

FALTA DE TRANSPARENCIA FORMAL DE UNA CLÁUSULA SUELO EN
UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. COMENTARIO A LA
STS 8 SEPTIEMBRE 2014 (RJ 2014, 4660)

LACK OF FORMAL TRANSPARENCY OF A FLOOR CLAUSE IN A
CONTRACT OF MORTGAGE LOAN. COMMENT ON STS OF SEPTEMBER
8, 2014 (RJ 2014, 4660)

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 601-612.

Fecha entrega: 28/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U.
Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.
Secretario General del IDIBE
pedro.chaparro@uv.es

RESUMEN: Una cláusula suelo es abusiva por falta de transparencia formal cuando el consumidor no pudo razonablemente conocer, al tiempo de celebrar el contrato, la existencia y efectos de aquélla.

PALABRAS CLAVE: cláusula suelo, transparencia formal, nulidad, abusiva.

ABSTRACT: A floor clause is abusive for lack of formal transparency when the consumer can not to know clearly, at the time of concluding the contract, the existence and effects of that clause.

KEY WORDS: floor clause, formal transparency, nullity, abusive.

1. La sentencia objeto de este comentario [STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660)] aborda la controvertida cuestión de las cláusulas suelo. En concreto, el litigio tiene su origen en una cláusula suelo incorporada en un contrato de préstamo hipotecario. En la demanda se solicita que el Juzgado estime la nulidad de la cláusula por abusiva, aduciendo en tal sentido, principalmente, los siguientes motivos:

a) en primer lugar, las entidades bancarias (y entre ellas, la demandada) conocían la evolución de los tipos de interés y también tenían instrumentos para prever la evolución cíclica del Euribor (que es el índice de referencia más frecuente en los préstamos con interés variable), por lo que la fijación de la cláusula suelo atendía exclusivamente al objetivo de minimizar el impacto de una previsible bajada de los tipos de interés;

b) el alegato anterior contrasta, precisamente, con la falta de conocimiento del mundo financiero por parte de los prestatarios, que no poseían estudios y cuyo conocimiento sobre los productos bancarios era básico y limitado;

c) en cuanto a la configuración contractual de la cláusula, se argumenta que, a pesar de la lesividad de sus potenciales efectos para el prestatario, no se encuentra destacada de manera especial, sin constar en letra más grande, negrita o subrayado, con lo cual pasa totalmente oculta y desapercibida para el consumidor;

d) se dice, asimismo, que la cláusula suelo no figuraba en la publicidad ofrecida por la entidad financiera, que se limitaba a destacar el tipo de interés y el referencial aplicable; y

e) en fin, la suma de cuanto se ha expuesto lleva a los demandantes a considerar que la cláusula suelo es abusiva por cuanto entraña un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

La entidad financiera (la extinta Caja Segovia) adujo, en su escrito de contestación a la demanda, que la citada cláusula no constituye una condición general de la contratación, sino que fue fruto de una negociación individual. Por otra parte, añade que se trata de cláusulas que afectan directamente al tipo de interés pactado y, en consecuencia, contribuyen a configurar el precio del contrato, por lo que deberían ser excluidas de todo control de abusividad. En cualquier caso, la entidad financiera niega la existencia de desequilibrio, desequilibrio que, según entiende, no viene dado por la inexistencia de una cláusula techo o por la falta de proporción entre ésta y la cláusula suelo, sino por la ausencia de condiciones favorables para el prestatario que compensen la incorporación de la cláusula suelo, afirmando en tal sentido que como contraprestación de ésta el prestatario se podía haber beneficiado en aspectos tales como disminuciones del tipo de interés, diferenciales, disminución o supresión de comisiones, etc. En fin, se rechaza igualmente la pretendida mala fe en la fijación contractual de la cláusula suelo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. A este respecto, consideró que la cláusula suelo no era abusiva *per se* o por la cuantía mínima fijada, sino por la existencia de falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer una cláusula techo que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo. En consecuencia, condenó a la entidad financiera demandada a eliminar la cláusula suelo de los contratos de préstamo hipotecario suscritos por los demandantes. Sin embargo, no accedió a la petición de devolución de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo más los intereses legales, al entender que tal solicitud no se ajustaba al art. 219.1 LECiv., por falta de concreción del importe que debería ser reembolsado a los demandantes en ejecución de sentencia.

2. La entidad financiera interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Segovia en la SAP Segovia 28 diciembre 2012 (JUR 2013, 177904). En concreto, la Audiencia consideró que:

a) no concurría en el caso un déficit de información que pudiese dificultar la prestación del consentimiento de los actores y provocar el desconocimiento del significado real de las cláusulas, puesto que, aunque la cláusula suelo no figurara destacada de forma especial, sí lo estaban (en negrita) los tipos de interés que debían operar a lo largo de la vida del préstamo, lo que permitía fijarse en el tipo de interés que como mínimo debería abonar siempre el prestatario;

b) a pesar de la falta de conocimientos financieros expuesta en la demanda, entiende la Audiencia que, para el consumidor medio, aun sin conocimientos especializados en el sector financiero, es sabido que el interés es el precio que cobra el banco por el capital prestado, con lo que considera “difícilmente imaginable” que nadie firme un préstamo sin comprobar ese elemento esencial del contrato;

c) en cuanto al argumento de previsión de la caída de los tipos de interés, la Audiencia considera que no está probado, antes al contrario, entiende que los datos que aportan los demandantes en forma de gráficos con las previsiones del banco acerca de la evolución de los tipos de interés no reflejan una caída brusca de los mismos, siendo relevante en tal sentido el hecho de que ninguna de las cláusulas suelo estuviera por encima de los tipos futuros proyectados;

d) por lo que se refiere al argumento de la predisposición de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, la Audiencia arguyó que constituía un sólido indicio de la existencia de negociación en torno a las mismas el hecho de que en las diferentes escrituras públicas analizadas los tipos mínimos establecidos fueran diferentes, pues, de producirse la pretendida imposición, todas las cláusulas suelo se habrían regido por el mismo tipo de interés mínimo; y

e) por último, en cuanto al supuesto desequilibrio en las prestaciones generado con la cláusula suelo, que el juzgador de instancia deduce de la mera ausencia de una cláusula techo que compensara aquélla, considera la Audiencia que tal ausencia no rompe por sí sola el equilibrio de las prestaciones, que se manifiesta, muy especialmente, por el hecho de que en todos los contratos suscritos figura pactado un tipo de interés diferencial no superior al 0'90% que equilibraba las prestaciones de las partes para no incrementar el coste de la financiación.

Frente a esta sentencia, los demandantes deciden interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

3. El recurso de casación interpuesto por los demandantes ante el Tribunal Supremo se sustenta en cuatro motivos, de los cuales el alto tribunal estima dos, uno relativo a la consideración de la cláusula suelo como una condición general de la contratación, y otro referido al desequilibrio en las prestaciones del contrato y a la mala fe de la entidad bancaria ocultando la cláusula suelo en la fase de negociación precontractual.

En primer lugar, el Tribunal Supremo se remite a la fundamentación técnica de la relevantísima STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), primera del alto tribunal en abordar la cuestión de las cláusulas suelo. Tras exponer cuanto allí se dijo, pasa a aplicar dicha doctrina al caso aquí enjuiciado, alcanzando las siguientes conclusiones:

a) para empezar, considera que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, extremo que debe valorarse, como se expuso en la STS 9 mayo 2013 (RH 2013, 3088), atendiendo no al hecho de que sea una cláusula referida al objeto principal del contrato, sino al proceso seguido para su inclusión en el mismo. Al hilo de esto, el Supremo comparte los argumentos de la demanda relativos a la existencia de un déficit de información en el *iter* de la negociación precontractual en relación con el establecimiento de la cláusula suelo, sin que sea determinante para considerar que existió negociación, por sí solo, el hecho de que en los distintos contratos de cada uno de los demandantes el tipo mínimo fijado fuese distinto;

b) considerada la cláusula suelo como una condición general de la contratación, el Tribunal Supremo aborda en un segundo momento el análisis de su transparencia, llegando a la conclusión de que en los contratos no se incluyeron los criterios precisos y comprensibles que pudieran permitir a los prestatarios evaluar y conocer el alcance y el significado real de la cláusula suelo. Así, habla en un primer momento de “transparencia en el curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta”, señalando el Supremo que el alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares. Igualmente, tampoco se advierte, desde el prisma de la llamada “transparencia formal o documental”, que los efectos de la cláusula suelo pudieran haber sido conocidos por los prestatarios, pues aquélla no fue diferenciada del resto de cláusulas de manera especial, ni por una singular

colocación en el contrato, ni por un tipo de letra que advirtiera de su presencia, “en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación”.

4. Tradicionalmente ha existido en nuestra *praxis* forense una tendencia restrictiva a la apreciación de ciertas cláusulas como abusivas en contratos con consumidores. La multiplicidad de argumentos existentes (autonomía de la voluntad, cláusula no abusiva atendido el resto del contrato, etc.) ha conducido a que los tribunales hayan protegido en pocas ocasiones al consumidor.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, la sensibilización de los jueces en relación con problemáticas sociales tales como las participaciones preferentes o las cláusulas suelo está propiciando un marco de progresiva protección al consumidor, a quien se está intentando resguardar de los efectos más perversos de una crisis cuyo final no termina de atisbarse. Así, los datos actuales ponen de manifiesto que las entidades financieras están perdiendo más del 90% de las demandas por cláusulas suelo en los Juzgados y en Audiencias Provinciales.

A este cambio contribuyó, de manera decisiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), que marcó, sin duda alguna, un antes y un después en el análisis de la validez de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario, al ser la primera del alto tribunal en pronunciarse sobre tales cláusulas, estableciendo como criterio rector en el análisis de su validez la transparencia, entendida en un doble sentido: transparencia en la inclusión de la cláusula al contrato (control de incorporación), y transparencia intrínseca de la propia cláusula, es decir, claridad y comprensibilidad de la misma (control de transparencia en sentido estricto).

La doctrina de dicha sentencia se proyecta hoy día sobre las sentencias de instancia que conocen de nuevos casos; sin embargo, en casos como el presente, en el que el proceso se inició hace ya algunos años, con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo recién citada, los parámetros en los que se solían fijar los jueces de instancia distaban en cierta medida de la transparencia. Así, no existía un criterio que pudiera calificarse de “determinante”, analizándose la validez de dichas cláusulas en base a diferentes criterios interrelacionados que variaban de un caso a otro y que no siempre ostentaban la misma prelación a la hora de tenerse en cuenta, sino que se priorizaba uno u otro atendiendo a las circunstancias que rodeaban el caso concreto. Especial importancia cobraba, en la mayoría de los casos, el criterio de la reciprocidad entre las cláusulas suelo y techo.

5. En cualquier caso, vaya por delante que, para poder abordar la abusividad de una cláusula suelo, primero ha de ser calificada como una condición general de la contratación, lo que implica que aquella ha sido predispuesta en el contrato de préstamo hipotecario por la entidad financiera, sin que haya existido un proceso de negociación individual en el marco de la negociación precontractual. De otro modo, es decir, si se prueba que la cláusula suelo ha sido pactada con el adherente, no podría calificarse en ningún caso de abusiva, pues sería fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes consagrada en el art. 1255 CC.

Una vez calificada la cláusula suelo como condición general de la contratación (lo que no ha de entenderse como peyorativo en modo alguno, pues las condiciones generales de la contratación son una práctica habitual bancaria que tiene por objeto facilitar la redacción de los contratos de adhesión con los consumidores), es cuando debe procederse al análisis de la eventual abusividad de la misma, lo que, como he explicado, se venía haciendo por los jueces de instancia en base, principalmente, al criterio de la reciprocidad de las cláusulas suelo y techo.

Mediante este criterio, se comprobaba si la inserción en un contrato de préstamo hipotecario de una cláusula suelo podía ser compensada, de algún modo, por la previsión en el mismo de una cláusula techo que protegiera al consumidor de eventuales subidas de los tipos de interés (por tanto, actuaba en la práctica como un límite máximo de tipo de interés). En un primer momento, se optó por considerar que la cláusula techo era una contrapartida que equilibraba los derechos del consumidor en el contrato (así, en la sentencia de primera instancia del caso aquí estudiado se decreta abusiva la cláusula suelo por no contener el préstamo hipotecario una cláusula techo que protegiera al consumidor de las subidas del tipo de interés).

Sin embargo, pronto se llegó a la conclusión, en las sentencias de instancia posteriores, que la cláusula techo no podía ser un parámetro a tener en cuenta, por lo irrealizable de los tipos de interés fijados (generalmente superiores al 10%), lo que en la práctica dota de inutilidad a dicha cláusula y la convierte en meramente ficticia. De esta forma se pasó, por tanto, a valorar la reciprocidad de los derechos de ambas partes en el contrato en un sentido más amplio, abarcando el análisis no únicamente dichas cláusulas, sino la generalidad del contrato. Se entendía, pues, que a pesar de ser la cláusula techo irrealizable, o incluso de no figurar, podía existir una equivalencia de las prestaciones previstas en el contrato, si de una lectura del mismo se concluía que los derechos y obligaciones de ambas partes eran similares (tanto desde una perspectiva jurídica como económica), pudiéndose compensar la fijación de una cláusula suelo con condiciones que resultaran beneficiosas al consumidor; especialmente, la eliminación de comisiones.

Precisamente, esto es lo que sucede en el caso aquí analizado, en el que la sentencia de la Audiencia Provincial considera que la mera ausencia de una cláusula techo no conlleva la abusividad de la cláusula suelo, al haberse pactado en todos los contratos

un tipo de interés diferencial no superior al 0'90%, que equilibraba las prestaciones de las partes para no incrementar el coste de la financiación.

6. Abordando ya la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo considera que la cláusula suelo careció de transparencia, diferenciando dos momentos, uno al que denomina “transparencia en el curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta”, que vendría referido al momento de la negociación precontractual, señalando el Supremo que el alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares; y otro momento posterior, relativo a la llamada “transparencia formal o documental”, prisma desde el cual considera, igualmente, que la cláusula suelo no fue diferenciada del resto de cláusulas de manera especial, ni por una singular colocación en la oferta comercial realizada, ni por un tipo de letra que advirtiera de su presencia, concluyéndose, por tanto, que no fue accesible al consumidor.

Por tanto, la sentencia aquí analizada parece incorporar una nueva vertiente de la transparencia, o, al menos, pretende hilar más fino. Si la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) distinguió claramente entre la transparencia en la incorporación (accesibilidad y legibilidad) y la transparencia del contenido de la cláusula (claridad y comprensibilidad), la STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660) habla también de “transparencia en el curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta”, que vendría a cumplir una función de primerísimo filtro, anterior incluso al control de incorporación, considerando que la cláusula suelo no es transparente en este sentido por no haber formado parte de la negociación precontractual.

Desde luego, no parece muy acertada la nueva vertiente de la transparencia a la que se refiere el Supremo, al menos por dos motivos:

a) por un lado, porque complica una cuestión que parecía haber quedado resuelta con la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088); y

b) básicamente, porque la nueva distinción entre transparencia en el curso de la oferta y la transparencia en la incorporación de la cláusula al contrato (transparencia formal o documental) no aporta nada nuevo, pues lo lógico será que, si la cláusula suelo ha sido abordada y discutida en el curso de la negociación precontractual, el consumidor disponga de cuantos documentos a ella se refieran, de modo que su inclusión en el contrato no le resultará extraña. En sentido opuesto, y como suele ocurrir en la práctica, si el consumidor no ha sido advertido del alcance o de los efectos de dicha cláusula en el curso de la negociación precontractual, o ha recibido informaciones superficiales y ambiguas, habrá de concluirse que la cláusula no le fue “accesible” (aunque figure en los documentos relativos a la oferta comercial vinculante) y, por tanto, deberá ser calificada como no transparente. Es decir, no se trata de dos vertientes de la transparencia que puedan abordarse por separado, sino que se encuentran en una clara relación de causa-consecuencia.

Por lo demás, el Supremo no entra a valorar la transparencia intrínseca de la cláusula suelo, es decir, su claridad y comprensibilidad. Algo que, a mi juicio, es claramente ilustrativo del funcionamiento del doble filtro de transparencia: no superado el primer filtro de la transparencia formal o documental, la cláusula suelo padece ya de un defecto de transparencia, no salvable por muy clara y comprensible que fuera la cláusula en sí misma considerada.

7. A las conclusiones de la sentencia se opone el voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, quien diside de la opinión general en lo relativo a la forma de realizar el control de transparencia.

En este sentido, el referido magistrado obvia la importancia de la transparencia en la incorporación de la cláusula suelo al contrato, para defender que la transparencia debe abordarse, principalmente, desde la perspectiva de la claridad y comprensibilidad de la cláusula, prisma desde el cual, a su parecer, no ha lugar a dudas de la transparencia de aquélla. Justifica su opinión en el hecho de que la cláusula es comprensible y sencilla de entender para un consumidor medio, máxime después de varios años de uso generalizado en contratos de este tipo, a lo que agrega que su ubicación es la habitual, figurando justo a continuación de otras cláusulas relativas a la determinación del tipo de interés que regirán cada uno de los periodos de vida del préstamo.

Dice, así, que “no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene a continuación de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado”, para luego añadir que “Me resulta difícil de admitir que en el caso de los contratos de 2007, concertado con JGV, y de 2008, concertado con BIC, después de más de cuatro y cinco años, respectivamente, de la aparición de forma generalizada de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia y de las consecuencias económicas que le podía deparar, máxime cuando en ambos casos la oferta vinculante es extremadamente clara. En la primera página, de forma esquemática, se muestran los elementos esenciales del contrato (el capital y la forma de entrega, la amortización y los intereses), sin ninguna literatura que pudiera contribuir a que algún detalle pasara inadvertido o resultara confuso”.

8. En fin, para posteriores reflexiones queda una ulterior cuestión, sobre la que esbozaré siquiera un marco previo. Y es que hay que tener presente que problemáticas sociales como las cláusulas suelo o las participaciones preferentes no son un fenómeno nuevo, sino que vienen constituyendo una práctica bancaria consolidada desde hace ya algún tiempo. En una situación de crecimiento de la economía, las cláusulas suelo no dejaban sentir sus efectos y pasaban desapercibidas

para el consumidor, al resultar el tipo de interés aplicable superior al tipo mínimo previsto. De la misma forma, los consumidores que suscribían participaciones preferentes obtenían beneficios de las mismas. El problema, como se observa, se manifiesta en períodos de recesión económica, en los cuales los tipos de interés bajan, haciendo que pueda entrar en juego una cláusula suelo. Igualmente, las participaciones preferentes suponen pérdidas para sus titulares en épocas de tendencias bajistas de la evolución de los mercados financieros.

En relación al caso de las preferentes, y considerando el producto financiero en sí mismo, no se puede hablar, como ahora se hace, del “timo de las preferentes”, ni tampoco referirse a ellas como un “chollo” en épocas de bonanza económica. Hay que ser plenamente conscientes de que se trata de un producto complejo, arriesgado, cuya rentabilidad depende en gran medida del escenario económico en el que se adquieran.

Así las cosas, *a priori* podría compartirse o considerarse razonable el argumento de las entidades financieras de que en épocas de crecimiento con beneficios para todos nadie “ponía pegas”, y ahora, en época de “vacas flacas”, es cuando se está empezando a levantar la voz.

Sin embargo, el anterior argumento resulta muy pobre, atendida una cuestión que no debe pasarse en absoluto por alto. Y es el hecho de que se ha probado que la emisión en masa de participaciones preferentes realizada en los últimos años por parte de las entidades financieras ha tenido por objeto únicamente la refinanciación y obtención de liquidez, efectuándose, en su mayor parte, en un sector de clientes muy concreto, cual es el de consumidores con un perfil conservador y con conocimientos financieros muy limitados. Por tanto, éstos no sabían realmente lo que compraban.

Desde esta perspectiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), focalizando el análisis de la validez de la cláusula suelo en la transparencia, ha dado de lleno en el clavo. Transparencia que no es predicable únicamente de la cláusula suelo, sino de cualquier otra cláusula que pueda resultar abusiva y cuyos efectos puedan ponerse de manifiesto en un escenario económico adverso.

Pero este canon de transparencia, en cierto modo, no es nuevo ni exclusivo del análisis de las cláusulas suelo. Desde este prisma se viene valorando, también, la emisión de participaciones preferentes cuando resulta litigiosa, en conjunción con otros criterios como la asunción de un riesgo superior al perfil del cliente, el nivel de conocimientos del cliente en materia financiera, o la prestación de un consentimiento válido a la hora de celebrar el contrato de adquisición de participaciones preferentes. Transparencia que se analiza en el marco del cumplimiento por parte de la entidad financiera de su deber de información al consumidor.

Se trata en estos casos, por tanto, de saber si el consumidor era consciente de lo que adquiriría. O, si se prefiere, si era conocedor de los potenciales beneficios y riesgos que entrañaba el producto complejo (ya sea un préstamo hipotecario, ya sean participaciones preferentes) adquirido. La determinación de tal extremo, como se ha demostrado en la práctica, resulta harto complicada, habiendo optado los tribunales, con buen criterio, por proteger, en la duda, a la parte más débil del contrato.

