

BREU COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 9 DE MAIG DE 2013, RELATIVA A LA NUL·LITAT DE DETERMINADES CLÀUSULES SÒL HIPOTECÀRIES

Iván Mateo Borge

Professor associat

Universitat Autònoma de Barcelona

Màster en dret per la Universitat de Tübingen (Alemanya)

Ramon M. Romeu Cònsul

Advocat

1. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

Amb la mort de la gallina dels ous d'or del mercat immobiliari a casa nostra, indubtablement agreujada per la situació de crisi econòmica que estem patint, s'ha dut a la palestra en diverses —i mediàtiques— ocasions el sistema hipotecari espanyol, i és precisament en aquests temps més durs quan s'han posat de manifest les seves mancances, així com la seva cara més fosca i, fins i tot, tràgica.

En el cas que ens ocupa, l'Associació d'Usuaris dels Serveis Bancaris (en endavant AUSBANC) presentà als jutjats mercantils de Sevilla una acció col·lectiva de cessació de les condicions generals de la contractació (art. 12.2 i 16.3 de la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació [LCGC]) contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (avui, Cajas Rurales Unidas, SCC) i Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (avui, NCG Banco, SAU), en la qual sol·licitava que: *a*) es declarés la nul·litat, pel seu caràcter abusiu, de les clàusules sòl que aquestes entitats tenien establertes en una pluralitat de préstecs hipotecaris subscrits amb consumidors; *b*) condemnés aquestes entitats a eliminar les clàusules esmentades dels seus contractes i a abstenir-se d'utilitzar-les en el futur; *c*) condemnés aquestes entitats a publicar la Sentència de 9 de maig de 2013 al *Boletín Oficial del Registro Mercantil* i en un diari dels de major difusió de la província; i, finalment, *d*) acordés la inscripció de la Sentència en el Registre de Condicions Generals de la Contractació que resultés competent.

En primera instància, el Jutjat Mercantil Número 2 de Sevilla¹ accedí íntegrament a les peticions d'AUSBANC i entengué, en síntesi, que les clàusules sòl s'havien de considerar nul·les perquè es tractava de condicions generals de la contractació que actuaven com a mecanisme de garantia enfront d'una eventual volatilització dels tipus d'interès, s'havien establert únicament en interès de l'entitat financera i havien de ser contraposades a les clàusules sostre (la manca d'aquestes últimes convertia les clàusules sòl en nul·les per manca de reciprocitat). El Jutjat aprecia un sensible desfasament i una desproporció entre les condicions d'aplicació de les clàusules sòl i les de les clàusules sostre, en perjudici dels consumidors.

L'Audiència Provincial de Sevilla,² en canvi, va entendre que no es podia parlar de clàusules imposades o no negociades (condicions generals), atès que conformaven l'objecte essencial del contracte de préstec, és a dir, el preu o interès mínim que el consumidor havia de pagar pel producte contractat. A més, tampoc no les considerà contràries a la bona fe contractual, atès que l'Ordre ministerial de 5 de juny de 1994 establia un minuciós procés d'inclusió d'aquestes clàusules que garantia la seva coneixença per part del consumidor. Finalment, tampoc no va acceptar l'existència de desequilibri de prestacions perquè va entendre que en el contracte de préstec és només el prestatari qui assumeix obligacions enfront del prestamista i que la clàusula de limitació de la variabilitat dels interessos a la baixa en cap cas atorga un dret al consumidor que se n'estableixi una a l'alça. Per tant, desestimà íntegrament les peticions d'AUSBANC i deixà incòlumes les clàusules sòl debatudes.

En aquest escenari, el Tribunal Suprem analitza, en una sentència realment extensa —algunes vegades en excés— i a més d'interessants qüestions d'indole processal que superen l'abast d'aquest breu comentari, la validesa de les clàusules emprades per les tres entitats financeres, així com els efectes que ha de tenir la pròpia sentència, i conclou que les clàusules analitzades han de ser declarades nul·les i, per tant, han d'ésser eliminades dels contractes en els quals les entitats financeres demandades les tenen incloses, però no amb caràcter retroactiu.

Aquesta Sentència desenvolupa un plantejament de l'Alt Tribunal que ja va germinar en la seva Sentència de 18 de juny de 2012,³ que seguidament analitzarem, pel que fa al doble filtre de transparència que han de passar les condicions generals de la contractació que conformen l'objecte principal del contracte, amb relació al vet de l'article 4.2 de la Directiva 13/93. Aquest plantejament, s'ha de reconèixer, marcarà una fita clara en la contractació amb consumidors en general i en la hipotecària en

1. Vegeu el fonament de dret tercer de la Sentència del Jutjat Mercantil de Sevilla 246/2010, de 30 de setembre de 2010 (judici verbal 348/2010, Negociat: 5).

2. Vegeu la Sentència de la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Sevilla de 7 d'octubre de 2011, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 1604/2011.

3. Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem 406/2012, de 18 de juny de 2012, dictada en el procediment del recurs de cassació núm. 46/2010.

particular, ja que estableix un marc de transparència molt ampli que, en definitiva, obre la porta que es pugui controlar judicialment *de facto* l'equilibri de contraprestacions en la contractació amb consumidors.

No podem deixar de fer, finalment, un incís pel que fa a les crítiques de la doctrina a la Sentència, que comprenen no només l'excessiva extensió —a vegades innecessària— de la resolució, sinó també el fet d'incórrer en alguns errors d'argumentació i d'adequació de la solució adoptada en la norma⁴ i, sobretot, el posicionament del Tribunal Suprem respecte de la retroactivitat de la Sentència o, més ben dit, la manca d'aquesta, tant des d'un punt de vista material com des d'un punt de vista processal.

2. NATURALESA JURÍDICA DE LES CLÀUSULES SÒL

La primera qüestió que aborda el Tribunal Suprem és aclarir la naturalesa jurídica de les clàusules sòl i, particularment, determinar si es tracta de condicions generals de la contractació i si han estat imposades als consumidors, ja que la Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla (vegeu la nota a peu de pàgina núm. 2) va entendre que, com que aquestes clàusules conformaven l'objecte principal del contracte, no podien ser considerades com a tals i, a més, com que es complien les formalitats establertes en l'Ordre ministerial de 5 de maig de 1994 i no constaven en tots els contractes que les entitats financeres subscrivien amb els seus clients, s'havia d'entendre que el consumidor les coneixia, les entenia i les acceptava com a part negociada del contracte.

L'article 1 LCGC defineix què hem d'entendre per *condició general de la contractació*. El Tribunal Suprem extreu del dictat d'aquesta norma que les notes característiques d'aquestes condicions són: *a)* s'ha de tractar d'una condició contractual no derivada de la imposició d'una norma imperativa; *b)* ha d'haver estat preredactada sense que hagi estat fruit d'un consens previ; *c)* ha d'haver estat imposada per una de les parts, que és el professional; i *d)* ha d'estar incorporada o destinada a ser utilitzada en una pluralitat de contractes del predisponent amb la finalitat de disciplinar uniformement els contractes que es volen formalitzar.

Pel que fa a la possibilitat que les condicions generals versin sobre elements essencials del contracte, prenent com a referència el que estableix l'exposició de motius de la LCGC⁵ el Tribunal Suprem afirma que la mateixa norma preveu l'exclusió de

4. FRANCISCO PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret* (Barcelona), any 2013, núm. 3 (juliol 2013), p. 17-18 i 23-24.

5. «Desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley.»

determinats tipus de contractes en els quals manca la idea de predisposició contractual, fet que implica que si són contractes inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Llei, res no obsta que siguin condicions generals de la contractació les clàusules que facin referència a elements essencials del contracte; de fet, fins i tot afirma que l'empresari predisponent pot estar interessat que així sigui (apartats 139-142).

En relació amb la imposició d'aquestes clàusules als consumidors, a manca de regulació relativa al concepte d'*imposició* en la LCGC, el Tribunal Suprem conclou que no és necessari, per a entendre que una clàusula ha estat imposada, que s'utilitzi en la totalitat dels contractes del professional, i sí que ho és que no hagi estat negociada individualment, i recorda que és a l'empresari a qui correspon acreditar la negociació individual, d'acord amb les exigències de l'article 82.2 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries (TRLDCU).

De fet, en la línia del que afirma l'apartat tercer de l'Informe del Banc d'Espanya (IBE) publicat al *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Senado», núm. 457, de 7 de maig de 2010, sobre determinades clàusules presents en els préstecs hipotecaris, a fi de donar resposta a la moció aprovada el 23 de setembre de 2009 pel Ple del Senat en la qual s'instava el Govern espanyol a actuar contra les pràctiques abusives que algunes entitats de crèdit duïen a terme amb els seus clients, en relació amb la revisió de les quotes hipotecàries, el Tribunal Suprem reconeix que aquest tipus de clàusules han d'entendre's imposades, ja que la seva inclusió en els contractes que ofereixen les diferents entitats financeres respon a les polítiques comercials de caràcter general de la direcció central de cada entitat, de la qual cosa resulta que l'adherent no té un poder de negociació real, sinó que pot o bé acceptar-les o bé no contractar («take it or leave it»).

Tot i amb això, el Tribunal Suprem recorda, com ja ho va fer en la seva Sentència de 10 de juny de 2012,⁶ que la imposició de clàusules generals no comporta *per se* la seva il·licitud.

Finalment, el Tribunal Suprem aborda la qüestió dels sectors regulats, atès que l'article 4.2 LCGC disposa que «[t]ampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que [...] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes». En aquest sentit, el Tribunal Suprem diu que el fet que l'Ordre ministerial de 5 de maig de 1994 —i les seves modificacions posteriors— estableixi una sèrie de requisits d'informació en el supòsit que les clàusules sòl s'incorporin als préstecs hipotecaris, no implica la seva imposició legal ni la seva existència en cas que no s'hi incloguin.

6. Vegeu en aquest sentit les sentències del Tribunal Suprem núm. 99/2009, de 4 de març, dictada en el procediment del recurs de cassació núm. 535/2004, i núm. 406/2012, de 18 de juny, dictada en el procediment del recurs de cassació núm. 46/2010.

En conseqüència, el Tribunal Suprem conclou que les clàusules sòl analitzades són condicions generals de la contractació, sotmeses, per tant, a la LCGC i al TRLCU.

3. EL CONTROL DEL CARÀCTER ABUSIU DE LES CONDICIONS GENERALS DE LA CONTRACTACIÓ I ELS SEUS LÍMITS

Tal com hem apuntat, la sentència d'apel·lació objecte de recurs denega la possibilitat d'anàlisi del caràcter abusiu de les clàusules sòl objecte de discussió, i a aquest efecte al·lega que les clàusules sòl afecten precisament un dels elements essencials del contracte, el preu, de manera que no les considera condicions generals i no entra a analitzar si poden resultar o no abusives.

El punt de partida, i pedra angular del debat, el Tribunal Suprem el situa en el considerant dinovè de la Directiva 13/93⁷ amb relació al seu article 4.2, que disposa que «[...] 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 otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Precepte, aquest, que —recordem-ho— no ha estat incorporat de manera expressa al nostre ordenament jurídic.

A la vista d'això, el Tribunal posa de manifest els diferents punts de vista doctrinals pel que fa als requisits que ha de reunir un element definidor de l'objecte principal del contracte⁸ i arriba a la conclusió que, efectivament, les clàusules sòl són clàusules definidores de l'objecte principal del contracte, ja que són elements que complementen de manera directa la conformació del preu que el prestatari ha de pagar pel préstec hipotecari. Així, doncs, *prima facie* queda vedat als tribunals de fer-ne un control del contingut, és a dir, d'analitzar el caràcter abusiu d'aquestes clàusules per perjudicar els drets i interessos legítims dels consumidors pel que fa a l'equilibri entre el preu o la retribució i els serveis oferts en contraprestació.

No obstant això, si bé sembla que en un primer moment el Tribunal obre la porta perquè es pugui dur a terme aquest control per la via de la transparència derivada del mateix article 4.2 de la Directiva 13/1993, amb una argumentació una mica confu-

7. «[...] 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; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

8. Vegeu des de l'apartat 186 en endavant de la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 9 de maig de 2013.

sa, ja que admet que la jurisprudència comunitària emanada de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de 3 de juliol de 2010 (C-484/08) accepti la possibilitat que els ordenaments nacionals adoptin normes més estrictes i proteccionistes dels consumidors —fins i tot en contra del mateix article 4.2 de la Directiva 13/1993—, tot recordant que el mateix Tribunal Suprem així ho havia afirmat en nombroses ocasions amb relació al sistema jurídic intern,⁹ acaba tancant la qüestió de forma clara concloent que l'ordenament espanyol no admet un control del preu,¹⁰ sinó que el control de les clàusules que defineixen l'objecte principal del contracte en tot cas ha de passar per la via de l'afegit de l'article 4.2 de la Directiva 13/1993; és a dir, el control de transparència.

En efecte, en paraules del mateix Tribunal Suprem. «[...] que una condición general defina el objeto principal del 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» (v. ap. 196).

4. EL DOBLE CONTROL DE LA TRANSPARÈNCIA

Tal com conclou la Sentència analitzada i com seguidament veurem, el control al qual es poden sotmetre les clàusules definidores de l'objecte principal del contracte no és un control del caràcter abusiu de la mateixa clàusula en termes de contingut, sinó que és un control en termes de transparència. En altres paraules, el Tribunal no pot valorar l'onerositat que té el contracte per al consumidor, sinó que ha de valorar si aquest, a l'hora de contractar, tenia raonablement un coneixement real d'aquesta onerositat i si era conscient de quines eren les principals clàusules que incidien en la seva fixació —o eventual variació.

Prenent com a base l'article 4.2 de la Directiva, en relació amb els articles 5.5 i 7 LCGC i 80.1 TRLCU, el Tribunal Suprem desenvolupa aquest doble control de la transparència, que ja va començar a perfilar en la ja mencionada Sentència de 18 de juny de 2012, en el sentit de separar-lo del control del contingut. Control que no s'aplicarà d'igual manera, com veurem, segons si l'adherent és consumidor o no.

De conformitat amb l'article 5.5 LCGC, les condicions generals han d'estar redactades d'acord amb els criteris de transparència, claredat, concreció i senzillesa. Així mateix, l'article 7 d'aquesta norma disposa que «[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido

9. Vegeu les sentències del Tribunal Suprem núm. 410/2010, d'1 de juliol de 2010, dictada en el procediment del recurs de cassació núm. 1762/2006; núm. 663/2010, de 4 de novembre de 2010, dictada en el procediment del recurs de cassació núm. 982/2007; i núm. 861/2010, de 29 de desembre de 2010, dictada en el procediment del recurs de cassació núm. 1074/2007.

10. Seguint el dictat de la STS núm. 406/2012, de 18 de juny de 2012, dictada en el procediment del recurs de cassació núm. 46/2010.

oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido 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».

A partir d'aquests preceptes, el Tribunal Suprem fixa un primer control que han de passar les condicions generals que defineixin l'objecte principal del contracte, el *control d'incorporació*, consistent a analitzar si l'adherent (consumidor o no), a la vista de les circumstàncies concretes del cas, ha tingut l'oportunitat real i raonable de conèixer l'existència de la clàusula i d'entendre aquesta darrera.

En aquest punt, tenint en compte el detallat procediment que estableix l'Ordre ministerial de 5 de maig de 1994 per a la incorporació de les clàusules sòl als contractes de préstec hipotecari i partint de la base que a la vida real es compleixen de manera estricta els dictats d'aquesta norma, el Tribunal Suprem conclou, en consonància amb el que estableix la sentència apel·lada, que les clàusules sòl analitzades superen aquest primer filtre d'incorporació, atès que la norma garanteix que els consumidors tinguin l'oportunitat real de conèixer la incorporació d'aquestes clàusules al contracte de préstec i que, considerades de manera aïllada, no transgredeixen el dictat de l'apartat segon de l'article 7 LCGC.

Un cop superat aquest primer control, amb relació als consumidors i sobre la base de l'article 80.1 TRLCU, el Tribunal Suprem realitza un complex desenvolupament del segon sedàs que han de passar les clàusules definidores de l'objecte principal del contracte: el *control de transparència*. Aquest control de transparència actua de forma abstracta i representa un punt d'inflexió en la protecció dels consumidors i usuaris, ja que amplia de forma avui encara incommensurable els deures d'informació que s'imposen als empresaris, com seguidament veurem.

L'article esgrimit per l'Alt Tribunal estableix que les clàusules que no s'hagin negociat individualment han de complir els requisits de concreció, claredat i senzillesa en la redacció per a possibilitar la comprensió directa per part del consumidor i, a més, accessibilitat i llegibilitat, de manera que el consumidor en tingui coneixement prèviament a la celebració del contracte, pel que fa a la seva existència i el seu contingut.

La finalitat d'aquest segon control és que el consumidor hagi tingut la possibilitat de conèixer i entendre la clàusula en qüestió. Prenent com a base l'Informe de la Comissió de 27 d'abril de 2000, sobre l'aplicació de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors (IC 2000),¹¹ i la Sentència del TJUE de 21 de març de 2013

11. «El principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.»

(C-92/11),¹² el Tribunal Suprem estableix que la finalitat és no només que el consumidor conegui i entengui la clàusula, sinó que sigui conscient, en primer lloc, que aquesta clàusula és una part que defineix l'objecte principal del contracte, és a dir, que en fixa el preu —o, més ben dit, fixa els límits de la seva variabilitat—, i, a més, que sigui conscient de la importància i els efectes previstos o raonablement previsibles que aquesta clàusula té sobre aquest objecte principal i sobre el desenvolupament del contracte.

Segons les paraules del mateix Tribunal Suprem, «el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de suposición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

En els casos estudiats en la Sentència, tal com exposa el mateix Tribunal Suprem, es tracta de préstecs hipotecaris oferts com a interès variable, però en realitat, tal com es reconeix en l'apartat 3.2 IBE, la clàusula es calculava per tal que no representés canvis significatius en la quota que el consumidor havia de pagar periòdicament, atesa la seva preocupació per l'increment d'aquesta —més que no pas per la variabilitat del tipus d'interès en particular. D'aquesta manera es distreia l'atenció dels consumidors en aquest sentit sense explicar l'abast i el contingut real de la clàusula sòl. A més, en la majoria de casos s'oferia com a «contraprestació» la clàusula sostre; de fet, el Tribunal Suprem arriba a afirmar que la inclusió d'aquestes clàusules sostre no és sinó un esquer per als consumidors.

Tenint en compte aquestes circumstàncies, la Sentència aprecia la falta de transparència en la inclusió de les clàusules sòl en els contractes de préstec analitzats, pels següents motius: *a)* no hi ha informació prou clara que es tracta de clàusules definidores de l'objecte principal del contracte, *b)* es fan servir conjuntament amb les clàusules sostre com a aparent contraprestació, *c)* no consta que s'hagin creat simulacres per a fer veure als consumidors els possibles escenaris que es poden donar; *d)* no hi ha informació prèvia i clara sobre el cost d'altres modalitats de préstec en la mateixa entitat ni cap advertiment que no s'oferixen al client, i *e)* en el cas de les del BBVA, es troben localitzades entre una quantitat aclaparadora d'informació que desdibuixa el seu sentit real i distreu l'atenció del consumidor.

12. En el seu apartat 49 disposa: «[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

Aquests paràmetres, però, no s'han de prendre al peu de la lletra, tal com aclareix la interlocutòria d'aclariment dictada pel Ple de la Sala Primera del TS el 3 de juny de 2013,¹³ la qual indica que els criteris de transparència són un *numerus apertus* de supòsits i que s'ha d'atendre sempre la finalitat de la norma, que no és altra que garantir que el consumidor tingui a la seva disposició tots els elements que li permetin prendre una decisió raonada sobre la conveniència de contractar.

En aquest punt hem de fer un petit incís, ja que, si bé compartim plenament el resultat al qual arriba l'Alt Tribunal en la Sentència, hem de coincidir necessàriament amb una part de la doctrina¹⁴ pel que fa a l'estrany encaix de la norma en la qual s'empara el Tribunal Suprem amb la solució i els arguments que empra, ja que aquests van molt més enllà dels requisits establerts per la Directiva i el TRLCU.¹⁵ En particular, entenem, si més no, que una referència al contingut de l'article 60 TRLCU¹⁶ —tot i el seu caràcter generalista— i a la menció que es fa en aquest de l'obligació que té l'empresari de posar a disposició del consumidor tota la informació rellevant veraç i suficient pel que fa a les característiques essencials del contracte hagués resultat més adequada per a la finalitat perseguida, o almenys hagués afegit força a l'argument.

En qualsevol cas, la conseqüència d'aquesta manca de transparència no és altra que la d'habilitar el tribunal per a fer un control del contingut de la clàusula, és a dir, si la clàusula en particular s'ha de titllar d'abusiva. Des d'aquest punt de vista, la Sentència genera certa confusió al lector, que al final no és capaç de discernir clarament si estem davant d'un control independent i netament diferenciat o si la compatibilitat que es predica d'ambdós filtres o controls és certament difusa i es confon amb el control del contingut. En aquest context, no queda més remei que esperar que es dictin altres sentències que vagin delimitant el perfil dels diferents nivells jurídics d'ineficàcia de les clàusules contractuals en matèria de consum i que delimitin les relacions entre els controls mencionats (contingut, incorporació i transparència *stricto sensu*).

13. Vegeu el fonament de dret segon de la Interlocutòria del Ple del Tribunal Suprem de 3 de juny de 2013, dictada en el procediment del recurs núm. 485/2012.

14. Francisco PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo», p. 17-18.

15. L'article 80.1 TRLCU estableix: «En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido [...]».

16. «Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.»

No podem perdre de vista, però, tal com reconeix la mateixa Sentència, que aquest judici del caràcter abusiu de la clàusula només es pot fer en termes de transparència, ja que les clàusules sòl considerades individualment —fins i tot si no hi ha una clàusula sostre en el mateix contracte— són vàlides sempre que el consumidor disposi dels elements de judici suficients per a entendre la seva condició d'element definidor de l'objecte principal del contracte, així com la seva transcendència i els efectes previstos o raonablement previsibles al llarg de la vida del contracte.

No obstant això, tot i que el caràcter abusiu de les clàusules queda reduït a un àmbit molt concret, en aquest extrem la Sentència del Tribunal Suprem deixa en una complicada situació probatòria les entitats financeres, que, a la vista de l'amplitud del concepte de *transparència* encunyat en la Sentència, es veuran compel·lides a donar una explicació gairebé exquisida als seus clients i se'ls poden arribar a exigir dades que sens dubte poden raonablement desconèixer, com ara sobtades baixades dels tipus d'interès degudes a fets totalment aliens al desenvolupament normal dels mercats. Caldrà veure com es resol la qüestió cas per cas.

En aquest punt entra en joc, doncs, l'article 82.1 TRLCU, en virtut del qual són abusives les clàusules no negociades individualment que, en contra de les exigències de la bona fe, causen en perjudici del consumidor un desequilibri entre els drets i les obligacions de les parts. Des d'un punt de vista tècnic, segons la nostra opinió, la Sentència, tot i l'extensa argumentació que la duu fins a aquest punt, queda coixa en argumentar i vincular la manca de transparència amb el perjudici que causen aquestes clàusules als consumidors, ja que el mateix Tribunal n'accepta la licitud en abstracte.

No obstant això, podem extreure del contingut de la Sentència que el desequilibri radica a crear la convicció en el consumidor que el contracte de préstec és amb un tipus d'interès variable, amb la qual cosa es desvia la seva atenció en aquest sentit, quan en realitat s'està contractant, com admet el mateix Tribunal, un tipus d'interès fix variable només a l'alça a favor de l'entitat bancària. En el cas, el perjudici no radica en la fixació d'una clàusula sòl, sinó en el fet que l'entitat bancària, que disposava d'informació sobre els moviments previsibles —almenys a curt termini— dels tipus d'interès, va ometre facilitar tota la informació als consumidors, informació que resultava rellevant perquè conformava de forma directa el contingut de l'objecte principal del contracte, i així va perjudicar la seva posició contractual.

En aplicació de l'article 9.2 LCGC i del principi *utile per inutile non vitiatur* («les clàusules nul·les no vicien de nul·litat les que són vàlides»), el Tribunal Suprem declara la possible subsistència dels contractes de préstec, tot eliminant-ne les clàusules que han estat considerades abusives i, per tant, nul·les.

Així doncs, el Tribunal Suprem condemna les entitats financeres demandades a eliminar dels seus contractes les clàusules sòl que contenen i a abstenir-se d'utilitzar-les en el futur.

5. EFECTES DE LA SENTÈNCIA: IRRETROACTIVITAT

Un dels aspectes més criticats —o, si més no, comentats— de la Sentència és la declaració de la seva manca d'efectes retroactius i, per tant, de la falta de condemna de les entitats financeres demandades a retornar els diners rebuts indegudament en aplicació de les clàusules sòl contingudes en els seus contractes de préstec.

El Tribunal Suprem fonamenta aquesta manca de retroactivitat de la Sentència, en síntesi, en el fet que la nul·litat de les clàusules sòl no deriva de la nul·litat interna d'aquestes clàusules (ja que el mateix Tribunal Suprem declara que la imposició d'aquestes clàusules en els contractes de préstec hipotecari és totalment lícita), sinó que ve donada per la falta de transparència que s'aprecia en la seva incorporació als contractes analitzats; és més, admet que és una pràctica habitual que, en definitiva, té com a efecte la moderació del tipus d'interès, ja que la garantia que atorga el tipus d'interès mínim comporta la moderació dels diferencials dels tipus de referència.

Així mateix, s'aferra al principi de seguretat jurídica, proclamat en l'article 9.3 de la Constitució espanyola i en una sèrie de preceptes¹⁷ l'encaix dels quals en l'assumpte de què es tracta resulta, si més no, peculiar, així com en diversa jurisprudència constitucional i europea,¹⁸ i conclou que són pràctiques vastament emprades ja des de l'any 2004.

Finalment, indica que la retroactivitat de la Sentència comporta un risc de trastorns greus amb transcendència en l'ordre públic econòmic, i s'adhereix així al que al·lega el ministeri fiscal.

Hem d'entendre que, atès l'abast social, mediàtic i de justícia material de la qüestió —i a sol·licitud del ministeri fiscal—, la Sentència ha entès que era procedent establir un posicionament sobre les conseqüències pràctiques de la declaració de nul·litat, si bé hem de concloure que aquest ha resultat una mica desafortunat.

Des d'un punt de vista material, amb aquesta resolució queda greument desdibuixada la institució de la nul·litat, recollida en l'article 1303 del Codi civil espanyol (CC) (que estableix la desaparició de la clàusula de la vida jurídica, així com tots els seus efectes), i, tot i la possibilitat legal (o jurisprudencial) de limitar els efectes de la nul·litat contractual a situacions especials, aquesta necessitat no es justifica de manera adequada, ja que la normativa que addueix no té res a veure amb la qüestió que es debat, amb la qual cosa posa en evidència una feblesa d'argument una mica pintoresca.

17. Per exemple, l'art. 106 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, o l'article 54.2 de la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques.

18. Per exemple, les sentències del Tribunal Constitucional núm. 179/1994, de 16 de juny, i 38/2011, de 28 de març, o la Sentència del TJUE de 21 de març de 2013 (C-92/11).

Des d'aquest punt de vista, la Sentència contribueix clarament a augmentar la inseguretat jurídica respecte de l'aplicació de la norma general relativa als efectes de la nul·litat, atès que beneficia únicament una de les parts implicades: les entitats financeres que van introduir les clàusules objecte de discussió. Així doncs, un dels principis esmentats per a justificar la irretroactivitat del efectes de la nul·litat queda en evidència perquè produeix precisament els efectes contraris a l'argumentació del Tribunal Suprem.

El mateix es pot dir pel que fa a l'argument relatiu a l'existència de risc de trastorns greus d'ordre socioeconòmic que no són justificats pel Tribunal, amb la qual cosa es ventila una qüestió de gran transcendència sense cap mena d'acreditació. En qualsevol cas, hem d'entendre que aquests riscos procedeixen de l'exercici de l'acció col·lectiva de cessació, però podrien ser obviats —com de fet s'està fent— en el cas de demandes individuals, en les quals no existiria la possibilitat que es provoquessin aquests tipus de trastorns greus. Queda per veure, doncs, com s'aniran resolent aquestes qüestions en el futur.

A banda d'això, des d'un punt de vista processal i sense ànim d'exhaustivitat, tampoc no podem estar d'acord amb el dictat de la Sentència en aquest punt, ja que l'acció exercitada per AUSBANC era l'acció de cessació de l'apartat segon de l'article 12 LCGC,¹⁹ en relació amb la qual l'associació sol·licitava la condemna al cessament de l'ús de les clàusules declarades abusives. Tanmateix, no consta que AUSBANC sol·licités la indemnització que permet l'article, de manera que no resultava procedent un pronunciament en aquest sentit, amb el risc d'incórrer en una incongruència. De fet, declarada la nul·litat en abstracte de les clàusules analitzades, derivada d'una acció col·lectiva de cessament, el més adequat hagués estat deixar per a la fase d'anàlisi dels casos concrets la determinació de quin havia de ser l'abast d'aquesta nul·litat, a la vista de les circumstàncies concurrents.

En qualsevol cas, hem de recordar que la Sentència no tanca la porta a aquesta possibilitat, de manera que el tribunal competent pot conèixer una reclamació d'un consumidor en particular i declarar-ne els efectes retroactius, fet que haurà d'apreciar el jutge o tribunal cridat a conèixer el cas.

6. POSICIONAMENT DELS TRIBUNALS RESPECTE DE LA QÜESTIÓ

D'ençà que es va fer pública la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013, han estat nombrosos els jutjats que s'han anat pronunciant en diferents re-

19. «[...] La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.»

clamacions presentades per consumidors i usuaris dels serveis bancaris en les quals sol·licitaven la declaració de nul·litat de les clàusules abusives.

Si bé és aviat per a fer un pronòstic, ja que alguns dels casos estan en tràmit d'apel·lació, sí que podem afirmar que, de moment, els jutjats de primera instància i mercantils,²⁰ en els casos de consumidors que reclamen la nul·litat de les clàusules sòl, estan mostrant una especial sensibilitat amb aquestes, atès que les han declarat nul·les i, contràriament al que va entendre el Tribunal Suprem, han dotat les corresponents resolucions dels efectes retroactius derivats de l'article 1303 CC.

Caldrà veure, però, com es va desenvolupant la qüestió en el futur i si les corresponents audiències provincials²¹ mostren les mateixes sensibilitats en la interpretació de les normes aplicables o si, altrament, relaxen l'ampli ventall que ha deixat obert el Tribunal Suprem pel que fa a la necessitat de transparència d'aquest tipus de clàusules contractuals.

20. Citarem alguns casos: el Jutjat de Primera Instància Número 1 de Barcelona, en la Interlocutòria de 31 de maig, dictada en el procediment d'execució hipotecària núm. 418/2012; el Jutjat Mercantil Número 10 de Barcelona, en la Sentència de 7 de juny de 2013, dictada en el procediment ordinari núm. 774/2012; el Jutjat Mercantil Número 5 de Barcelona, en la Sentència de 17 de juny de 2013, dictada en el procediment ordinari núm. 106/2012. Vegeu també les sentències del Jutjat de Primera Instància Número 4 d'Ourense (Mercantil) de 10 i 13 de maig de 2013, del Jutjat Mercantil Número 2 de Màlaga de 23 de maig de 2013, del Jutjat Mercantil Número 1 de Bilbao de 19 de juny de 2013, així com el comentari de Lourdes GARCÍA MONTORO, «Contra la Sentència del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones», <blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales>, «Notas jurisprudenciales».

21. Entre d'altres, vegeu la Sentència 291/2013, de 9 de juliol de 2013, de la Secció Primera de l'Audiència Provincial d'Àlaba, que segueix el criteri de la retroactivitat dels efectes de la declaració de nul·litat de les clàusules, així com les sentències de 22 de maig i 3, 18 i 20 de juny de 2013, de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Càceres, que acullen el criteri contrari, d'acord amb la tesi del Tribunal Suprem.