

STS 9 DE MAYO DE 2013: REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS SUELO Y CONSECUENCIAS DE SU NULIDAD ¹

M^a del Carmen González Carrasco
(maria.gonzalez@uclm.es)
Profesora acreditada a
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

INTRODUCCIÓN

En algunos trabajos anteriores sobre la cláusula suelo publicado en este centro de investigación² contemplaba con escepticismo la precipitación con que las asociaciones de consumidores auguraban el éxito final del proceso iniciado por AUSBANC contra las cláusulas suelo 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. Cuando hace un par de meses se anunciaba el resultado de la deliberación de la Sala 1^a del TS sobre el recurso planteado contra dicha sentencia, la euforia con que reaccionó inicialmente la opinión pública casi me convence de mi propia equivocación. “El TS declara la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia”; “calcule mediante esta fórmula lo que ha pagado de más”... Una vez publicada la sentencia anunciada, las expectativas de las asociaciones de consumidores y de los afectados han quedado muy reducidas. De hecho, los nuevos titulares de prensa ya no hablan de nulidad de las cláusulas suelo, sino que reproducen la declaración principal de la sentencia: ***Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia***

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, 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

² “Una visión alternativa sobre las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable” <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/15/2010/15-2010-8.pdf>.

“Sobre la demanda colectiva de nulidad y daños y perjuicios contra la cláusula suelo en préstamos hipotecarios a interés variable” (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

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).

A fin de ordenar las cuestiones objeto del presente comentario, expondremos brevemente las principales cuestiones de la sentencia de 9 de mayo de 2013, para posteriormente detenernos en las que no van a ser objeto de comentario en otros estudios de nuestro centro de investigación. a) legitimación activa de la asociación demandante, AUSBANC CONSUMO; b) el carácter de condición general de la contratación de la cláusula discutida; c) la cuestión de la aplicabilidad de la normativa sobre condiciones abusivas a los elementos esenciales de los contratos; y d) La transparencia como criterio para determinar el carácter abusivo de las cláusulas impugnadas y no como lo que es: un requisito de inclusión en el clausulado general del contrato.

Dejaremos deliberadamente la cuestión de los efectos (no retroactivos) de la declaración de nulidad, ya analizados en otro trabajo por la profesora Cordero Lobato, a cuyo comentario nos remitimos.

1-. AUSBANC ESTÁ LEGITIMADA PARA INTERPONER LA ACCIÓN DE CESACIÓN CONTRA LAS CLÁUSULAS SUELO.

Uno de los puntos más polémicos de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Sevilla a favor de AUSBANC es el que resolvió que AUSBANC tenía legitimación activa para la acción de cesación interpuesta. El art. 11 LEC exige que la interposición de una acción de cesación se lleve a cabo por una asociación de defensa de los consumidores y usuarios “suficientemente representativa”, condición de la que, tal y como entendíamos entonces y posteriormente también entendió la Audiencia Provincial de Sevilla, carece AUSBANC. Y ello, no sólo en cuanto al carácter representativo que exige el artículo 24 TRLCU en relación con el artículo 11.3 LEC, sino incluso en cuanto al carácter asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida exigido por el artículo 11.1 LEC en relación con el artículo 24.1 TRLCU. Su consideración procesal de asociación de consumidores legalmente constituida en el sentido del artículo 11.1 LEC no puede sostenerse a día de hoy, tras confirmarse su exclusión del Libro-Registro de Asociaciones de Consumo por sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2010, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta). Esta cuestión, que se opuso sin éxito como prejudicial por las entidades demandadas en la primera instancia, podía haber determinado el

fracaso de la acción en ulteriores instancias de no haberse personado el Ministerio Fiscal, ya que, conforme al apartado sexto del artículo 21.3 de la Ley 26/1984, introducido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios “la resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas”. No siendo AUSBANC una asociación de consumidores legalmente constituida a los efectos del TRLCU, hasta una nueva inclusión en el Libro-Registro sólo podría haber actuado en juicio en defensa de los intereses de sus asociados (legitimación representativa o sustitutoria) o de la propia asociación, pero no de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 11.1 y LEC y 24.1 TRLCU), puesto que en el orden civil no cabe la acción popular que permita la defensa de los intereses ajenos, a salvo los supuestos de legitimación extraordinaria. Supuestos en los que es la especial relación con el objeto del proceso previsto por la norma, y no la mera capacidad general para ser parte, la que permite excepcionalmente la actuación en juicio.

Consciente de dicho riesgo (que de hecho se materializó en segunda instancia, en la que sólo la personación del Ministerio Fiscal permitió que la Audiencia entrase en el fondo del asunto) en trámite de los recursos de casación e infracción procesal se intentó la personación de la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA “CAUSA COMÚN”, asociación cuya intervención fue rechazada por ATS de dieciséis de diciembre de dos mil once, *“por tratarse de una entidad carente de representatividad y creada por AUSBANC CONSUMO para tratar de eludir los efectos de la sentencia dictada el 6 de octubre de 2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional”*.

Aunque comparte en lo fundamental los anteriores razonamientos, que ya hizo suyos a nivel de hipótesis en la STS 473/2010, de 15 de julio³ (RC 1993/2006), el Tribunal Supremo afirma ahora la legitimación activa de AUSBANC, en contra del criterio de la

³ La STS 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006), en un supuesto en el que se ejercitaban acciones al amparo del artículo 11.3 LEC –en este caso las acciones son las del artículo 11.1 LEC- admitió a nivel de hipótesis que la pérdida de las condiciones exigidas para entablar la acción podía tener efectividad mediante la firmeza del acto administrativo de exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores, “lo que podría justificarse porque la legitimación que a la demandante atribuirían las medidas cautelares sería una legitimación provisional abocada a consolidarse –de revocarse la decisión de exclusión- o a claudicar en el momento en el que la resolución alcanzase firmeza”. Pero en la presente resolución, el TS matiza su anterior afirmación, justificándose en que *la expresada sentencia ni siquiera obiter dicta afirmó que la firmeza de la resolución de exclusión produjese la pérdida sobrevenida de capacidad con los efectos que ha declarado la sentencia recurrida, sino que en cualquier caso la falta de firmeza lo impedía*.

Audiencia. En el FJ el TS reconoce que el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Es preciso que la asociación, cuando es de ámbito supraautonómico, lo que en el caso no se cuestiona, esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, entiende, resumidamente, que *la perpetuatio legitimationis debe jugar a favor de la legitimación de AUSBANC, quien al interponer la demanda había sido objeto de una sanción administrativa (considerando tal la exclusión cautelar del Registro de asociaciones de consumidores y usuarios, con base en lo dispuesto en el art. 37.5 TRLCU) que sólo posteriormente fue confirmada, adquiriendo firmeza;* de modo que la pérdida sobrevinida de las condiciones legales precisas para litigar, como consecuencia de una sanción afecta al principio *pro actione* y debe ser objeto de una interpretación restrictiva “máxime cuando se trata de una legitimación extraordinaria a favor de los intereses colectivos de los consumidores que los tribunales tienen el indeclinable deber de tutelar, incluso de oficio”.

Pues bien: tanto la intervención del Ministerio Fiscal como la discutible supervivencia “de oficio” de la acción de cesación al margen de la legitimación⁴ que se afirma en *obiter dicta* relativizaban en el presente caso la importancia de esta legitimación cogida con alfileres. Y por ello entendemos que en el presente caso debía aplicarse de forma estricta la doctrina contenida en la STS 724/2011, de 24 de octubre, según la cual, *quedan fuera de esa regla general (de la perpetuatio iurisdictionis) aquellas innovaciones que, de un modo definitivo, priven de interés legítimo a las pretensiones deducidas”*.

2-. EL CARÁCTER DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN DE LA CLÁUSULA DISCUTIDA (o la cautividad en la demanda hipotecaria).

Las entidades demandadas aportaron al proceso escrituras de préstamo hipotecario que no tenían incorporadas las limitaciones propias del suelo hipotecario; y por otra parte alegaron la existencia de una “minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato”, que garantizaría el conocimiento del prestatario en relación con el contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses. La sentencia recurrida entendió acreditada la negociación de las cláusulas controvertidas y su aceptación libre y

⁴ Las SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23 han afirmado que “el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual”. Pero lo que no han dicho es que dicha apreciación pueda realizarse en un proceso iniciado única y exclusivamente por un sujeto no legitimado, autorizando una especie de acción popular en el proceso civil, en contra de la delimitación de supuestos de legitimación extraordinaria para las acciones de cesación previstos por la Directiva.

voluntaria por el consumidor *porque la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el recorrido preparatorio del contrato y porque la prueba documental acredita que los préstamos hipotecarios en unas ocasiones contienen los pactos de limitación de interés y en otras no. Y además rechazó que las cláusulas contractuales controvertidas debieran considerarse condiciones generales de la contratación porque versan sobre los elementos esenciales de los contratos.*

Sobre la reglamentación de las cláusulas suelo, como el propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España⁵ ha insistido en resaltar desde las primeras reclamaciones formuladas por los clientes, las cláusulas suelo 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. Dicha normativa era, en el momento de la presentación de la demanda, la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, hoy sustituida por sustituida hoy por la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, desarrollada por la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio (BOE 6 julio), que, como apuntamos al final de estas páginas, incorpora los requisitos de información que la sentencia comentada echa en falta en los contratos sometidos a su consideración. Además, hay que tener en cuenta la Ley 22/2007, de servicios financieros contratados a distancia y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que impone obligaciones de información en la intermediación en créditos hipotecarios.

La propia Ley 7/1998, en su art. 7.b) parece estar pensando en las cláusulas financieras incomprensibles cuando declara considera correctamente incorporadas las expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. Pero, como afirma la Sentencia comentada (FJ 8º, & 144) *el conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.*

Y por otra parte, en cuanto a la existencia de préstamos hipotecarios a interés variable ofrecidos por las mismas u otra entidades y no sometidos a las cláusulas discutidas, la

⁵ <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>

sentencia que comentamos introduce la interesante cuestión de cómo articular el *iter* probatorio de la negociación de la cláusula dentro de un proceso en el que actúan intereses generales sin causar indefensión a las demandadas. El TS aplica la doctrina del hecho notorio del cliente “cautivo” de la complejidad contractual, afirmando que la “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”, *“máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida ...por las relaciones mantenidas por los consumidores con “sus” bancos que minoran su capacidad real de elección”*⁶. Para que el hecho notorio puede actuar en el área probatoria del proceso ha de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta, pero basta con que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho. En este caso, tanto el reconocimiento expreso de la propia normativa de transparencia bancaria como el Banco de España⁷ del hecho de que la mayor parte del contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas (de ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura) avalan dicha notoriedad. Normativa que, a pesar de lo que alegan las entidades demandadas, no excluyen el control de la LCGC y TRLCU en base al art. 1.2 de la Directiva 93/13, puesto que no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato (en el mismo sentido, STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003).

3-. ¿ES POSIBLE APLICAR EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y/O CONTENIDO A LAS CLÁUSULAS DE FIJACIÓN DEL INTERÉS? Y si es así, ¿CUÁL ES EL INTERÉS APLICABLE?

La respuesta a esta cuestión exige el análisis de varios puntos: la caracterización de la cláusula suelo-techo como elemento definitorio de la obligación del consumidor; la posibilidad del control de abusividad de las condiciones esenciales del contrato; la importancia del carácter unilateral del préstamo real en cuanto a la posibilidad de aplicar el control de su clausulado general; y finalmente, la fijación del interés resultante de la operación una vez declarada la nulidad de la cláusula, dado que, según la última

⁶ Es interesante matizar la doctrina expuesta con la que se desprende de la STS 406/2012, de 18 de junio: también debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, que puede considerarse probado aunque no exista tal participación.

⁷ Informe del Banco de España, <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>.

jurisprudencia del TSJUE, las condiciones abusivas no se integran judicialmente, sino que, simplemente, se eliminan.

La sentencia recurrida, con base en el decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 (“[...] 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) negó que el control de abusividad pudiera extenderse a la cláusula de intereses. El TS confirma que las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del contrato. Pero permite un control, de la misma en atención a la evolución jurisprudencial y normativa europeas. 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 adopta 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”.

Más complicada resulta la cuestión de la eliminación de la cláusula de intereses sin posibilidad de integración judicial. El tratamiento de esta cuestión ha de partir de la STJUE 14.6.2012 (as. 618/2010), dictada con motivo de la cuestión prejudicial promovida por el órgano de apelación en juicio monitorio en el que se reclamaba del consumidor el pago de un crédito impagado más intereses moratorios al 29%, que el juez a quo había considerado abusivos, y reducido de oficio a la cifra del 19%. Dicha resolución sostiene que el art. 6.1 de la Directiva 93/13, («no vincularán al consumidor...las cláusulas abusivas que figuren en un contrato» y éste seguirá “siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”) habilita a los jueces nacionales únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, pero no están facultados para modificar el contenido de la misma ni integrarla ni sustituirla. El juez no puede “integrar” ya el contrato adecuando la cláusula controvertida al estándar de lo justo en virtud del art. 83.2 del TRLCU, porque, de poderlo hacer, desincentivaría al empresario a hacerlo *ex ante*. Por ello, la STS 9.5.2013

no se pronuncia al respecto y se limita a declarar la nulidad solicitada, aunque con los limitados efectos ya vistos y los que después se analizarán.

El TJCE considera, por lo tanto, que la nulidad de la cláusula abusiva no sólo tiene un efecto equilibrador de las posiciones de las partes sino también disuasorio o sancionador del empresario, a quien en este caso se privaría de poder exigir los daños causados por el retraso en la forma prevista en el contrato. Pero deja a los Estados la decisión sobre la subsistencia del contrato o su nulidad total, y el TRLCU impone que el contrato se anule en su totalidad si las cláusulas subsistentes “determinan una situación no equitativa” en la posición de las partes. Desde luego, no sería equitativo para una entidad financiera que el deudor no pagase interés alguno por la cantidad prestada, por lo que el contrato sería nulo. Dicha nulidad del pacto de intereses podría encontrar respuesta en el art. 1.108 CC (aplicación del interés legal), puesto que su aplicación no supone un mecanismo de integración (prohibido por el Derecho comunitario) sino norma de Derecho dispositivo aplicable a la laguna contractual, a pesar de que no pueda satisfacer la función disuasoria de prácticas abusivas que pretende el TJCE. Sin embargo, entendemos en este caso la nulidad no se extiende a toda la cláusula de variación de intereses, sino tan sólo a los límites suelo-techo, y los contratos subsisten desde la fecha de la firmeza de la sentencia con aplicación de la variación de interés que resulte de sus cláusulas financieras en cada momento, excluida la limitación del suelo.

4-. La última de las cuestiones que vamos a tratar en este análisis de la STS de 9 de mayo de 2013 es la **SUSCEPTIBILIDAD DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA PARA CONSTITUIR EL OBJETO DE UNA ACCIÓN DE CESACIÓN**, lo cual presupone diferenciar entre requisitos de incorporación y abusividad de fondo.

Según la posición principal mantenida por AUSBANC, la cláusula suelo-techo 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 (del 10% de la Caixa hasta el 15% de Caja Mar y 12%-15% de BBVA), resultando inane a los efectos de asegurarle el riesgo de la elevación del tipo de interés que sí quedaría sin embargo asegurado para la entidad en el caso de un bajada de los tipos de interés como la ocurrida en estos años pasados (con límites mínimos que oscilan del 2,75 de LA CAIXA, 3,25 de CAJA MAR Y 3,25-3,50% de BBVA).

El TS no sólo se aparta de la anterior argumentación, sino que expresamente declara la licitud de las cláusulas discutidas en cuanto al fondo, y aclara que se trata de una

cláusula habitual⁸ que puede responder a razones objetivas del mercado crediticio⁹. La sentencia avala incluso la licitud de las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo, 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*. Como consecuencia de este rechazo de la nulidad de fondo, la sentencia dedica los siete apartados del FJ sexto a justificar, con base en la doctrina del TSJUE 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.

⁸ La práctica de establecer límites a dicha variabilidad, que alcanza casi a un tercio de la cartera de préstamos hipotecarios, no es reciente. Su peso, según el informe del BE, 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 ha producido 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.

⁹ En el mismo sentido, argumentos de GONZÁLEZ CARRASCO, C. (www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigacion/2010/44.pdf).

Ello plantea varias cuestiones de interés:

a) ¿Por qué una justificación tan prolija de la nulidad de oficio de las condiciones generales de la contratación? Porque una vez rechazada la falta de reciprocidad alegada como causa de nulidad, la declaración de oficio de una nulidad distinta sólo podía venir del control de abusividad. A diferencia del control de fondo, la declaración de la ausencia de los requisitos de transparencia necesarios para la inclusión y la consiguiente exclusión del clausulado general del suelo establecido como límite no podría realizarse de oficio. Y ni el Ministerio Fiscal ni la asociación demandante habían introducido este elemento en el debate. Este nuevo enfoque de la nulidad permite su apreciación de oficio, pero plantea dos nuevos problemas: de un lado, desdibuja la neta separación entre no inclusión y abusividad contemplada por la LCGC; y de otro, como resultado de lo anterior, muestra las dificultades para considerar la falta de transparencia de la cláusula en cuestión como objeto de una acción colectiva de cesación. El resultado de esa mezcla de supuestos de ineficacia es la limitación subjetiva de efectos de la sentencia. 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 ordenado a notarios y Registradores en el ejercicio de su competencia (art. 81.2 TRLCU y 23.2 LCGC) a los que la sentencia no alude. El resultado es ésta sólo afecta de facto a las entidades demandadas¹⁰, puesto que se condiciona la nulidad a que las cláusulas sean idénticas a las enjuiciadas y no vengan acompañadas de complemento aclaratorio alguno. ¡Qué fácil lo tienen las entidades para eludir en adelante el reproche y qué difícil es que con base al art. 84 TRLCU Notarios y Registradores puedan negarse a la autorización e inscripción de cláusulas no idénticas pero sí similares o completadas sólo a efectos formales!

b) Otro aspecto que encaja mal con el contenido de las acciones de cesación es la limitación de la publicidad. “Dada su licitud intrínseca”, no procede en este caso la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe junto a la del fallo (cuya

¹⁰ La regla 2ª del artículo 221.1 dispone que “[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”. El TS entiende que “en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interés la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información (el subrayado es nuestro), nos obliga a ceñirlos 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”.

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).

c) Cuestión distinta, que en absoluto venía impuesta por la apreciación de oficio de la falta de transparencia, es la irretroactividad absoluta de efectos declarada, a solicitud del Ministerio Fiscal, en la STS 9.5.2013. Irretroactividad que afecta incluso a las cantidades abonadas por los clientes de las entidades demandadas durante el proceso. Nótese que las dificultades inherentes a la nulidad y cesación de las cláusulas en la medida en que sean idénticas a las enjuiciadas y no incorporen ninguna otra aclaración sólo afectan a la necesidad, contraria al espíritu de las acciones colectivas de cesación, de que el consumidor que desee aprovechar los efectos de la sentencia tenga que probar (¡al final en un proceso individual y distinto!) la identidad de la cláusula y la ausencia de otros “elementos” de información adicional. Pero la imposibilidad de exigir las cantidades abonadas en virtud de la condición general declarada abusiva, en contra de la acumulación permitida al menos a las asociaciones de consumidores en el vigente art. 12.2 LCGC¹¹ sólo se ampara en una razones metajurídicas: *“No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)... es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico... Sería bueno preguntarse por la seguridad jurídica de las entidades que, ante la presión de eventuales acciones colectivas, renegociaron con sus clientes los suelos hipotecarios con efectos incluso anteriores al del inicio de este proceso*¹².

CONCLUSIÓN

A) En definitiva, en el trasfondo del objeto de la demanda colectiva subyace un problema de 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

¹¹ Sobre las limitaciones de la acción del Ministerio Fiscal, v. Auto de la AP de A Coruña 18/2013 de 15 de febrero (AC/2013/100).

¹² Al no existir en nuestro sistema procesal de acciones colectivas un control sustantivo sobre el mérito de fondo, el poder negociador que tarde o temprano se crea con la admisión de una class action de este tipo incrementa el riesgo de demandas infundadas (en este caso, de adhesiones en los casos de cláusulas individualmente negociadas), que prosperan por medio de transacciones unidas al grupo. De hecho, uno de los fundamentos de política legislativa de las acciones de clase ha sido tradicionalmente la creación de un mecanismo disuasorio de este tipo que llegue a donde la actividad sancionadora del Derecho Público no puede llegar. Sobre ello, Sobre esta cuestión, “¿Acciones de clase en el proceso civil?” (CARRASCO PERERA, A. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.). Aranzadi Civil nº 21, mayo 2000.

autorizante, nivel intelectual del consumidor), eran inapropiados para ser enjuiciados a través de una demanda por intereses difusos como la contemplada en el artículo 11.3 LEC.

B) La Orden EHA/2899/2011 ya contempla la obligación de informar sobre la existencia de cláusulas suelo y techo. De acuerdo con lo establecido en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, se hará constar la clase de tipo de interés (si es fijo, variable o variable limitado y, en su caso, los periodos en los que el tipo aplicado consistirá en cada una de estas clases). Se señalará también la periodicidad de las revisiones del tipo variable y variable limitado. Asimismo, se explicará la fórmula utilizada para revisar el tipo de interés. Se indicará además donde hallar información adicional sobre los índices o los tipos utilizados en la fórmula. El nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso. Se especificará de forma destacada 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. 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. 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, 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 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.
