

EXISTEN CLÁUSULAS SUELO TRANSPARENTES VÁLIDAS, Y NULAS SIN EFECTOS RETROACTIVOS¹

Alicia Agüero Ortiz

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 9 de septiembre de 2013

En el presente trabajo nos proponemos dar cuenta de la gran variedad de resoluciones judiciales que están viendo la luz a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 respecto a la nulidad de las cláusulas suelo. Ya hemos tenido la oportunidad de analizar en diferentes notas jurisprudenciales la declaración de nulidad de las mismas con efectos retroactivos, en contra del fallo de la STS. En esta ocasión, centraremos nuestra atención en sentencias que declaran la validez de la cláusula suelo o que, declarando su nulidad, deciden que ésta carece de efectos retroactivos siguiendo la estela de la reiterada STS.

1. Sentencia núm. 113/2013, de 22 de julio de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra

El Juzgado pontevedrés conoce de una demanda formulada por una empresa inmobiliaria contra BANCO POPULAR cuya pretensión es la eliminación una cláusula suelo integrante del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, del siguiente tenor:

“Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores², se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual aplicable en este contrato será del cinco por ciento (5 %) (comúnmente conocida como cláusula suelo o “floor”), la cual tendrá la consideración de tipo mínimo de referencia. Por tanto, si el resultado de la revisión en cualquiera de los periodos de interés comprendidos en la

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

² En los que el contrato de préstamo fija un interés variable (Euribor + 1,50 puntos).

segunda fase fuese inferior al interés mínimo establecido, será este tipo de interés mínimo al que se aplicarán al período correspondiente”.

Debe resaltarse, en primer lugar, que la parte demandada no ostenta la condición de consumidor, por lo que no le resulta de aplicación las previsiones relativas a las cláusulas abusivas contenidas en el TRLGDCU.

De conformidad con su condición de profesional, la parte actora alega que la enjuiciada cláusula suelo constituye una condición general de la contratación, no negociada por las partes sino impuesta por la entidad de crédito, y así justifica su nulidad en el art. 8 LCGC que establece que serán nulas las cláusulas que contravengan el contenido de normas imperativas. Consideran que la citada cláusula suelo contraviene el art. 1256 del CC que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y cumplimiento del contrato. Asimismo, entiende que la controvertida cláusula produce un desequilibrio injustificado entre las obligaciones de las partes en su perjuicio, transgrediéndose el principio de buena fe contractual. Subsidiariamente, solicita la aplicación analógica de la STS de 9 de mayo de 2013 por concurrir la falta de información y transparencia que fundamentó el fallo del TS.

Por su parte, la entidad demandada se opone negando que la cláusula constituya una condición general de la contratación, y en cualquier caso, porque no fue predisposta sino objeto de una larga negociación entre las partes. También se opone a la aplicación de la citada STS por considerar que la cláusula es clara y que se informó debidamente de sus implicaciones.

En primer lugar, el juzgador analiza si la cláusula objeto de la litis constituye una condición general de la contratación. Para ello, recuerda los requisitos³ que deben cumplir las cláusulas para ser consideradas condiciones generales:

- a) Contractualidad: no derivada de una norma imperativa;
- b) Predisposición: debe estar prerredactada por una de las partes, no siendo el resultado de una negociación en fase de tratos previos;
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes;
- d) Generalidad: deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos (modelos de declaraciones negociales);

³ Tomados por el JPI de los fundamentos jurídicos 137 y 138 de la STS 9 de mayo de 2013.

- e) Resulta irrelevante:
- i. La autoría material, la apariencia externa, su extensión, etc.;
 - ii. Que el adherente sea un profesional o un consumidor.

En atención a estas circunstancias, declara el Juez que la cláusula suelo debe ser considerada una condición general, pues la calificación como tal no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente, sino de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes. Y es que, entiende que la prueba aportada por la entidad de crédito (distintas escrituras de préstamo hipotecario de otros clientes en las que no se incluye cláusula suelo alguna) no es suficiente para probar la existencia de negociación previa, pues ni siquiera aporta oferta vinculante que hubiera podido servir a una posible negociación.

En cualquier caso, la parte demanda sostiene que aún considerando la cláusula suelo condición general, no puede entrarse en el control de su abusividad por que se refiere al precio, es decir, al objeto principal del contrato. A este respecto, el Juez recuerda que la STS de 9 de mayo de 2013 llegó a la conclusión de que sí podía entrarse al control de su abusividad debido a que las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato, pero no constituyen su elemento esencial, que estaría configurado por el préstamo a interés variable. Sin embargo, como no puede ser de otra forma, declara que la reiterada STS no es aplicable al caso, toda vez que el contrato aquí discutido fue celebrado entre profesionales, y la sentencia refiere a contratos en los que el adherente sea un consumidor.

En segundo lugar, analiza el juzgador la posible nulidad de la cláusula en virtud del art. 8.1 LCGC en relación con el art. 1256 CC. Explica que, para que la cláusula hubiera contravenido el art. 1256 CC tendría que haber dejado al arbitrio de una de las partes la determinación de una obligación esencial del contrato. Habiendo sido aclarado ya que la cláusula suelo no es un elemento esencial, no puede afirmarse que se haya dejado al arbitrio de ninguna de las partes un elemento esencial del contrato, y así no cabe aplicar la nulidad del art. 8.1 LCGC.

Finalmente, estudia el último motivo de la demanda, relativo a la nulidad de la cláusula suelo por vulnerar la buena fe y provocar un abuso de la posición dominante de la contraparte. Esta alegación es fundamentada en el tenor de la Exposición de motivos de la LCGC al disponer que “*el concepto de cláusula*

contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores [...] Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de la nulidad contractual". Y es que la parte demandante recurre a la exposición de motivos puesto que del articulado de la LCGC (art. 8.2) se infiere que son nulas las condiciones generales abusivas que se hayan contratado con un consumidor. De esta forma, el Juez afirma que si el legislador hubiera querido extender esta protección a adherentes profesionales lo habría hecho, y dado que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo⁴, considera inviable la posibilidad de declarar la nulidad por cláusulas abusivas del art. 8.2 LCGC.

En resumen, declara la validez de la cláusula por no resultar aplicable la normativa relativa a la nulidad de las cláusulas fundamentada en su abusividad en los contratos entre profesionales, sin necesidad de entrar a valorar si aquella cláusula era o no abusiva.

2. Sentencia núm. 119/2013, de 16 de julio de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete

En el presente caso el litigio tiene lugar entre un consumidor contratante de un préstamo hipotecario, y la entidad prestataria BANCO MARE NOSTRUM. El demandante solicita que se declare la nulidad de la cláusula suelo del contrato por vulnerar el principio de transparencia, al no haberle entregado la entidad de crédito la oferta vinculante por escrito, y por implicar un desequilibrio entre las prestaciones de las partes. La mencionada cláusula suelo establecía que:

“El tipo de interés revisado no podrá ser inferior al 3,50 % nominal ni superior al 12 %”.

El banco, por su parte, niega que la cláusula suelo constituya una cláusula general de la contratación defendiendo haber sido negociada individualmente con el cliente.

A fin de contextualizar jurídicamente el litigio, el Juez analizó los requisitos que deben consumar las cláusulas contractuales para merecer ser consideradas

⁴ STC 150/1990, FJ 2.

condiciones generales, las cuales fueron expuestas *ut supra*⁵. Del mismo modo resumió los requisitos de especial transparencia que han de cumplir dichas condiciones en los contratos celebrados con consumidores, a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, que podemos sintetizar como sigue:

- a) El consumidor debe haber sido informado de que cuando el tipo de interés baja de determinado nivel, el préstamo se transforma en un préstamo a interés fijo y no variable;
- b) El consumidor debe haber sido informado de que, en ese caso, no se beneficiará de las bajadas de los tipos de referencia como el EURIBOR;
- c) El consumidor debe ser informado de forma clara y destacada sobre la inserción de la cláusula suelo, sin que pueda pasar desapercibida en un contrato complejo;
- d) El consumidor debe haber recibido información sobre otros productos que no incluyeran dicha cláusula, para poder comparar y tomar una decisión.

Realizadas estas matizaciones previas, entra el juzgador en el conocimiento del caso concreto. La parte demandada, a quien corresponde la carga probatoria respecto a la negociación individual de la cláusula, aporta copia de las condiciones particulares del préstamo firmada por los potenciales prestatarios, en aquel momento. Además, presentan una carta enviada por DEUTSCHE BANK a los, por aquel entonces, potenciales prestatarios indicándoles que actualmente no tenían ningún producto hipotecario que incluyera cláusulas suelo. El juez considera que ambos documentos hacen prueba suficiente de que la cláusula cuya nulidad se pretende sí fue negociada, y por tanto, éstos asumieron y eran plenamente conscientes de lo que dicha cláusula significaba. Y ello, aun cuando los consumidores alegan no haber leído las condiciones particulares pues “*su falta de diligencia en tal sentido no puede trasladar sus efectos negativos a la contraparte*”.

En suma, el juez desestima la demanda al considerar que la cláusula fue negociada individualmente y que, de hecho, los consumidores tuvieron la opción de contratar con otra entidad sin incluir ninguna cláusula suelo.

⁵ Apartado 1 de este trabajo.

3. Sentencia núm. 103/2013, de 19 de junio de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

En este pleito la parte demandante, un matrimonio titular de una mercantil inmobiliaria, solicita la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato de crédito hipotecario suscrito con LA CAIXA, que rezaba literalmente: “A).- Primera fase: [...] siendo aplicable en este período un tipo de interés anual fijo de 4,80 %.

B).- Segunda fase: [...], los tipos de interés nominal anual que se aplicarán durante esta segunda fase serán variables. El tipo de interés nominal aplicable a cada uno de los períodos de revisión ANUAL de esta segunda fase será igual a la suma del índice de referencia y del diferencial. [...] El diferencial para la primera disposición es de 0,45 PUNTOS, cuando resulte aplicable el índice de referencia adaptado (EURIBOR) y de 0,80 PUNTOS cuando el aplicable sea el Sustitutivo (IRPH).

TERCERO BIS: Tipo de interés variable. Segunda Fase de las CLAUSULAS FINANCIERAS de la escritura de crédito con garantía hipotecaria

F).- **Límite a la variación al tipo de interés aplicable.**

A efectos hipotecarios, tanto respecto de la PARTE ACREDITADA como de terceros, el tipo máximo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al crédito, durante la fase sujeta a intereses variables, será el de OCHO CON OCHENTA POR CIENTO (8,80 %).

A efectos obligacionales tal limitación del tipo de interés no existirá respecto de la parte acreditada, cuya responsabilidad, conforme a la Ley, será por tanto limitada, a excepción de la primera disposición de crédito, cuyo tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a intereses variables, serán del NUEVE CINCUENTA POR CIENTO (9,50 %) y del CUATRO POR CIENTO (4,00 %), respectivamente”.

En primer lugar, la entidad demandada niega la condición de consumidores de los demandantes por el hecho ser propietarios y administradores de una mercantil dedicada a la adquisición y comercialización de inmuebles. Sin embargo, el juzgador reconoce su condición de consumidores toda vez que actuaron como personas físicas con propósito ajeno a su actividad mercantil, como es la adquisición de su vivienda habitual. Por otro lado, en este caso no es

un hecho controvertido para las partes que la cláusula suelo constituya una condición general, por lo que no se discute su naturaleza aceptando tal calificación.

Tras ello, profundiza el juzgador sobre la forma en que se incorporó dicha cláusula. La entidad no entregó nunca a la parte actora oferta vinculante respecto al crédito con garantía hipotecaria que posteriormente se firmó. Además, aún en el caso de que la entrega de dicha oferta no sea vinculante por no ser aplicable a los créditos –OM 9 de mayo de 1994–, recalca el Juez que la entidad venía en todo caso obligada a entregar una copia de la minuta de la escritura de crédito por mor del art. 5.1 LCG que exige la previa información al adherente sobre las cláusulas generales predispuestas y la entrega de un ejemplar de las mismas. Consecuentemente, comprende el Juez que esta falta de información impide que los consumidores lleguen a tener un perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato.

Sentado ya el incumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato, procede ahora el órgano decisor a realizar el control de transparencia relativo a las condiciones generales incorporadas, es decir, si se cumplieron los requisitos de especial transparencia fijados en la STS de 9 de mayo de 2013⁶. Entiende que, en efecto, la cláusula no es transparente, pues (i) crea la apariencia de un contrato de préstamo/crédito a interés variable; (ii) no se aportó información sobre la cláusula controvertida antes de la firma de la escritura; (iii) la letra de la cláusula crea la apariencia de que la cláusula suelo tiene como contraprestación la fijación de un techo; (iv) su ubicación en una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada, estando, además, redactada en una cláusula distinta a la relativa al precio del préstamo; (v) no se realizaron simulaciones de escenarios adversos; y (vi) tampoco ofreció la entidad información sobre el coste comparativo con otros de sus productos.

Finalmente, realiza el control de abusividad de la cláusula suelo por desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Afirma, con la SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 (AC\2011\1569), que el desequilibrio al que se refiere el art. 82.1 TRLGDCU no alcanza a las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato⁷, *“en definitiva, que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto”*. Con

⁶ Véanse en el apartado 2 de este trabajo.

⁷ Aunque ya vimos que el TS afirmó que la cláusula suelo refería al objeto del contrato (precio) pero no constituía un elemento esencial, el JMer de Madrid no acude a dichas afirmaciones.

todo, si el consumidor no ha sido suficientemente informado no puede tener una percepción correcta sobre el equilibrio o desequilibrio objetivo existente. Así, el problema que en realidad concurre es un vicio del consentimiento por error, por no conocer suficientemente el objeto del contrato al no haber sido correctamente informado.

Por este motivo, declara nula la cláusula suelo si bien no condena a la restitución de las prestaciones (art. 1303 CC), es decir, la nulidad de la cláusula no produce efectos retroactivos no viéndose obligada la entidad a devolver las cantidades cobradas en virtud de dicha cláusula, ahora declarada nula. La justificación de esta decisión radica, de un lado, en la asunción del fallo de la STS de 9 de mayo de 2013. Y, de otro lado, en la comprensión de que la nulidad se declara por concurrir un error que invalidó el consentimiento, como es la ausencia de información precontractual suficiente, y que la nulidad que producen los vicios del consentimiento⁸ es una nulidad relativa o anulabilidad que produce efectos *ex nunc*.

4. Conclusiones

Como hemos podido comprobar, no todas las cláusulas suelo son susceptibles de ser declaradas nulas por falta de transparencia. En primer lugar, los requisitos de especial transparencia a los que hace referencia la STS de 9 de mayo de 2013 no son extrapolables a las relaciones contractuales entre profesionales, pues deriva de una protección reforzada dirigida al consumidor como parte inexperta y situada en una posición de inferioridad respecto al profesional predisponente. En segundo lugar, la existencia de negociación individual de la cláusula, la entrega de información precontractual suficiente –la leyera o no el consumidor⁹–, y la prueba¹⁰ respecto a la perfecta comprensión de la misma por el consumidor impiden que pueda considerarse nula. Por último, aparecen nuevos argumentos para rechazar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, como la declaración de nulidad por error en el consentimiento, entendiendo tal nulidad como una nulidad relativa.

⁸ No ausencia del consentimiento, entiende que no se invalida por completo el consentimiento.

⁹ Este asunto compete exclusivamente a su diligencia y no puede afectar a su contraparte.

¹⁰ Incluso la prueba sobre la posibilidad de contratar un producto sin cláusula suelo en otra entidad de crédito.