

LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

(Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013)¹

José Ignacio Atienza López

Secretario Judicial del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid

EXTRACTO

La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario. Sin embargo, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados. El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la Ley sobre condiciones generales de la contratación 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. La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. El control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores: a) debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes; b) no permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente; c) no impide el control del carácter abusivo de las cláusulas el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación; y d) las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas al control de su carácter eventualmente abusivo. Teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas –contratos de préstamos hipotecarios a interés variable–, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto.

Palabras claves: contratos, condiciones generales sobre elementos esenciales, hipoteca, cláusulas suelo y cláusulas abusivas.

Fecha de entrada: 15-06-2013 / Fecha de aceptación: 17-06-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 149, junio 2013, o en *Normacef Civil-Mercantil* (NCJ057740); y el auto aclaratorio en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 150, julio 2013, o en *Normacef Civil-Mercantil* (NCJ057789).

FLOOR CLAUSES IN MORTGAGE LOANS

(Commentary on the Supreme Court of 9 May 2013)

José Ignacio Atienza López

ABSTRACT

Agreeing to a clause predisposed to be classified as imposed by the employer when the consumer can not influence its suppression or its content, so that adheres and consent or contract with such a clause or contract must renounce. Negotiation can not be compared with the real possibility of choosing between plurality of subject contract deals all general contracting conditions although several from the same employer. Nor is it to individual negotiation susceptible to eliminate non-negotiated condition individually, the possibility, at least theoretically, to choose between different offers from different employers. The burden of proof that a previously written clause is not intended to be included in contract deals plurality led by a professional contractor or consumers, is for the employer. However, the imposition of terms or conditions by the employer to consumers, does not require its illegality. It is a mechanism to hire own mass recruitment, unable and costs of individual dialogues. Compliance with the transparency requirements of the clause considered in isolation, required by LCGC for incorporation into contracts general conditions, is insufficient to avoid abusiveness control a non-negotiated individually, although describing or referring to the definition the main object of the contract, unless it is clear. The transparency of standard terms in contracts with consumers, including the actual comprehensibility control their importance to the reasonable development of the contract. Abstract Control unfairness of a general condition predisposed to be imposed in consumer contracts: a) should refer to the time of the *lis pendens* or later one in which the question is raised giving an opportunity to respond to the parties. b) specifically allows assessing the infinite circumstances and contexts to consider in the event of a challenge by a consumer specifically adherent. c) No control prevents unfairness of clauses that are inserted into contracts in which the employer has no pending or professional compliance obligation. d) The clauses in the loan agreements are subject to control your character eventually abusive. Given the nature of the contracts in imposing the challenged clauses-contracts on variable rate mortgages, to assess the balance of flour clauses clearly lacking, must be addressed to the actual distribution of risks of variability types in the abstract.

Keywords: contracts, conditions on essentials, mortgage, floor clauses and abusive clauses.

La legalidad de las cláusulas suelo ha sido cuestionada ya en muchas ocasiones, en las que se ha decretado por los jueces su carácter de nulas por abusivas cuando en la misma relación contractual no había una contrapartida manifestada en la existencia de una cláusula techo, para la protección del prestatario frente a las subidas de los tipos de interés (fijación de tipo máximo).

Esta esperada sentencia del Tribunal Supremo ha venido a fijar una importante jurisprudencia sobre las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios, hallándose las fuentes legales motivadoras de esta revolución en la Orden EHA/2899/2011 y en la reforma hipotecaria recientemente publicada. Tal vez antes que nada debemos indicar (aunque seguro que no hacía falta) que una cláusula suelo es aquella que se integra en el préstamo hipotecario de modo que, cuando estemos ante contratos pactados a interés variable, se fija un tipo pactado mínimo de interés (a pagar por el prestatario en todo caso) por debajo del cual las bajadas del tipo no se proyectan sobre el cliente; de este modo el cliente no puede ver beneficiada su posición pagadora reduciendo sus pagos por debajo del suelo pactado en el contrato.

También hubo sentencias de audiencias provinciales y de juzgados mercantiles que estimaron legales las cláusulas suelo «por estimar que los límites a la baja y al alza de los tipos de interés no podían valorarse con el patrón del desequilibrio por no encontrarnos ante un contrato generador de obligaciones recíprocas, sino frente a mecanismos contractuales dirigidos a reducir el riesgo de pérdidas» (E. Cordero). En este caso presente, el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, resolviendo una acción colectiva de cesación, entendió que la cláusula suelo era abusiva mientras que las entidades bancarias ganan en la apelación, al entender la Audiencia Provincial de Sevilla lo contrario. Las razones de la Audiencia de Sevilla giran en torno a estos motivos: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

Ahora el Tribunal Supremo decide en este debate, destacándose como puntos más importantes de la sentencia los siguientes:

1. A la hora de examinar la abusividad de una cláusula suelo, en la existencia de un desequilibrio entre las partes, las referencias no han de ser tomadas a partir de las obligaciones recíprocas, sino a partir del conjunto de derechos y obligaciones de las partes. A tal efecto señala la sentencia que las cláusulas suelo no son desproporcionadas de por sí, ni siquiera cuando haya una gran desproporción entre el techo y el suelo, pues es la iniciativa empresarial la que fija el interés y su tipo en los límites

determinados por el legislador. También la sentencia destaca el engaño y señuelo que para el consumidor supone la forma en que la entidad bancaria establece una cláusula suelo junto con un techo, de modo que esta última es la aparente contrapartida a aquella, dando al consumidor un contenido distorsionado de su contrato. La libertad de mercado no puede proteger esta conducta.

2. El artículo 80 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios exige una transparencia contractual que no concurría en los contratos que se traen a la litis. El consumidor no podía identificar la cláusula suelo como parte del objeto del contrato ni los riesgos que para él suponía no beneficiarse de las bajadas de tipos impedidas por la cláusula. Esta no puede estar «enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro». Observemos esta atinada frase de la sentencia: «La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas».
3. La abusividad por falta de transparencia no determina la nulidad del contrato pero sí la de la cláusula suelo no transparente.
4. El Tribunal Supremo fija una eficacia no retroactiva para la sentencia y la declaración de abusividad de la cláusula suelo, incluso respecto de los pagos ya efectuados a fecha de la publicación de la sentencia. Los motivos de esta falta de retroactividad parten de taciones de seguridad jurídica respecto de los efectos ya consumados de los contratos. También el Tribunal Supremo emplea motivos obtenidos de otras resoluciones comunitarias apoyadas en la buena fe concurrente y el riesgo de graves trastornos del mercado. Siguiendo a E. Cordero, cabe resumir las razones de la ausencia de retroactividad en: la licitud de la cláusula suelo, las razones objetivas que justifican la inclusión de esta cláusula en contratos a interés variable, la habitualidad de la cláusula, el hecho de que la falta de transparencia sea el factor del que dimana la abusividad y razones de orden público económico.
5. Estando delimitadas como partes de la litis determinadas entidades bancarias, rechaza el Tribunal Supremo la posibilidad de extender los efectos de la declaración de nulidad, por abusivas de las cláusulas suelo, a otras entidades bancarias de forma indiscriminada, por razones de congruencia procesal.