consecuencias agravatorias del producto contratado, dentro de una lógica evolutiva del mercado hipotecario, referido a un producto de larga duración en el tiempo. Se puede haber informado de los requisitos fríos de la normativa (oferta vinculante, aparente control notarial, etc.); pero no así de las consecuencias financieras del producto a contratar, de un producto que se contrata a muy largo plazo, a interés variable, y desde un suelo hasta un techo, desproporcionados y desequilibrados; con las connotaciones económicas deducidas de la evolución de un mercado más conocido por quien ocupa la posición dominante (banco) que por el cliente-consumidor.

El deber de información al consumidor (tanto desde la perspectiva de la orden ministerial de 1994 como desde la óptica del Informe del Banco de España del año 2011), al tiempo de advertirle de otras ofertas que le permiten optar entre más productos financieros bancarios existentes

en el mercado, requiere contar con la idea de un contratante, reflejada en la normativa española y en la comunitaria e interpretada por la jurisprudencia. Y sin olvidar el desequilibrio inequívoco que obra en su perjuicio.

La STJUE, Sala Primera, de 3 de junio de 2010, asunto C-484/2008, dice literalmente (mencionada por la del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2013):

«Para responder a las cuestiones planteadas, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas.» [Sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, rec. p. I-4941, apartado 25, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, rec. p. I-10421, apartado 25, y STJCE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012].

La STJCE de 14 de marzo de 1991, asunto C-361/89, nos recuerda lo siguiente: «El Tribunal de Justicia ha declarado que "el régimen particular establecido por los artículos 13 y siguientes del convenio está inspirado por el interés en proteger al consumidor como parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que su contratante"». Es decir, que es débil porque ve disminuida su capacidad de negociación por su debilidad económica y menor experiencia. Distintas formas de decir lo mismo o de profundizar en la idea de la sumisión del consumidor a la condición general de la contratación inserta en el modelo tipo determinado por el empresario.

El artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece con claridad –siendo considerado un principio básico de la política de los consumidores– el concepto de armonización mínima y un alto nivel de protección de los intereses de los mismos. Concretamente, el artículo 169.4 establece: «Las medidas que se adopten [...] no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección», y el artículo 51.1 de la Constitución Española, dentro de los principios rectores de la política económica, nos recuerda que: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». El apartado segundo incide en que: «Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios». Provoca cierto rechazo el aludido final del precepto constitucional, que se refiere a procesos eficaces, ante el sistema actual de los existentes en la práctica procesal de nuestro sistema, por la complejidad y longevidad de los derivados de acciones de cesación colectiva. Largos y difíciles de ejecutar. Lo que nos lleva a la pregunta que se deja en el aire: ¿Qué sentido y eficacia –o qué interés para el consumidor– tiene un proceso de esta naturaleza que persigue proteger sus intereses, si la respuesta la obtendrá a muy largo tiempo y la ejecución de la misma –el resarcimiento– todavía más allá de la fecha de la sentencia firme, sobre todo si el asunto es susceptible de recurso de casación por su cuantía?

- Del TRLCU podemos destacar:
 - a) El artículo 8 d): «La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios». Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, los servicios bancarios son servicios –valga la redundancia– que deben ser informados con rigor y transparencia: «Los servicios bancarios ya estaban catalogados como servicios de uso común, ordinario y generalizado por los consumidores y usuarios en el Anexo I.C) del Real Decreto 287/1991, de 8 marzo, por el que se aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».
 - b) El artículo 9 supone una protección por los poderes públicos, si se trata de «los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado».
 - c) A los riesgos de la contratación del producto de larga duración se refiere especialmente el artículo 12 (Información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios): «Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios (...)».

La palabra «utilización» es incompatible con el producto bancario (préstamo), pues el sentido de la norma es la protección ante el riesgo y, en consecuencia, las implicaciones financieras de la intervención a través de los servicios bancarios no están excluidas de la transparencia informativa.
- La Exposición de Motivos de la Orden de 15/4/1994 dice: «Pero la orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a este la perfecta comprensión e "implicaciones financieras" del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar».
- El informe del Banco de España destaca la protección que dispensa al consumidor en varios apartados, por ejemplo: «[...] concienciar a la clientela de los riesgos que representa la contratación de productos a largo plazo a tipo de interés variable y [...] la consecuente necesidad de incorporar a las mismas instrumentos que favorezcan la mitigación de ese riesgo [...], junto al reforzamiento de los mecanismos de información a los usuarios sobre la finalidad y alcance de estos productos, que garanticen el pleno conocimiento de los derechos y obligaciones que el prestatario asume con su contratación».
- Volviendo a la LCGC: «La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica».

Aplicando la normativa anteriormente vista a la interpretación de las cláusulas suelo o techo, el problema se desplaza no a la legalidad de unas cláusulas –que la tienen–, sino a la comprensión

y al grado de importancia que las mismas ostentan dentro de la realidad contractual. Siendo esenciales y afectando al objeto principal del contrato y estando, por tanto, excluidas, en principio, de la revisión de oficio por el juez, pues, como se ha visto, no entran en la adecuación entre precio y prestación, lo cierto es que, en los contratos de préstamos bancarios, a las cláusulas «suelo o techo» se les da un valor secundario, un trato secundario, de tal suerte que, para el consumidor, algo tan importante le pasa desapercibido, pues carece de la información que le pone al tanto de las consecuencias futuras de la aplicación de dichas cláusulas. Es decir, al consumidor le falta la información que proviene de una simulación de escenarios futuros. A esto se refiere la importante y reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y en ello radica la justificación de la ausencia de transparencia: «Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropia-mente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato». No existe la transparencia al no existir la simulación ante un escenario previsible de bajada de tipos de interés en el momento de contratar, que bien podía prever quien ostenta la posición dominante (el banco).

6. EL CONSUMIDOR

De todo lo dicho hasta ahora, parece desprenderse la necesidad de concretar la idea del consumidor «medio o tipo», a quien se le ha de informar convenientemente. El banco tiene que informar y distinguir entre uno u otro tipo de consumidor, para, en función de las características del producto bancario que le ofrece y del potencial contratante que tiene enfrente, facilitarle algo más que una sucinta y precaria «oferta vinculante», o simplemente denegarle la contratación porque de los controles efectuados no se obtiene el perfil adecuado de una persona solvente, razonablemente atento y conocedor de lo que contrata y de sus consecuencias. Sabiéndose asimismo que el control de la información no solo está en la fase previa de la oferta, sino también después cuando, al concretarse en la correspondiente escritura pública, el notario proceda a repetir, para comprobar, la información con las explicaciones oportunas; al fin y al cabo, a él le corresponde documentar el acto y dar fe del mismo y de su contenido. Sobre el control de legalidad, la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado (RDGRN) de 28 de febrero de 2007 ha señalando que no se debe olvidar, desde esta perspectiva, que, a los efectos de documentar el acto o negocio jurídico, el notario controla la legalidad del mismo. Ese control, calificación o juicio de legalidad en terminología del Tribunal Constitucional (STC 207/1999, de 11 de noviembre) supone que el notario debe asesorar a las partes, informar, comprobar la regularidad del negocio jurídico que se va a firmar; tutelar los intereses públicos; etc. Véanse, al respecto, los artículos 1.218 del Código Civil; los artículos 1, 17 bis y 24 de la Ley del 28 de mayo de 1862, del Notariado; el propio artículo 145 del Reglamento Notarial; y la precitada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

La Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a prácticas comerciales desleales (nota 18 y art 5.3), nos ilustra convenientemente acerca de lo que

debe entenderse por consumidor a todos los efectos. Hay criterios que se definen en la jurisprudencia comunitaria, y otros que se irán concretando con el tiempo, a medida que los tribunales de justicia se vayan pronunciando. La directiva nos remite, por tanto, a esa actividad futura de los tribunales y nos aclara cuál es la reacción del sujeto ante el acoso comercial (lo que la directiva denomina «reacción típica»): «[...] la referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar "la reacción típica" del consumidor medio en un caso concreto».

La Directiva 84/450/CEE estudia los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia también lo que denomina, una vez más, consumidor medio, que, según la interpretación que se ha hecho de este concepto por los tribunales, es la persona normalmente informada, razonablemente atenta y perspicaz, teniendo en cuenta todos los factores sociales, culturales y lingüísticos. Se incluyen además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de los consumidores, cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4.2.3 de la Ley 29/2009, de 31 de diciembre, que modifica la Ley de Competencia Desleal. Es una simple trasposición de la directiva anterior (art 5.3 de la Directiva 2005/29/CE). Obsérvese que se incide en el concepto de consumidor medio. Asimismo, es importante para la valoración acudir al criterio de la fácil credulidad del consumidor destinatario de la práctica comercial. La edad (mayor o menor edad), la discapacidad, etc., son también factores determinantes. Esta norma es sensible a la idea de un consumidor, no necesariamente perspicaz o formado, que entiende y sabe y, por consiguiente, tras la reflexión oportuna, elige. La norma procura la protección del consumidor más débil, quien recibe una propaganda comercial (o una oferta vinculante poco eximia en cuanto a su contenido y explicación completa del producto) que afecta a su libre elección.

La norma se pronuncia en los siguientes términos: «Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo».

La jurisprudencia incide en lo mismo. Por significativa, se cita la Sentencia del TJUE, de la Sala Primera, de 14 de enero de 2010, donde se menciona literalmente el contenido del artículo 5.3 de la Directiva Comunitaria 2005/29/CE. También es interesante el comentario de la STJUE de 23 de abril de 2009: «Además, el artículo 5, apartado 4, de la directiva define dos categorías

precisas de prácticas comerciales desleales, a saber, las "prácticas engañosas" y las "prácticas agresivas", que responden a los criterios especificados en los artículos 6 y 7, por un lado, y 8 y 9, por otro, de dicha directiva. En virtud de dichas disposiciones, estas prácticas están prohibidas cuando, teniendo en cuenta sus características y su contexto fáctico, inducen o pueden inducir al consumidor medio a adoptar una decisión comercial que de otro modo no habría adoptado».

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, asunto C-342/97, apartado 22, declara que se supone que el consumidor medio del tipo de productos considerado es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

También forma parte de la idea del consumidor aquella que se refiere a toda persona física que actúe para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional. Una definición que está tanto en la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales-venta a domicilio (DO L 372, de 31 de diciembre de 1985), como en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, de 4 de junio de 1997); o en otras, como la Directiva 199/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 299, de 12 de diciembre de 1999), o la Directiva 93/13/CE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21 de abril de 1993). Por ejemplo, el asunto C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV contra Clinique Laboratoires SNC y Estée Lauder Cosmetics GMBH (1994), asunto C-210/96, Gut Springheide GMBH contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (1998). Así, en la Sentencia SABEL, de 11 de noviembre de 1997, asunto C-251/95, se indica la referencia a la existencia de un riesgo de confusión «por parámetro del carácter de los signos distintivos para identificar los productos, siendo jurisprudencia reiterada que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos o servicios». Si bien el TJUE ha establecido la referencia del «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», varios Estados miembros no aplican esta prueba y examinan, en cambio, el efecto de las prácticas comerciales en consumidores vulnerables o en una pequeña proporción de consumidores (por ejemplo, el 10-15%) al valorar su carácter leal o desleal.

La Directiva 2008/95/CE, de 22 de octubre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, en su artículo 5, apartado 1, letra b), pone de manifiesto que la percepción de las marcas que tiene el consumidor medio del tipo de productos o servicios de que se trate desempeña un papel decisivo en la apreciación global del riesgo de confusión. El consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar. Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, asunto C-342/97, apartado 22, declara que se supone que el consumidor medio del tipo de productos considerado es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento [Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, Philips, C-299/99, apdos. 59 y 63; de 7 de julio de 2005, Société des Produits Nestlé, SA, asun-

to C-353/03; de 30 de junio de 2005, asunto C-286/04, Eurocemex, SA; de 16 de septiembre de 2004, asunto C-329/02, SAT 1/OAMI (105); de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, apdo. 26; y de 7 de julio de 2005, Miles Handelsgesellschaft Internacional mbH, asunto C-385/03, apdo. 27].

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2012 ha desarrollado detenidamente el concepto de consumidor en los siguientes términos: «(...) la normativa de consumo de transposición de las directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto –LGDCU–, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (arts. 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria de manera más restrictiva, haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de «destinatario final» antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, núm. 992/2000, y 15 de diciembre de 2005, núm. 963/2005)».

En consecuencia, podemos definir a nuestro consumidor –que contrata con una entidad bancaria un préstamo hipotecario que contiene cláusulas suelo y techo, tan solo informadas a través de la oferta vinculante– de la siguiente manera: «El consumidor y usuario es la persona física o jurídica, normalmente informada y razonablemente atenta, que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, e interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, y sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, a procesos de producción, comercialización o prestación a terceros».

Siguiendo la dinámica de este perfil de consumidor, se debe tratar la posible nulidad de dichas cláusulas –suelo– que, no obstante pudiendo ser válidas, pueden devenir nulas por falta de transparencia. Una transparencia que se debe estudiar desde la perspectiva del perfil del consumidor ya expuesto, al hilo de la doctrina jurisprudencial y de la normativa y que, como nos indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, no puede olvidar la situación de inferioridad del consumidor frente al banco, quien tiene más limitadas las facultades de negociación y de información y que como se ha dicho y se reitera: «[...] se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional».

7. EL POSIBLE AQUIETAMIENTO A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Nos vamos a referir aquí, exclusivamente, a las posibilidades de mantener una cláusula nula cuando el consumidor afectado por ella no la invoca o no acepta su declaración de nulidad –seguimos en este apdo. a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, por su importancia–. El aquietamiento a una cláusula nula por parte del consumidor puede parecer un contrasentido, pues si se demanda por un lado la intervención del juez es porque se considera propio de la legalidad y del interés público, y si se demanda y admite la intervención de oficio del juez, aunque no se haya alegado la nulidad por ninguna de las partes, el aquietamiento a una posible cláusula nula parece carecer de lógica. Sin embargo, de la lectura de la sentencia invocada se extraen las razones de tal posibilidad, y también se entienden las mismas. La asimetría a favor de la parte más débil de la negociación es el fundamento del aquietamiento, y la singularidad de este proceder sí tiene sentido tras la explicación.

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 nos dice:

«Ahora bien, la finalidad de la directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta –no la anulabilidad– la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en "detrimento del consumidor", de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones el ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico, atribuyendo al consumidor la decisión de invocarla.»

Es decir, el fundamento de la nulidad absoluta de una cláusula suelo o techo hay que encontrarlo en el «detrimento del consumidor», y eso es admitir la eficacia de una cláusula nula si no le perjudica; en cuyo caso, no ha de ser necesariamente invocada o anulada de oficio por el juez, porque el espíritu de la normativa comunitaria busca garantizar la protección, respetando la voluntad particular, al aceptarse la asimetría. Es un derecho del consumidor, y forma parte de su tutela judicial efectiva, la facultad de no ejercitar sus derechos –por contradictorio que parezca–. Así nos lo recuerda el abogado general, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, C-32/12, caso Duarte Hueros, punto 53: «(...) Con independencia de cuál sea la medida elegida por el juez nacional, deberán tenerse en cuenta dos cosas. En primer lugar, dicha medida no puede adoptarse contra la voluntad del actor. Precisamente, el derecho a la tutela judicial efectiva también implica la potestad de no ejercitar los derechos propios. Por ello, debe averiguarse cuál es la voluntad concreta del consumidor». La voluntad expresa del consumidor es esencial, y para poder formársela, el juez debe comunicarle la posible nulidad de una cláusula, para que él puede aceptarla o no, expresamente, a los efectos de la aclaración o no de su nulidad; respetando así su criterio, pues la directiva comunitaria no obliga al juez a declararla nula de oficio, necesariamente, sino a proteger su inequívoco deseo.

Por tanto, no obstante ser potencialmente nulas por falta de transparencia, la valoración final de la conveniencia o no a sus intereses le corresponde al particular que ha contratado con el banco, y no al juez. Y para no caer en el doble error de mantener un «suelo o techo» abusivo, la información de las consecuencias de su decisión estará ínsita en la comunicación a realizar. Es decir, siendo soberano el consumidor, la información perfecta de las consecuencias de mantener las cláusulas en sede judicial debe permitir una decisión a ciencia y a conciencia definitiva por su parte, tras la adecuada transparencia de las mismas. Una transparencia que se va a producir en la fase judicial, más allá de la que obtuviera en el primer filtro de la negociación inicial ante la entidad bancaria.

Como podemos deducir, finalmente, la razón de la sin razón hay que encontrarla en el perfecto «conocimiento de las implicaciones financieras» del producto, a sabiendas de que se puede seguir manteniendo una cláusula abusiva, porque, ahora sí, la transparencia judicial hace eficaz la cláusula no repudiada por el consumidor, si piensa que las consecuencias prácticas o materiales de la misma no le afectan, integrándose en el conjunto del contrato, pero no como reinterpretación por el juez, sino porque el contenido se acepta expresamente por el consumidor y con él las consecuencias que se derivan (STJUE ya citada de 4 de junio de 2009; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apdo. 27).