

## Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

BIB 2013\1407

**Carmen, Pérez Conesa.** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos

Publicación:

Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.4/2013  
Editorial Aranzadi, S.A.U.

---

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en [sentencia de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#) , se ha pronunciado por vez primera sobre la nulidad de las denominadas «cláusulas suelo» por falta de transparencia, incorporadas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable concertados por entidades bancarias con consumidores y usuarios.

Los hechos de los que trae causa la sentencia objeto del presente comentario son los siguientes. La Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. En la misma, se solicitaba la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación en las que se establecía un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia en contratos de préstamo a interés variable. Asimismo, se pedía se condenara a las entidades financieras demandadas a suprimir dichas condiciones generales de la contratación u otras que, en términos similares, establezcan el mismo contenido, imponiendo un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario y a abstenerse de emplearlas en lo sucesivo.

Las entidades demandadas se opusieron y suplicaron la desestimación de la demanda con fundamento, entre otros, en que las cláusulas mencionadas no son condiciones generales de la contratación, en la inaplicabilidad de la normativa sobre condiciones abusivas al regular elementos esenciales de los contratos y en el carácter no abusivo de las cláusulas impugnadas.

El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla dictó [sentencia, de fecha 30 de septiembre de 2010 \(AC 2010, 1550\)](#) , por la que se declara, entre otras cosas, la

nulidad de las «cláusulas suelo» de autos, al considerar que son condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por las entidades demandadas y, en atención al desfase en relación con las «cláusulas techo», son abusivas, condenando a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de su utilización en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación, en el que se personó el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), en [sentencia de fecha 7 de octubre de 2011 \(AC 2011, 1569\)](#), estimó el recurso de apelación, declarando que: «... no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias».

La Audiencia no consideró que las cláusulas suelo y techo tuvieran naturaleza de condiciones generales de la contratación abusivas, en el entendido de que semejantes cláusulas son un elemento esencial del contrato negociado entre las partes, no impuestas sino aceptadas libre y voluntariamente por los prestatarios y, por tanto, al tratarse de cláusulas negociadas de las que no deriva un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, no tienen carácter abusivo.

La Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, este último con apoyo, entre otros motivos, en que la sentencia recurrida:

- se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos hipotecarios recogidas en la [Orden de 5 de mayo de 1994 \(RCL 1994, 1322\)](#), sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, lo que supone infracción del [artículo 1.1](#) de la [Ley 7/1998, de 13 de abril \(RCL 1998, 960\)](#), sobre condiciones generales de la contratación;

- se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de un control judicial de las cláusulas referidas a la definición del objeto del contrato, lo que lesiona de nuevo al artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación;

- aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor, como son el [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la [Ley 44/2006, de 29 de diciembre \(RCL 2006, 2339\)](#), de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

El Ministerio Fiscal también recurrió la sentencia de segunda instancia con base en un único motivo, conforme al cual se entiende infringido, por no haberse aplicado, el [artículo 82.4.c\)](#) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con el [artículo 8.2](#) de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

De la extensa [sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#), nos interesa destacar los Fundamentos de Derecho relacionados con los motivos en los que se sustenta el recurso de casación interpuesto por la asociación Ausbanc.

Comienza recordando, en el Fundamento de Derecho Sexto, que el TJUE tiene declarado reiteradamente que el sistema de protección establecido en la [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#) del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se justifica en la situación de inferioridad del consumidor respecto al profesional, tanto con relación a la capacidad de negociación como al nivel de información, lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Por ello, con la finalidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las mismas, el [art. 6.1](#) de la mencionada Directiva dispone: «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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». El TJUE considera que esta norma es una disposición imperativa y que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula es un medio idóneo para lograr el resultado establecido en el art. 6 de la Directiva, puesto que con ello se puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a erradicar la utilización de dichas cláusulas.

De acuerdo con lo anterior, expuesto aquí resumidamente, el Tribunal Supremo concluye que: «... en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas».

Como hemos señalado, la sentencia recurrida no aprecia que las cláusulas suelo en litigio tengan naturaleza de condiciones generales de la contratación por ser un elemento esencial del contrato y, consiguientemente, los consumidores tienen conocimiento de las mismas y son aceptadas voluntariamente. Por ello, el Tribunal

---

---

Supremo considera oportuno examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener el carácter de condiciones generales.

A tal efecto, en el Fundamento de Derecho Séptimo, se afirma que una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y se añade: «Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el [artículo 38 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el [artículo 51 CE](#) impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces *«los legítimos intereses económicos de los mismos»* .

De otro lado, el Tribunal Supremo no comparte la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma: «El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 1261.1º CC \(LEG 1889, 27\)](#) - *«[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]*» - como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual *«[l]as condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo»* .

Asimismo, el Tribunal Supremo analiza, en el Fundamento de Derecho Octavo, si los pactos que limitan la variabilidad de los intereses de un préstamo hipotecario han sido o están destinados a ser impuestos, lo cual rechaza la sentencia recurrida con base, entre otros argumentos, en que las escrituras de préstamo hipotecario que las demandadas formalizan en ocasiones contienen tales pactos y en otras no. La Sala llega a las siguientes conclusiones:

1ª. Debe calificarse como impuesta por el empresario la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta cuando el consumidor no tiene ninguna capacidad de influir ni en su supresión ni en su contenido, de modo que o bien se adhiere o bien debe renunciar a contratar;

2ª. La posibilidad real de escoger entre varias ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de la contratación no es equiparable a la negociación individual;

3ª. Recae sobre el empresario o profesional la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos a los consumidores.

Frente al argumento de las entidades demandadas, según el cual a pesar de

calificarse las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación por estar admitidas en algunas disposiciones legales, el Tribunal Supremo ratifica lo razonado por la sentencia recurrida, en la que se afirma que: «[I]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis».

Una vez admitido que las cláusulas sobre variación de los tipos de interés tienen naturaleza de condiciones generales de la contratación impuestas por las entidades bancarias demandadas, a pesar de afectar a un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, se plantea el Tribunal Supremo si cabe controlar su carácter abusivo.

Para ello, trae a colación la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuyo considerando decimonoveno se indica que «... 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». El art. 4.2 de la misma dispone: «La 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 tanto, concluye en el Fundamento de Derecho Décimo, que no cabe el control de su equilibrio, añadiendo que: «[S]in embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone».

El primero de ellos es el control de transparencia a efectos de incorporación en el contrato. En este sentido, el [art. 7](#) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece que no quedarán incorporadas al contrato, entre otras, las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. A tenor del mismo, el Tribunal Supremo coincide con la sentencia recurrida en que «...la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la [OM de 5 de mayo de 1994 \(RCL 1994, 1322\)](#) , garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor».

Si bien las condiciones generales impugnadas, de forma aislada, cumplen los requisitos de transparencia exigidos por el art. 7 LCGC para su incorporación, un segundo control de transparencia es el del contenido de las condiciones incorporadas en los contratos con consumidores. El [art. 4.2](#) de la Directiva

---

93/13/CEE establece que «[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato... siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Como afirma el Tribunal Supremo: «La interpretación *a contrario sensu* de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible».

Conforme al [art. 80.1](#) TRLCU, las cláusulas no negociadas individualmente que se utilicen en los contratos con consumidores y usuarios deben cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, así como los de accesibilidad y legibilidad, para que el consumidor pueda conocer antes de la celebración del contrato su existencia y contenido. Así pues, es necesario que el consumidor tenga un conocimiento real y completo de que se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que puede incidir en su obligación de pago y en la propia economía del contrato, de manera que pueda adoptar una decisión con pleno conocimiento. Por ello, se concluye en el Fundamento de Derecho Decimosegundo que la transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo del contrato.

Las cláusulas suelo incluidas en contratos de préstamo hipotecario a interés variable los convierte, de hecho, en préstamos a interés mínimo fijo. Destaca la sentencia que: «[L]a 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. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo».

Por lo anterior, el Tribunal Supremo sostiene que las cláusulas analizadas no son transparentes por varios motivos, entre otros:

- por falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato;
- por insertarse de forma conjunta con las cláusulas techo como aparente contraprestación de las mismas;
- por no existir información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad;
- por 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. (Fundamento de Derecho Decimotercero).

A continuación, analiza si las cláusulas examinadas deben considerarse abusivas por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor, cuestión en la que no entró la sentencia recurrida al negar el control del carácter abusivo de las cláusulas de estabilización de tipos de interés por referirse al objeto principal del contrato. No obstante, se advierte que la falta de transparencia no implica necesariamente que tales cláusulas sean desequilibradas.

Para valorar tal extremo, entiende que debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, afirmando que: «[S]i bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, **dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como «variable»**. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza». (Fundamento de Derecho Decimoquinto. La negrita es nuestra).

Aunque se declara la nulidad de las cláusulas suelo objeto del litigio por su carácter abusivo, también se aclara que los contratos en vigor continuarán siendo obligatorios en los mismos términos sin dichas cláusulas, puesto que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no implica que sea imposible la subsistencia del propio contrato. De ahí que se condene a las entidades demandadas a eliminar las mencionadas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

En otro orden de cosas, el Ministerio Fiscal solicitó en su recurso que se precisara la eficacia temporal de la sentencia, puesto que si tuviera efectos retroactivos quedarían afectados los contratos ya consumados, debiéndose reintegrar grandes cantidades de dinero ya cobradas. Queremos destacar, para finalizar el presente comentario, los argumentos en que se basa el Tribunal Supremo para declarar que no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia y que, por tanto, no afectará ni a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya realizados.

Si bien comienza aludiendo a la máxima de que lo que es nulo no produce ningún efecto y reconociendo que la misma también se aplica al supuesto de nulidad de cláusulas abusivas como afirma la [STJUE de 21 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 93\)](#), a continuación matiza que los efectos de la mencionada regla general de la retroactividad de las declaraciones de nulidad no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, en particular a la seguridad jurídica ( [art. 9.3 CE](#)).

---

Precisamente, teniendo presente el principio de seguridad jurídica, cita sentencias del Tribunal Constitucional en las que se ha limitado el efecto retroactivo de la declaración de inconstitucional. Igualmente, recuerda que el propio Tribunal Supremo ya ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad, puesto que el fundamento de la regla por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación anterior al contrato consiste en evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra, lo cual no siempre deriva de la nulidad ( [STS de 13 de marzo de 2012 \[RJ 2012, 4527\]](#) ).

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que, en el caso enjuiciado, es preciso valorar una serie de cuestiones para decidir sobre la retroactividad de la sentencia. Así, afirma en el Fundamento de Derecho Decimoséptimo que:

- las cláusulas suelo son lícitas, en contra de lo pretendido por la demandante;
- su inclusión en los contratos de préstamo a interés variable responde a razones objetivas;
- no son cláusulas inusuales y han sido toleradas por el mercado por un período largo de tiempo;
- la condena al cese en el uso de las mismas y a su eliminación por abusivas se basa en la falta de transparencia, no en una ilicitud intrínseca de sus efectos;
- dicha falta de transparencia deriva de la insuficiencia de la información, no de su oscuridad interna;
- según un informe del Banco de España, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos;
- la [Ley 2/1994, de 30 de marzo \(RCL 1994, 999\)](#) , sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

Pero el argumento que nos parece más significativo y creemos que es la razón última por la que declara la irretroactividad de la sentencia es el siguiente: «Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

---