

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013. LA SORPRESIVA DECLARACION DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS CANTIDADES ABONADAS

Carlos Hernández Guarch

Abogado

Presidente de la Asociación de Consumidores de las Islas Baleares ACUIB

Resumen: En este artículo se analizarán las justificaciones dadas por el Pleno del Tribunal Supremo para acordar la irretroactividad de los efectos de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que declaró la nulidad de las cláusulas suelo de tres entidades por defecto de transparencia.

Palabras clave: Hipotecas, cláusula suelo, condiciones generales, consumidores, banca

Title: The Supreme Court judgment may 9, 2013. The surprise statement of amounts paid non-retroactivity.

Abstract: In this paper we analyze the justifications given by the Supreme Court to decide the non-retroactivity of the effects of the judgment on May 9, 2013 to declare the nullity of the three entities floor clauses default transparency.

Keywords: Mortgages, floor clause, general terms, consumers and users, banking

1. La Sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la creación "ex novo" del efecto inútil y el efecto llamada. 2.- Antecedentes utilizados por el Tribunal Supremo 2.1 La seguridad jurídica (pfo. 287) 2.2. La limitación en la Ley 30/1992.(pfo. 287) 2.3. Las limitaciones contenidas en las Leyes de Marcas, Diseño Industrial y Patentes (pfo.288) 2.4. El TC ha limitado los efectos de la retroactividad por seguridad jurídica (pfo. 289) 2.5. Enmiendas rechazadas de dos partidos políticos solicitando la eliminación de la cláusula suelo con eficacia retroactiva (pfo. 290) 2.6 Sentencias del Tribunal Supremo en otros casos que declaran la

irretroactividad (pfo 291) 2.7 *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (pfo 292)* 3.- Análisis de las justificaciones dadas por el ts para declarar la irretroactividad de la cláusula suelo.3.1 Las cláusulas suelo son lícitas [a)]. 3.2 *No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. [c)].* 3.3 *Su utilización ha sido tolerada largo tiempo [d)]* .3.4 La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más sino en la falta de transparencia.[e)] 3.5 La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia [f)]. 3.6 No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994 [g)]3.7 La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.[j)] 4.- Analisis de los argumentos señalados en los puntos b), h) e i)¹ 4.1 *Análisis de la primera de las razones. La inelasticidad de los recursos minoristas.* 4.2 *La segunda razón: la clausula suelo tiene por fin compensar los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero puntos b) y h)* 4.3 *Igualmente según el expresado informe, 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. [i)]* 5. *Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.*

1. La Sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la creación "ex novo" del efecto inútil y el efecto llamada

Este artículo parte de una base cual es el agradecimiento que le deben centenares de miles de hipotecados al Tribunal Supremo por haber declarado la nulidad de la clausula suelo. Reconocimiento que por iguales razones debe hacerse extensible al letrado que ha conseguido una sentencia que sin lugar a dudas ha pasado a ocupar un lugar preeminente en la historia de la litigación civil y del Derecho de Consumo, D. Rafael García Carrellán.

Dicho lo anterior la cuestión que mayor sorpresa ha generado en el mundo jurídico ha sido que el Tribunal Supremo (Pleno) en su Sentencia de 9 de mayo

¹ b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, 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.

de 2013 ha señalado en su fallo que: " DÉCIMO: no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

Nadie discute que en los procedimientos judiciales declarativos en los que se discutía la nulidad de la clausula, ya finalizados con sentencia firme la situación jurídica no se modifique dado que la revisión de dichos procedimientos sí que supondría ir en contra de la seguridad jurídica.

Por el contrario sí que en los procedimientos de ejecución hipotecarios en los que una vez subastado el inmueble los consumidores siguen debiendo a la entidad una cantidad enorme pendiente de ser satisfecha es posible plantear los efectos de la nulidad de dicha clausula dado que en esos casos no se puede considerar que el procedimiento esté concluido sino que sigue "vivo" pudiéndose instar la reclamación de las cantidades debidas por vía ejecutiva (art. 579.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil BOE de 8 de enero, en adelante LEC). En esos supuestos es evidente que si se ha aplicado una clausula suelo esta deba tenerse en cuenta en caso de reclamaciones de cantidades pendientes de pago tras la subasta y la liquidación de los intereses moratorios ya que hay cantidades que jamás debieron ser percibidas y que por tanto el préstamo deberá ser reliquidado sin la clausula suelo. Ello no supondrá pago alguno por parte de la entidad financiera pero sí una disminución de la deuda por parte del deudor sin perjuicio de que si pudiera acreditar que podría haber continuado pagando la cuota si la hipoteca no hubiera tenido clausula suelo el ejecutado pudiera reclamar en un procedimiento declarativo la nulidad de la ejecución.

De igual modo en las hipotecas en vigor o ya amortizadas en las que se haya aplicado la clausula suelo defendemos la necesidad de que se proceda a la devolución de las cantidades percibidas en virtud de una clausula abusiva.

El Tribunal Supremo ha optado por vulnerar flagrantemente los principios más elementales del Derecho en detrimento de los consumidores afectados por la clausula suelo. El TS ha amparado que las entidades financieras se queden impunemente con las cantidades percibidas en virtud de una clausula abusiva, un fallo que, a mi juicio, es calificable de aberración².

Debe partirse de la base de que el criterio de los juzgadores que a partir de ahora tendrán que pronunciarse sobre la clausula suelo y sus efectos es soberano y no está sometido más que al imperio de la Ley. En consecuencia sus decisiones no dependen de lo que se haya decidido en otros Tribunales aunque es innegable que la STS de 9 de mayo de 2013 supone un elemento muy relevante. De hecho las sentencias que se han conocido hasta la fecha reconocen el efecto retroactivo de la declaración de nulidad con argumentos no

² Según el diccionario de la RAE aberración 1. F. Grave error del entendimiento.

exentos de caústica ironía como el señalado por el Titular del Juzgado de lo mercantil número 1 de Bilbao en su sentencia de 19 de junio de 2013.³

Los jueces sólo están sometidos a la Ley y por tanto las resoluciones del Tribunal Supremo no les vinculan más que como forma de complementar las fuentes del Derecho (art. 1.6 CC) y 117.1 CE como recuerda el propio TS en dicha Sentencia⁴. Dicha independencia de criterio de los jueces y Magistrados que no se encuentran sometidos a principios jerárquicos afecta tanto a la posible consideración o no de la clausula suelo como clausula abusiva (con lo que es posible que haya Tribunales que sigan defendiendo la licitud de la misma) como también a los efectos derivados de dicha declaración de abusividad especialmente la declaración de no retroactividad (y por tanto los Tribunales como ya está pasando acuerden la devolución de cantidades ya abonadas).

Tras la lectura del fallo en relación a la declaración de irretroactividad de las cantidades ya abonadas la convicción de que nos encontramos en un Estado Social y de Derecho no puede sino desaparecer, aunque sea momentáneamente, al constatar que cuando se trata del desfallecimiento de un consumidor en el cumplimiento de sus obligaciones todo es rigor, aplicación estricta de la Ley, aunque sea centenaria, en aras a la seguridad jurídica mientras que cuando se trata del incumplimiento de una entidad financiera se transforma en un sorprendente y prodigioso espectáculo de demostración de la plasticidad y maleabilidad de las normas, a favor de las entidades financieras, digno de formar parte del renombrado espectáculo Circo del sol.

La propia STS alude (pfo. 110) a cual es la interpretación que debe darse a la Directiva 93/13 CEE según el TJUE para que el principio de efectividad o también el denominado efecto útil de la Directiva sea respetado señalando: "las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la abogado general, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, c-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que "de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera".

El TS pretendiendo impedir a los consumidores reclamar la devolución de las cantidades percibidas está promoviendo que a las entidades financieras que han

³ "Así las cosas, en el presente caso, que es lo único que debe resolver este juzgador, no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado (11.973,10) euros pueda generar ningún riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico"

⁴ -el artículo 117.1 CE dispone que "[l]a justicia (...) Se administra (...) Por Jueces y Magistrados (...) Sometidos únicamente al imperio de la ley"-.

aplicado la clausula suelo les haya salido, de momento, extraordinariamente a cuenta el abusar de sus clientes. Es más dicha decisión deja a las entidades que no han abusado de sus clientes, permítasenos la expresión muy lejana a la terminología jurídica pero tremendamente gráfica, con "*cara de idiota*" por no haber hecho lo mismo que las entidades que han abusado inmisericordemente de sus clientes y se han embolsado, las entidades y sus directivos, centenares de millones de euros.

Una sentencia como ésta lejos de respetar el principio de efectividad de la normativa comunitaria lo que promueve e incita, caso de generalizarse dicho criterio entre nuestros tribunales, es a abusar más y más rápido de los consumidores dado que cuanto más se abuse de los clientes y mayores sean las cantidades detraídas ilícitamente, cuanto mayores sean las cantidades a devolver, menores son los riesgos de ser condenadas a su devolución. Con esta sentencia lejos de respetar el principio de efectividad y el "**efecto útil**" de la directiva comunitaria se ha transformado en "**el efecto inútil**" con el que los tribunales garantizan que al empresario le saldrá extraordinariamente rentable abusar, cuanto más mejor, de sus clientes consumidores lo que generara un segundo efecto vinculado al efecto inútil que será el "**efecto llamada**" por el cual cada vez más empresarios atraídos por los sustanciosos beneficios garantizados por el Supremo llevaran a cabo prácticas abusivas y la directiva quedará, como mucho, en papel mojado.

La declaración de la irretroactividad de la sentencia es totalmente contraria a la Ley, comunitaria y nacional. Al artículo 6.3 Código Civil, el Art. 8.1 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la contratación (BOE núm. 89 de 14 de Abril de 1998) (en adelante LCGC); y especialmente el artículo 8 apartados b) y c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287 de 30 de Noviembre de 2007) (en adelante RDLeg 1/2007) que establece como derecho básico de los consumidores la protección de sus legítimos intereses económicos así como la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

Los argumentos utilizados por el TS de cara a justificar dicha decisión son a nuestro entender, absolutamente impropios del Alto Tribunal y sus endeble argumentos se rebatirán a continuación. El TS en su Sentencia lleva a cabo su argumentación en dos fases, la primera expone los antecedentes existentes en cuanto a normativa y resoluciones que limitan en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad y en una segunda fase expone cuales son los elementos que se dan en el concreto supuesto de la clausula suelo que, a entender del TS, le permiten declarar la irretroactividad.

2. Antecedentes utilizados por el Tribunal Supremo

2.1. La seguridad jurídica (pfo. 287)

El TS indica en el (pfo 287): "No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)".

Es un ejercicio magistral de la dialéctica el que se utilice para justificar la decisión que se adopta el mismo principio que se está vulnerando con dicha decisión. Como ha indicado el letrado JESUS GARRIGA en un comentario en el blog del profesor Alfaro Aguila Real y que nos ha parecido el más claro de cuantos hemos leído al respecto⁵: *"El máximo exponente del principio de seguridad jurídica es el cumplimiento del principio de legalidad. Estamos en una relación contractual privada y la ley aplicable en caso de nulidad de una obligación privada (art. 1.303 del C.Civil) establece como única consecuencia jurídica que "los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato...". La sentencia vulnera flagrantemente el art. 9.1 y 3 de la C.E., no defiende la seguridad jurídica, sino la seguridad económica de una de las partes."*

El principio de seguridad jurídica no puede suponer amparar la conducta ilegal, abusiva, renuente y rebelde de las entidades financieras. Como mínimo desde el momento en que las entidades fueron demandadas ya contaban con los elementos de hecho precisos para poder suprimir las cláusulas por lo que si decidieron continuar con su aplicación incluso ejecutando y lanzando a familias a la calle por no poder pagar esas hipotecas con la cláusula suelo fue una decisión consciente y plenamente deliberada y reprobable. Con esta Sentencia el TS incita a las entidades predisponentes no tan solo a aplicar cláusulas abusivas sino además a rechazar de plano cualquier posibilidad de erradicación temprana o de negociación extrajudicial en la certeza de que siempre saldrá beneficioso aguantar y demorar todo lo que se pueda la firmeza de la sentencia condenatoria y mientras tanto continuar aplicando dicha cláusula. Con esta Sentencia el Tribunal Supremo está incentivando a las entidades a adoptar estrategias, que no pueden ser calificables de numantinas por sus evidentes connotaciones positivas, fundamentalistas o talibanes.

Si las entidades hubieran querido respetar el principio de seguridad jurídica lo que habrían podido hacer es antes de empezar a aplicarla solicitar dictámenes al Instituto nacional de Consumo, Asociaciones de consumidores, y otros organismos con el fin de poder determinar de qué manera se podía aplicar dicha cláusula sin riesgos jurídicos. Asimismo podían haber resaltado en sus publicidades y en todos los contratos de manera destacada y con los requisitos exigidos por el TS que se iba a incluir una cláusula suelo y sin embargo de manera consciente, deliberada y voluntaria callaron y omitieron dicha información. De hecho el BBVA formalizó un convenio con los funcionarios del Ministerio de

⁵ Este argumento es reproducción de un comentario del Letrado Jesús Garriga inserto en el blog del catedrático Alfaro Aguila Real y que me he visto obligado a su transcripción por su brillantez expositiva
<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/05/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre.html>

Justicia que fueron sorprendidos con la existencia de dicha clausula suelo aunque a ellos sí que se les suprimió.⁶

Obsérvese como a la hora de justificar las reclamaciones de las entidades financieras de préstamos transcurridos 14 años del último impago ello no plantea el menor reparo (vid. STS 12 de enero de 2012 Roj: STS 99/2012) ni dicho enorme lapso de tiempo afecta a la seguridad jurídica cuando el consumidor no tiene establecida legalmente la obligación de conservar los documentos que acrediten el pago de los préstamos pero, por el contrario, cuando se trata de reclamar los efectos derivados de la nulidad de una clausula abusiva que si bien puede haber estado presente en la escritura desde hace años la misma ha permanecido inactiva hasta el bien reciente año 2009 ello supone un cataclismo para la seguridad jurídica.

Han sido las entidades las que sabiendo perfectamente las consecuencias que se podían derivar de la nulidad han hecho de su capa un sayo y han promovido alentado y seguido aplicando la clausula suelo. Y lo que es más grave ejecutando a familias a las que han sacado de sus casas por negarse a eliminar dicha clausula suelo.

2.2. *La limitación en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE núm. 285 de 27 de noviembre de 1992) (en adelante LRJAPPAC) .(pfo. 287)*

En el párrafo 287 el TS señala que el artículo 106 LRJAPPAC pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones. Si bien es innegable que la norma administrativa señala lo que dice el TS, el artículo 102 reconoce expresamente la posibilidad de ser indemnizados. Además la propia LRJAPPAC requiere que esas facultades sean contrarias a la equidad, a la buena fe o a las leyes lo que, en el supuesto de las clausulas suelo, no se da.

Por el contrario, en la normativa civil, los arts. 8 y. 83.1 TRLGDCU son bien claros al respecto y reconocen el derecho de los consumidores a ser indemnizados sin limitación alguna. Hay que tener en cuenta además que la norma administrativa prevé dicha irretroactividad pero ello deriva de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Presunción que obviamente no existe cuando estamos tratando de una condición general impuesta por la entidad predisponente.

Asimismo dicha aplicación analógica de normas es contraria a los requisitos que exige el artículo 4 del CC que señala: Procederá la aplicación analógica de las normas **cuando éstas no contemplen un**

6

http://www.mugeju.es/es/includes/documentos/ofertas/RECOMENDACIONES_A_MUTUALISTAS_Conveni_oBBVA.pdf

supuesto específico (el art. 82 en relación al art 8 del TRLGDCU establecen, en el supuesto específico de los consumidores a los que se le impongan cláusulas abusivas como derecho básico de estos el derecho a ser indemnizados) **pero regulen otro semejante** (nada tiene que ver una disposición administrativa con una condición general abusiva impuesta por una entidad financiera por ser distintos los sujetos emisores, los destinatarios y la finalidad de las mismas procurando, aunque sea en teoría, el bien común la primera y la obtención de beneficio la segunda) **entre los que se aprecie identidad de razón** (tampoco existe identidad de razón dado que se trata de supuestos diferentes).

El Tribunal Supremo ha utilizado como argumento la analogía cuando no se dan ninguno de los supuestos en los que se permite tal instrumento ni ha fundamentado porqué en este supuesto es posible la aplicación analógica "contra legem".

2.3. Las limitaciones contenidas en las Leyes de Marcas, Diseño Industrial y Patentes (pfo.288)

El TS cita algunas normas que permiten la limitación en el tiempo. Al igual que en los supuestos anteriores la normativa específica y por tanto prioritaria de consumo establece como derecho básico de los consumidores el derecho a la indemnización por los daños sufridos. Debe destacarse que el TS tras citar dichas leyes no cita ni una sola Sentencia que justifique o ampare la declaración de irretroactividad. Buscando jurisprudencia en relación a los artículos citados en la base de datos jurídica westlaw aparecen

- Por búsqueda de jurisprudencia del Art. 114 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad.- 5 sentencias de Audiencias Provinciales⁷, ninguna del TS. Ninguna alude a la irretroactividad.
- Art. 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, 15 sentencias⁸ entre las que se encuentran varias que admiten el pago

⁷ AP Barcelona (Sección 15ª), sentencia núm. 197/2010 de 1 julio. AC 2011\1116 AP Zaragoza (Sección 5ª), sentencia núm. 112/2007 de 22 febrero. AC 2007\814 AP Álava (Sección 2ª), sentencia núm. 162/2006 de 29 septiembre. JUR 2007\103632 AP Barcelona (Sección 15ª), sentencia núm. 33/2004 de 21 enero. JUR 2004\53063 AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 10/2000 de 14 enero. AC 2000\2897

⁸ AP Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria), sentencia núm. 30/2012 de 26 enero. AC 2012\2289 ; AP Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria), sentencia núm. **325/2009** de 9 septiembre. AC 2009\1994; AP Madrid (Sección 28ª), sentencia núm. 157/2009 de 8 junio. AC 2009\1910; **TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 414/2012 de 29 junio.** RJ 2012\9322; **TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 177/2012 de 4 abril.** RJ **2012\5735; AP Albacete (Sección 1ª), sentencia núm. 21/2010 de 1 febrero.** AC 2010\725; AP A Coruña (Sección 3ª), sentencia núm. 343/2009 de 24 julio. AC 2009\1939; **AP Alicante (Sección 8ª), sentencia núm. 48/2009 de 4 febrero.** AC 2009\402; AP Valencia (Sección 9ª), sentencia núm. 378/2008 de 29 diciembre. AC 2009\269; AP Barcelona (Sección 15ª), sentencia núm. 362/2008

de indemnizaciones. Algunas no admiten infracción y otras consideran que aun habiendo infracción la misma no ha sido dolosa.

- Art. 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, una única sentencia que si bien reconoció la mala fe consideró que la entidad demandante no había acreditado los daños al no invocarse actos de infracción de los diseños de la demandante, sino daños vinculados al mero registro de mala fe⁹.

Así que en primer lugar no hay antecedentes de una sentencia como la del 9 de mayo de 2013 y en segundo lugar las normas citadas prevén, expresamente, la indemnización por los daños y perjuicios generados en caso de mala fe y en los contratos ya concluidos en base a razones de equidad existiendo numerosas sentencias que reconocen la indemnización a los demandantes¹⁰.

2.4. El TC ha limitado los efectos de la retroactividad por seguridad jurídica (pfo. 289)

Las sentencias aludidas por el TS vienen referidas todas ellas (excepto la STC 281/1995 que no existe¹¹) a la inconstitucionalidad de la Base Cuarta de la Ley de 29 de junio de 1911 de reorganización de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación.

de 9 octubre. AC 2008\2071; AP Zaragoza (Sección 5ª), sentencia núm. 125/2008 de 29 febrero. JUR 2008\183140; TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1236/2005 de 20 octubre. RJ 2006\1434; AP Alicante (Sección 8ª), sentencia núm. 134/2010 de 18 marzo. JUR 2010\207122; AP Alicante (Sección 8ª), auto núm. 17/2011 de 16 marzo. JUR 2012\46170; JMerc Alicante, Juzgado de Marca Comunitaria, sentencia núm. 89/2008 de 2 junio. JUR 2012\213854

⁹ No cabe duda de que el registro efectuado por la demandada y más exactamente determinados actos realizados al amparo de los mismos, como la denuncia formulada contra la aquí actora (daño moral) y la hipotética disminución de las ventas de las demandantes (daños materiales), podían haber justificado una petición de indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 68.2 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, previa alegación de los mismos y, en su caso, prueba, por haber actuado aquélla con mala fe, esto es, al amparo de unos registros a sabiendas de su nulidad, pero su cuantificación no puede hacerse conforme al artículo 55.2 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, al no invocarse actos de infracción de los diseños de la demandante, sino daños vinculados al mero registro de mala fe

¹⁰ artículo 114 ley 11/1986, de 20 de marzo, de régimen jurídico de patentes de invención y modelos de utilidad

2. Sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar cuando el titular de la patente hubiera actuado de mala fe, el efecto retroactivo de la nulidad no afectará:

A) a las resoluciones sobre violación de la patente que hubieran adquirido fuerza de cosa juzgada y hubieran sido ejecutadas con anterioridad a la declaración de nulidad.

B) a los contratos concluidos antes de la declaración de nulidad, en la medida en que hubieran sido ejecutados con anterioridad a la misma. Esto no obstante, por razones de equidad y en la medida que lo justifiquen las circunstancias, será posible reclamar la restitución de sumas pagadas en virtud del contrato.

La redacción de los artículos en las otras dos normas citadas es la misma.

¹¹ De hecho si observamos la numeración de la STC de 14 de diciembre de ese mismo año es la 185 con lo que es imposible que la 281 sea de ese año al ser de meses antes.

Las SSTC se refieren a una ley declarada inconstitucional no a condiciones generales establecidas por una entidad en sus contratos de préstamo por lo que los supuestos no son comparables dado que aquí no estamos hablando de la irretroactividad de una norma de rango legal, aunque inconstitucional, y unos actos administrativos amparados por tanto en la presunción de legalidad y legitimidad sino de la aplicación de una condición general abusiva por parte de una entidad bancaria a un consumidor en un bien esencial como es la hipoteca en la que no existe ni por asomo tal presunción de legalidad ni legitimidad.

Es más lejos de existir una presunción de legalidad lo cierto es que desde siempre se ha observado dicha clausula con evidentes recelos y cautelas de que su aplicación por parte de las entidades financieras fuera ilegítima y poco transparente reflejadas en la propia Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE del 11 de mayo de 1994) que en su originaria redacción preveía la posibilidad de que se pudieran incluir clausulas suelo pero con unos requisitos que introducían la puerta de su anulación como reflejaba el apartado 3 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 en su letra b), cuando refiere que la posibilidad de pactar mínimos y máximos debe recogerse **"de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a derecho"**.

Previsión de su posible ilegalidad que ha sido expresamente reconocida en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE de 1 de abril de 2009), que en su artículo 18.2.b) 3º establece:

"Artículo 18. Deberes notariales y registrales.

2. En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán:

b) en el caso de préstamo o crédito a tipo de interés variable, advertir expresamente al consumidor cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

[...]

3. que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. en particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto."

Las resoluciones del TC citadas por el TS señalaron que la inconstitucionalidad de dichas normas no afectaba a las liquidaciones que

hubieran adquirido firmeza por no haber sido recurridas. Pero sí que afectaban sin duda alguna a aquellas liquidaciones que habiendo sido recurridas estaban pendientes de resoluciones por parte de los Tribunales.

Por ello, la Sentencia que se comenta es aún más sorprendente por cuanto el TS ha determinado una irretroactividad absolutamente novedosa y extraordinaria que jamás se había decretado con anterioridad dado que ha extendido los efectos de la irretroactividad a las cantidades pagadas a la fecha de la Sentencia (ii) aunque estuvieran siendo objeto de reclamación judicial en el momento de la sentencia lo que es algo que el TC jamás ha llegado ni tan siquiera a plantearse. El TS pretendiendo evitar incluso que las entidades tengan que pagar por demandas individuales o colectivas ya interpuestas en el momento de la Sentencia ha declarado que dichas cantidades pagadas, en procedimientos iniciados con anterioridad al 9 de mayo tampoco procede su devolución en una decisión que es, sin lugar a dudas, calificable de aberrante¹².

Con una resolución como ésta, el TS prescinde por completo del principio de congruencia dado que establece efectos que no han sido solicitados y no han sido objeto del debate. La demandante no acumuló la acción accesoria de devolución de cantidades en la que dicho pronunciamiento sí podía estar justificado sino que sólo pretendía la declaración del carácter abusivo de la misma no la devolución de cantidades¹³ con lo que el Tribunal Supremo en un exceso de celo protector de las entidades financieras se ha excedido al pronunciarse sobre una cuestión que no le había sido planteada.

2.5. Enmiendas rechazadas de dos partidos políticos solicitando la eliminación de la cláusula suelo con eficacia retroactiva (pfo. 290)

Es inaudito que una enmienda que ha sido rechazada pueda justificar el abuso y el expolio de los consumidores. Por la misma razón se debería admitir la dación en pago retroactiva con efectos inmediatos dado que han sido decenas las enmiendas presentadas. Desde la base de que los miembros del TS han actuado según su leal saber y entender no alcanzamos a comprender como dicho leal saber y entender de los miembros del Supremo pueda permitir, sin azorarse, que en una

¹² aberrante. 1. adj. Dicho de una cosa: Que se desvía o aparta de lo normal o usual.

¹³ "1 - Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación ...es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia. 2.- Condene a las entidades financieras demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo"

sentencia con la relevancia como la que determinaba la nulidad de la clausula suelo se incluyan argumentos como este que ni tan siquiera un alumno de primero de carrera tendría la osadía de defender.

Una cosa es que se tenga en consideración el debate parlamentario de cara a determinar el espíritu de una Ley o un artículo, aprobados, para poder determinar la voluntad del legislador pero que se pretenda justificar en una enmienda, **que fue rechazada**, la negativa a que los consumidores puedan recuperar su dinero nos parece un argumento que defendería sin problemas cualquier representante de la banca pero que es inadmisibles en una Sentencia, además del pleno, del Alto Tribunal. Utilizar este argumento refleja la desnudez argumentativa del Supremo que no desdeña utilizar cualquier ropaje argumental por nimio y estrafalario que sea para revestir su sentencia con aparente juridicidad.

2.6. Sentencias del Tribunal Supremo en otros casos que declaran la irretroactividad (parrafo 291)

Analizamos las Sentencias a las que nos remite la indicada por el TS y las que se citan en las mismas referidas a los efectos del 1.300 CC

- *Sentencia 118/2012 de 23 de marzo*

En dicha Sentencia 118/2012 la cuestión a la que se alude en el punto 291 fue la necesidad de devolver las cantidades abonadas en virtud de una clausula declarada nula por la que se vinculaba la prestación del servicio al pago de un alquiler de un descodificador. Se indica en dicha sentencia:

"NOVENO. No obstante, la " restitutio " no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, El fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra - sentencias 485/2000, de 16 de mayo , y 541/2008, de 23 de junio - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas [Comentario (en adelante C): No es el caso. En la clausula suelo se trata de la imposición de una clausula abusiva en un préstamo de naturaleza unilateral por lo que si bien existen algunas obligaciones relacionadas con el respeto del método de pago y de determinación de los intereses variables la prestación principal de la entidad prestamista se agota con la entrega del dinero] de ejecución continuada o sucesiva (C: Tampoco se da el requisito, de hecho se ha excluido la aplicación del plazo prescriptivo del 1966.3 del CC en las reclamaciones de préstamos por no ser aplicable la previsión del art 1966.3 del Código Civil ya que se estima que aunque se pague en cuotas la prestación es única por lo cual es aplicable el plazo prescriptivo

de 15 años¹⁴) que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes (C: evidentemente con la clausula suelo se genera un desequilibrio económico por el cual el consumidor asume un esfuerzo muy superior al que se habría generado caso de no haber existido dicha clausula)- sentencia 109/2009, de 26 de febrero -, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida (C: las cantidades percibidas demás por la clausula suelo pueden ser devueltas sin mayores problemas). Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento. (C: con la aplicación de la clausula suelo la entidad obtiene un enriquecimiento a todas luces injusto e injustificable).

Dudamos además que dicho razonamiento en la concreta Sentencia que declaró que la empresa predisponente no tuviera que indemnizar a sus consumidores sea respetuoso con la Directiva comunitaria 93/13 CEE dado que en este caso al empresario le salió a cuenta aplicar una clausula abusiva con la que mantuvo un público cautivo en el que todos sus clientes disponían de dicho decodificador por el que cobraba un precio mensual sin competencia alguna cuando por el contrario de no haber impuesto dicha clausula abusiva seguro que habría habido un número, mayor o menor, de clientes que habrían escogido otros decodificadores. Al eliminar la competencia no se puede determinar a ciencia cierta cuál habría sido el importe del alquiler en un mercado competitivo pero es innegable que el precio habría sido muy inferior al abonado realmente por lo que con dicha Sentencia se premió igualmente un comportamiento abusivo y anticompetitivo.

En cualquier caso lo cierto es que con la clausula suelo en un préstamo hipotecario no se dan ninguna de las circunstancias que se daban en la sentencia de alquiler de un decodificador. No nos encontramos ante obligaciones recíprocas, ni de ejecución sucesiva, su imposición ha supuesto un claro desequilibrio para una de las partes sin que exista ningún problema para proceder a la devolución de lo debido. Precisamente la percepción por las entidades de una condición general

¹⁴ STS núm. 259/1994 de 17 marzo RJ 1994\1989.

QUINTO.- Aunque en el contrato de préstamo de que se trata, la obligación principal se divide, a efectos de devolución, en amortizaciones periódicas a fecha fija, periodicidad que también se establece para el pago de los intereses, los pagos por uno y otro concepto, no coinciden con las respectivas fechas de su realización, como evidencia la lectura de las condiciones 3.ª y 4.ª del apartado I de la Póliza, lo cual, para nada afecta a la eficacia del negocio, y cuando el Juzgador de instancia habla de buscar la protección de esa eficacia, se está refiriendo a la deuda del principal, y así, para ésta, aplica el plazo de prescripción del artículo 1964, y para la deuda derivada de los intereses, el correspondiente al del 1966.3.º, toda vez que la prestación impuesta para el pago del principal siempre tendrá carácter de unitaria, a pesar de pactarse su abono fraccionado para facilitar su cumplimiento, sin que, desde luego, la dualidad de plazos prescriptivos quepa estimarla como carente de sentido, siendo de decir, por último, que la aplicación del número 3.º del artículo 1966 al abono de intereses, se encuentra reconocida jurisprudencialmente, con las puntualizaciones que luego se dirán, y las reflexiones que anteceden originan el pericipo del motivo ahora analizado.

abusiva declarada nula por defecto de transparencia (aunque también podría haberlo sido por no respetar el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes) supone la necesidad de que la entidad devuelva las cantidades percibidas ilícitamente dado que precisamente la cláusula suelo es uno de los casos más evidentes de enriquecimiento injusto y pago de lo indebido en base a una cláusula ilegal.

- *STS 1385/2007 de 8 de enero Roj: STS 380/2007*

Se trata de la nulidad de un contrato vitalicio y en esa sentencia que deriva de un procedimiento iniciado once años antes no hay el menor problema para declarar la obligación de devolver las recíprocas prestaciones.

- *STS 485/2000 de 16 de mayo*

Préstamo con pacto comisorio. Se decreta la obligación de devolver las recíprocas prestaciones.

- *STS 756/1996 de 28 septiembre*

Se trataba de la nulidad de una compraventa por vicio del consentimiento. Se acuerda la restitución de las prestaciones." *Procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1303 y 1307, preceptos que deben ser extensivos también a los negocios jurídicos inexistentes o radicalmente nulos -sentencia de 29 octubre 1956 (RJ 1956\3421)-*

- *STS 541/2008 de 23 de junio*

En este caso, tras acordar la nulidad de una ejecución hipotecaria y la posterior transmisión, se planteó la necesidad de determinar las consecuencias de la misma estableciendo de manera muy detallada las consecuencias de la recíproca restitución.

- *STS 791/2000 de 26 julio*

En este caso se trataba de la nulidad de una compraventa por inhabilidad del objeto para construir. Se declara la restitución recíproca de las prestaciones.

- *STS núm. 109/2009 de 26 febrero RJ 2009\1522*

En este caso en el que la estación de servicio consigue la nulidad de un contrato de abanderamiento se indica que la restitución no es posible. Pero se trata de un contrato de obligaciones recíprocas de tracto sucesivo y además entre empresas. Pero aún así el TS señala que en determinado supuesto sí que habría sido posible dicha retroactividad

2ª.- Además, la restitución recíproca de las prestaciones establecida en el art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual (p. ej. SSTs 17-7-07 y 28-6-77). Este imposible retorno de los efectos de un contrato nulo que ha estado ejecutándose durante años se advierte especialmente en casos, como el presente, de contratos complejos con una prestación principal de suministro para revender, pues entonces resulta que el abastecedor, en este caso la mercantil titular de la estación de servicio, ha vendido a su vez el carburante a terceros lucrándose en la reventa. Esto supone, de un lado, que los efectos de la nulidad no puedan ser absolutos o ilimitados, pues nunca podrían alcanzar a las ventas de carburante hechas en la estación de servicio a los consumidores finales; [...]

En suma, lo pretendido por la parte recurrente en este motivo podría ser tal vez atendible si la estación de servicio no hubiera llegado a entrar en funcionamiento y todo se redujera al reembolso del préstamo y a la devolución del carburante suministrado a cambio del precio pagado por él, pero no cuando el carburante suministrado se ha revendido a los consumidores finales durante años bajo el abanderamiento de la actora-reconvenida y, por tanto, ejerciendo la titular de la estación de servicio su negocio o actividad mercantil, pues una coherencia total con su planteamiento extremo comportaría que ella tuviera que restituir al abastecedor no sólo el mismo volumen de carburante suministrado durante esos años sino también la ganancia obtenida en su reventa

2.7. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (pfo 292)

El pasmo que se va apoderando del lector de la STS de 9 de mayo de 2013 se transforma en dudas sobre si nos encontramos ante una supuesto diferente al de una decisión errónea cuando se analizan las SSTJUE citadas por el TS y se observa cómo **en ninguna de ellas ni tampoco las por ellas citadas se admite la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia**

- RWE VERTRIEB STJUE de 21 de marzo DE 2013, apartado 59.
- SKOV Y BILKA, STJUE de 10 de enero de 2006 asunto C-402/03, apartado 51.
- MACIEJ BRZEZIŃSKI, STJUE de 18 de enero de 2007 asunto C-313/05 apartado 57.
- KALINCHEV STJUE de 3 de junio de 2010 en el asunto C-2/09 apartado 55
- RĚDLIHS STJUE de 19 de julio de 2012 en el asunto C 263/11 apartado 58
- RICHARDS STJUE de 27 de abril de 2006 en el asunto C-423/04 apartado 44
- GRZELCZYK STJUE de 20 de septiembre de 2001 en el asunto C-184/99, apartado 59.

No hay ni una sola de las sentencias citadas por el TS ni tan siquiera las que se citan en las citadas por el TS en las que se admita el efecto limitado en el tiempo. El TS ha utilizado como argumentos para su fallo sentencias que concluyen de manera radicalmente opuesta al sentido del Tribunal Supremo. Ninguna concede en ningún caso esos efectos limitados en el tiempo.

En todas ellas excepto la primera, que aborda una cuestión entre empresas y particulares pero en la que tampoco se admite la limitación de los efectos, se refiere a cuestiones planteadas entre particulares y organismos administrativos relacionadas con temas impositivos o de derecho a prestaciones económicas en los que al tratarse de normas existe esa presunción de legalidad.

Y debe tenerse en cuenta que para que pueda ser admisible la limitación de dichos efectos se requiere según el TJUE que haya existido buena fe **y una cláusula abusiva es, por definición, contraria a la buena fe**¹⁵. Luego en modo alguno en base a la jurisprudencia comunitaria se habría podido eludir el cumplimiento de la sentencia dado que uno de los requisitos para limitar los efectos en el tiempo, la buena fe, no se puede cumplir jamás en el caso de cláusulas abusivas porque las mismas son siempre contrarias a la buena fe.

3. ANÁLISIS DE LAS JUSTIFICACIONES DADAS POR EL TS PARA DECLARAR LA IRRETROACTIVIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO.

Analizaremos a continuación los argumentos dados por el TS para justificar su petición de irretroactividad. Da la impresión leyendo los argumentos de que el TS utiliza el recurso de la oscuridad para arropar su decisión, cuanto más críptico e ininteligible fueran los mandatos de la jerarquía mayor era su autoridad y el temor reverencial que ello generaba en la plebe y el convencimiento de que el oráculo estaba en lo cierto. Es sorprendente que el TS en la parte que tiene una mayor trascendencia económica se limite a efectuar una serie de afirmaciones sin llevar a cabo la menor explicación acerca de los motivos o las razones que las justifican cómo si pretendiera que los operadores jurídicos debamos de llevar a cabo una interpretación semiótica y cabalística del significado de sus incomprensibles palabras. Algo parecido al irrefutable argumento de autoridad paternal con el que se daban por acabadas todas las disputas en nuestra etapa infantil y juvenil, el por todos conocido "porque yo lo digo y basta" dicho, además, en sanscrito. Los argumentos b, h e i) se indican al final

¹⁵ Artículo 82 RDLeg 1/2007 concepto de cláusulas abusivas

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

3.1. Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas [a)].

Dando por válida dicha afirmación la misma es incompleta. Las cláusulas suelo que cumplan los requisitos de transparencia son lícitas porque si no son abusivas y por tanto ilícitas. El fundamentar la no devolución a los consumidores de las cantidades percibidas ilícitamente en virtud de una cláusula abusiva en que hay otras que puede que no lo sean es contrario a los más elementales postulados de la razón.

3.2. *No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable" [c)].*

No entendemos, ni tampoco el TS lo explica, la relación que pueda haber entre el hecho de que el 97% de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda sea a tipo de interés variable con la conclusión que las entidades no tengan que devolver las cantidades percibidas en base a una cláusula abusiva.

Este argumento es tan válido como señalar que el 97% de las hamburguesas de ternera son de ternera y no de caballo para no indemnizar a unos consumidores afectados por un lote de hamburguesas, de cerdo, en mal estado. Otra cosa es que hubieran indicado que, de la cartera hipotecaria de las entidades financieras que aplicaban la cláusula suelo a algunos de sus clientes el 40% de las hipotecas concedidas tienen incluida dicha cláusula pero ello permitiría visualizar más fácilmente la inconsistencia de otros argumentos.

3.3. *Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera [d)].*

Es difícil de asimilar cómo el TS puede utilizar como argumento de una decisión el que se haya "tolerado" la utilización de la cláusula suelo cuando se trata de una condición general de la contratación en el que inexorablemente su génesis deriva de la falta de transparencia, de la imposición, y la inexistencia de negociación.

La utilización de las cláusulas suelo no ha sido un uso tolerado, ha sido un uso impuesto y opaco porque si no, no serían condiciones generales de la contratación abusivas por defecto de transparencia. Cláusulas cuya lesividad no ha sido posible que la pudieran percibir los consumidores hasta que los tipos de interés han empezado a bajar y entonces han empezado a activarse dichas cláusulas. ¿Acaso las víctimas de las minas de fragmentación han tolerado su utilización por el hecho de que las mismas no les hubieran estallado durante años? Por el contrario, lo

cierto es que sólo cuando las cláusulas se han activado, han estallado, los consumidores han sido conocedores de lo que la entidad les había colocado en sus cláusulas.

Es más, una de las entidades que mayor número de cláusulas suelo tiene activadas, el Banco Popular, ofrecía una hipoteca con bonificaciones que eran un doble engaño porque ya se podía tener contratado un plan de pensiones como de los que disfrutaban los directivos de las entidades financieras que no serviría de nada de cara a reducir el tipo de interés, si ello suponía traspasar la barrera de la cláusula suelo. El Servicio de reclamaciones del Banco de España ha señalado respecto a este tipo de préstamos con bonificaciones inútiles por debajo de la acotación del suelo:

"Por otra parte, debe indicarse, a la vista del contenido de las escrituras antes citadas, en las que se establece la posibilidad de que a través del mantenimiento de una serie de vinculaciones contractuales adicionales con la entidad, se reduzca el diferencial pactado a aplicar al tipo de referencia convenido en 0.90%, que este Servicio viene entendiendo que la inclusión de la cláusula suelo controvertida en contratos de préstamo o crédito en los que se prevén bonificaciones del diferencial aplicable con la contratación de una serie de productos y servicios por parte del prestatario, debe implicar la necesaria información previa y adecuada al interesado acerca de la existencia de dicho suelo y de las implicaciones que puede tener respecto a las bonificaciones, por cuanto dicha cláusula puede hacer parcial o totalmente inoperantes a las mismas si el tipo de referencia pactado baja hasta ciertos niveles, y por tanto, el cliente puede ver frustradas sus expectativas de reducción del diferencial pactado, mientras que la entidad se asegura, en todo caso, una mayor vinculación del prestatario y unas mayores ganancias".

Para refutar el que se pueda considerar como una costumbre tolerada basta transcribir lo que dijo el TS en su Sentencia de 18 de abril de 1994 contra Caixa Catalunya en relación a una situación parecida, el cobro de intereses superiores al nominal pactado y que por identidad con el presente supuesto transcribimos a continuación:

"Y no se diga que el problema es de carácter temporal o que la Ley de Consumidores y Usuarios y las Circulares del Banco de España se aplican retroactivamente o, en fin, que las campañas en los medios de comunicación exceden el ámbito del problema y del derecho, porque lo único que ponen de manifiesto es la tan aludida oscuridad, la necesidad de salir del error y la procedencia de aplicar la normativa existente con anterioridad (los arts. del Cc. citados).

Respecto al alegado uso de carácter bancario, que pretende respetar la Audiencia, es conveniente recordar que nos encontramos, no ante un mero acto de comercio, sino ante auténticos contratos [...]pero además la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de

cumplimiento de una norma jurídica ("opinio iuris"), que, a su vez, encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes, aquí inexistente cuando se afirma que los intereses reales o efectivos se pueden determinar de muy diversas formas y en el contrato no se especifica la empleada, sabiéndose solo que las diversas reclamaciones ante el Banco de España por la manera en que las Cajas de Ahorros cobran los intereses de sus préstamos, son, en los casos mas frecuentes, por el cálculo de anualidades constantes de capital e intereses correspondientes al tipo de interés pactado, pero con cobro por trimestres, de manera que antes del vencimiento de la anualidad ya se están pagando tres cuartas partes de la misma y se cobran intereses por parte de capital ya amortizado, lo que ha de entenderse como prueba de la oscuridad, pero en modo alguno como existencia de uso interpretativo o normativo; y claro es que dichas entidades pueden pactar libremente el interés y la forma de liquidación, pero aclarándolo y no pretendiendo que se intuya por el prestatario, ya que si tal ocurriera primarían las cláusulas claras en detrimento de las oscuras y en perjuicio de quien hubiera generado la oscuridad, que en ningún caso puede dar origen a usos mercantiles."

Además el pago por los consumidores de las cuotas con la cláusula suelo era obligado si no querían perder su vivienda y ser ejecutados sin posibilidad de oposición. No ha sido hasta la STJUE de 14 de marzo de 2013 que los consumidores españoles han tenido alguna posibilidad de poder plantear la existencia de cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria por lo cual si un consumidor hubiera decidido dejar de pagar por considerar que la cláusula suelo era abusiva el banco le habría ejecutado la hipoteca y sacado de su vivienda sin poder plantear la existencia de dicha cláusula abusiva en el expeditivo e ilegal procedimiento de ejecución hipotecaria. En suma el consumidor o pagaba o a la calle fruto de una decisión consciente del legislador de proteger a las entidades financieras con unos procesos de ejecución elaborados a su medida. Como indicó el defensor del Pueblo: "Puesto que cuando se contrataba el tipo era superior al mínimo, la cláusula pasaba desapercibida o no era objeto de una información suficiente, de modo que el usuario no descubría la existencia de dicho "suelo" hasta que los tipos no se fijaban en un porcentaje inferior al mismo. Entonces los clientes trataban de negociar con sus entidades la citada cláusula, en muchos casos porque hallándose en situación de desempleo, una bajada en la cuota hipotecaria hubiera supuesto un respiro en la economía familiar. En la mayoría de los casos estas cláusulas no han sido objeto de renegociación, habiéndose denunciado algunos que han llegado a la ejecución hipotecaria¹⁶".

¹⁶ MEMORIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO 2009 PAG 896

El Tribunal Supremo en su STS de 26 de noviembre de 1996 señaló que el pago no puede consolidar derechos basados en un pago indebido o ilícito: "QUINTO.- El motivo sexto (cuarto de los admitidos), al amparo del art. 1.692.4º LEC, denuncia infracción del principio que prohíbe ir contra los propios actos, acogido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala. El acto propio de la actora es el pago del interés ya variado y calculado por Banco Pastor, y va contra él cuando posteriormente plantea este litigio, en lugar de seguir el camino pactado en la escritura de préstamo; darlo por extinguido si no estaba conforme con el tipo de interés fijado por el Banco, y devolver el capital pendiente en ese momento y sus correspondientes intereses. El motivo se desestima porque el pago no significaba en modo alguno aceptación a lo hecho por el Banco como demuestran las reclamaciones de la actora al mismo y al Servicio correspondiente del Banco de España con nula eficacia. El pago fue obligado para que Banco Pastor no diera por vencido el préstamo en caso contrario, con los perjuicios consiguientes a la devolución de la cuantiosa suma de dinero recibida de forma inmediatamente cuando se proyectó hacerlo en un largo período de tiempo. Si siempre son sospechosas de ilicitud las cláusulas "solve et repete", no hay duda de una inmoralidad de las de "solve et non repete", que es lo que en definitiva quiere el motivo. La intimidación y coacción económica de la cláusula pactada la haría sin duda nula de pleno derecho con arreglo al art. 10 de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pero aquí es inaplicable por la naturaleza de la operación (préstamo con hipoteca para la adquisición de una oficina de farmacia), que la hace incidir en el supuesto que prevé su art. 1.3."

3.4. La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos (¿?) – en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más (¿?)-, sino en la falta de transparencia.[e]

Tampoco alcanzamos a entender qué se entiende por "*ilicitud intrínseca de sus efectos*" ni lo que ello supondría de diferente respecto a lo que decide la cláusula suelo "*–en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más*". Si una cláusula es nula es nula, y ese concepto de "*ilicitud intrínseca de los efectos*" es un concepto que hasta la fecha jamás este letrado había leído con anterioridad.

3.5. La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia [f)].

Este argumento sí que es mínimamente comprensible teniendo en cuenta otros puntos de la sentencia, es decir que según el TS si a un consumidor le hubieran puesto a leer aisladamente el texto es probable que la gran mayoría hubieran entendido su significado. Pero ello no es cierto en todos los casos ya que por ejemplo no es lo mismo señalar

que: "el tipo de interés mínimo será el 3,5%" que indicar: "con independencia de cuál sea el nivel del tipo referencial el mismo será un mínimo de un 3,5%" ya que en este caso se le debe añadir el diferencial.

La acotación mínima del referencial está siendo utilizada por ejemplo en las novaciones modificativas de préstamos con consumidores que tienen dificultades de pago del grupo BMN. En esos préstamos salvo que el consumidor hubiera examinado decenas de hipotecas no se apercebiría que al indicar que la acotación afecta al referencial a este tipo debe añadirse el diferencial y, en este caso, esa acotación mínima es oscura, interna y externamente, en la terminología del Supremo.

Dicho lo anterior ni la directiva comunitaria ni el TRLGDCU 1/2007 establece efectos diferentes dependiendo de que la oscuridad sea interna, externa o a media luz. Si una cláusula es abusiva es abusiva y la conclusión debe ser devolver el dinero percibido en base a una cláusula abusiva.

3.6. No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994 [g]

Tampoco le constaba al TS que las entidades la hubieran cumplido ni parece que se desarrollara prueba alguna sobre el particular. Debe añadirse que en muchas ocasiones las entidades ni tan siquiera intentaron observar dichas exigencias de la OM 5 de mayo por cuanto hasta el año 2007 las entidades no estaban obligadas a cumplir dicha Orden cuando se trataba de préstamos hipotecarios por importes superiores a 150.000 euros un importe que estaba a años luz de los precios que se llegaron a pagar. No fue hasta el año 2007 en el que el art. 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE de 8 de Diciembre de 2007) modificó el art. 48 de la Ley de disciplina e Intervención de entidades de crédito haciendo exigible: "La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos".

3.7. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor [j]

Este argumento es el mejor exponente de lo que señalábamos anteriormente en cuanto a la parquedad argumentativa del Supremo. ¿En qué afecta a la no devolución de cantidades percibidas ilícitamente el que la Ley 2/1994 permita la sustitución del acreedor? ¿Qué tenemos

que interpretar que ha querido decir el TS con esa afirmación? ¿Que si la entidad originariamente acreedora cede su préstamo a otra entidad que sigue cobrando una clausula suelo entonces ya no se le puede exigir la devolución del dinero? ¿Ni tan siquiera el que haya podido percibir la entidad cesionaria del crédito?

4. Análisis de los argumentos señalados en los puntos b), h) e i)¹⁷

La contestación a dichos puntos se lleva a cabo en un solo bloque por cuanto todas estas supuestas razones devienen de la misma fuente, el Informe del Banco de España. Pues bien El TS da por conclusiones del Banco de España lo que no son si no contestaciones dadas por las entidades como se expresa de manera absolutamente clara y expresa en dicho informe: "3.2. Causas del uso de las acotaciones a la variación de tipos .En las entrevistas con las entidades, se puso de manifiesto". En la nota a pie de página 14 de dicho informe se indica: "14 Este apartado y los siguientes exponen las razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación. **SU INCLUSIÓN EN ESTE INFORME NO SUPONE QUE EL BANCO DE ESPAÑA COMPARTA TALES RAZONES.**" Por lo que respecta a la última de las excusas (la i) de las entidades se indica claramente en dicho informe: "Las entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio".

Luego el TS ha hecho suyas, como si de dogmas de fe se trataran las afirmaciones de las entidades. Afirmaciones de las entidades carentes por completo de prueba alguna. Afirmaciones de las entidades carentes del más simple y elemental escrutinio crítico por parte del TS. Afirmaciones de las entidades absolutamente irracionales. Afirmaciones de las entidades que no son más que embustes. Si se dieran por veraces las falsedades alegadas por las entidades a la hora de justificar la aplicación de la clausula suelo dichas excusas, falsas como reiteramos, las mismas generarían nuevos interrogantes.

- Así en primer lugar si según las entidades que aplican la clausula suelo esa clausula es necesaria para poder afrontar sus gastos de estructura para administrar los préstamos y dada la inelasticidad de los recursos minoristas **lo que no explica dicha excusa es por qué otras entidades no la aplican.** ¿Acaso no tienen que soportar también una estructura? ¿Son acaso los depósitos de las entidades que no imponen la cláusula suelo

¹⁷ b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, 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.

menos inelásticos que los de las entidades que si imponen la cláusula suelo?

- Tampoco ello explica porqué **las entidades que aplican la cláusula suelo no la aplican en todos los préstamos a todos los clientes.** ¿Acaso hay unos préstamos en los que hay una estructura que mantener y en otros no? ¿Acaso las hipotecas en las que no se aplica la cláusula suelo se nutren de depósitos minoristas menos inelásticos y distintos a los depósitos de los que se nutren para las hipotecas que sí tienen cláusula suelo?
- Tampoco explica porqué **las entidades que aplican la cláusula suelo aplican suelos diferentes.** ¿Acaso hay unos gastos de estructura o recursos minoristas diferentes dependiendo de quién sea el consumidor prestatario?
- Tampoco explica porqué si el suelo tiene esa finalidad **las entidades apliquen tipos de interés de referencia y diferenciales distintos** que hacen que los ingresos de una operación por el mismo importe sean absolutamente diferentes.

Lo cierto es que con la cláusula suelo se impide la libre competencia mediante un coste sorpresivo y abusivo, al igual que las compañías aéreas hacían publicidad de unas tarifas y la realidad era al final del proceso bien diferente con todo tipo de recargos sorpresivos u obligatorios (por ejemplo el recargo de pago por tarjeta cuando de hecho no hay otra posibilidad de pagar).

En definitiva, hay entidades que no aplican la cláusula suelo, otras sí la introducen en sus contratos y dentro de éstas hay entidades que aplican cláusulas suelo y techo, solo suelo, aplican tipos de interés de referencia distintos (euribor, IRPH bancos, IRPH Cajas o IRPH del conjunto de entidades), aplican diferenciales diferentes. Y la misma entidad no aplica a los préstamos con consumidores las mismas condiciones. Todas esas variables hacen que los ingresos derivados de un mismo tipo de operación, un préstamo con garantía hipotecaria, sean absolutamente distintos.

4.1. *Análisis de la primera de las razones. La inelasticidad de los recursos minoristas.*

Pero además es que esas afirmaciones, asumidas como dogmas de fe por el TS están carentes de la menor prueba o son falsas. Analicemos la primera: "El coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero"

Respecto a esta excusa debe señalarse:

- El hecho de que los depósitos minorista sean inelásticos no es negativo para las entidades sino todo lo contrario ya que no tienen que incrementar su remuneración cuando suben los tipos de interés para mantenerlos y se incrementa su margen. Y cuando bajan los

tipos de interés tampoco disminuye sustancialmente el volumen de los mismos ni se va a otros productos sustitutivos.

- Es falso que el coste del dinero esté constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo) ya que la gran parte de la financiación hipotecaria se ha nutrido de recursos mayoristas a través de la titulización hipotecaria.
- Dicha afirmación oculta que son las propias entidades las que dependiendo de sus necesidades y conveniencias modifican su estrategias de captación del ahorro y los derivan hacia uno u otros productos (depósitos, fondos de inversión, pagares, preferentes, subordinadas, productos de seguro-inversión etc).

¿Qué es la elasticidad? La elasticidad es un concepto económico para cuantificar la variación experimentada por una variable al cambiar otra. Y dicha relación puede hacerse entre las variables que se escojan. La elasticidad por tanto no es ni buena ni mala en sí misma, es un indicador, un dato, y un dato por sí mismo no sirve de nada si no se tienen más datos, ni si se sabe para qué sirve y cómo interpretarlo. Además la elasticidad de los depósitos puede relacionarse entre las variables que se considere más oportuna, cobro de comisiones, distancia de la oficina, número de oficinas, nivel de recursos propios de la entidad, publicidad en radio o en prensa. Se puede hablar de la elasticidad de los depósitos bancarios en relación a cualquier variable que a uno se le ocurra. Aquí las entidades se han limitado a dar una excusa sin justificar qué de malo o bueno se deriva de dicha afirmación, ni tampoco dando datos. Es como si dijéramos de un motor que su temperatura está en 80°C y que la misma es inelástica a la baja cuando la temperatura ambiente desciende ¿Qué nos diría ese dato de si esa temperatura es correcta o no, si ello ocasiona problemas o por el contrario beneficios?

Lo que esconde esa criptica frase "*con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero*" es, en roman paladino, que el volumen de los depósitos a la vista no disminuye en la misma proporción que disminuye el rendimiento que se les dé. ¿Es malo para la entidad el que tenga unos recursos disponibles para prestar que no le suponen ningún tipo de coste e incluso del que obtiene beneficios añadidos vía comisiones de mantenimiento y administración? ¿Es malo para la entidad disponer sí o sí de una cantidad determinada de depósitos a la vista aunque su remuneración sea inexistente o minúscula?

Ese argumento de las entidades omite decir que, por el contrario, si hay algo absolutamente elástico son los ingresos de las familias que de la noche a la mañana tienen que ver como sus ingresos pasan de un salario razonable a tener que cobrar la prestación por desempleo a los 426 euros de ayuda familiar. Y que la bajada de los tipos de interés tiene como una de las finalidades el que las familias puedan continuar

asumiendo el coste de las hipotecas en una situación de recesión como jamás se había dado en Europa¹⁸.

Otra forma de decir que los recursos minoristas tienen un coste que no varía al alza ya que no es preciso remunerar más para mantenerlo, se indica en el informe mensual de alguien tan poco sospechoso de afinidad con las posturas de los consumidores como La Caixa: "Adicionalmente, los tipos de referencia continuarán en niveles bajos. Ello afectará negativamente al margen de intereses de las entidades, que habitualmente se benefician de niveles de tipos altos gracias a la rigidez del coste de los depósitos a la vista"¹⁹. Es decir, que cuando suben los tipos de interés las entidades incrementan sus márgenes ya que disponen de una base de recursos que no remuneran o que remuneran muy poco y cuya remuneración no se incrementa cuando suben los tipos de interés. ¿Es eso malo para las entidades? ¿Qué relación tiene eso con que no tengan que devolver el dinero cobrado de más en base a una cláusula abusiva?

Además, dicha frase oculta que los depósitos minoristas tienen un coste inferior y son más estables que los recursos mayoristas²⁰. De acuerdo con datos históricos, la rentabilidad ofrecida en los depósitos a la vista se ha mantenido prácticamente inalterada con independencia de la evolución de las condiciones financieras del entorno y su porcentaje se ha mantenido estable.

En segundo lugar, la financiación hipotecaria no se nutre de recursos minoristas sino que se ha financiado con emisiones. España tiene un saldo vivo de emisiones hipotecarias de 683.000 millones de euros casi el 100% del saldo vivo hipotecario²¹. En el estudio elaborado por CARBO y RODRIGUEZ se indica: "España es el segundo mayor mercado de titulización hipotecaria de Europa, después de Reino Unido. [...] El saldo vivo total de cédulas hipotecarias y bonos de titulización en el reino unido en 2011 fue de 777.000 millones de euros y España le seguía con 683.000 millones de euros

Es falso por tanto que el coste del dinero esté constituido mayoritariamente por recursos minoristas sino que en realidad se ha

¹⁸ La economía de la zona euro sufre la recesión más larga de su historia El país 15 de mayo de 2013
[Http://economia.elpais.com/economia/2013/05/15/actualidad/1368607930_186584.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/05/15/actualidad/1368607930_186584.html)

¹⁹ Informe mensual caixa enero 2012 pag 70

²⁰ ASPACHS-BRACONS,O. BULACH, M. GUAL, J. JÓDAR-ROSELL,S., "Hacia una nueva arquitectura Financiera" En Documentos de Economía "la Caixa" N.º 18 OCTUBRE 2010 pag 20

²¹ CARBÓ VALVERDE,S. Y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F. "El debate sobre la deuda hipotecaria en España" Cuadernos de Información Económica, número 233 MARZO/ ABRIL 2013. A medida que los mercados recuperen la normalidad, podrán retomar el papel que ahora desempeñan bancos centrales y gobiernos. en la composición del pasivo bancario, el capital ganará peso por las mayores exigencias tanto regulatorias como del mercado. por otro lado, la liquidez proporcionada por los bancos centrales deberá captarse entre inversores y depositantes. en este sentido, la financiación a través de depósitos recuperará parte de su peso perdido frente a la financiación mayorista, puesto que su menor coste y su demostrada menor volatilidad ante noticias negativas la hacen más atractiva para las entidades.

financiado con recursos mayoristas. Las entidades han obtenido sus recursos destinados a la concesión de préstamos hipotecarios casi exclusivamente con cédulas hipotecarias y titulizaciones.

4.2. La segunda razón: la cláusula suelo tiene por fin compensar los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero, puntos b) y h)

Esa excusa la repite con otras palabras el TS reiterándola en el punto h) como si con ello el TS pretendiera darle mayor verosimilitud y consistencia. Esta excusa es otra falacia. En primer lugar no se indica cuáles son esos costes de producción y mantenimiento ni el importe que supone producir préstamos ni mantenerlos. En segundo lugar si los costes de estructura son independientes del precio del dinero ¿porqué se hace recaer esa aportación por medio de la cláusula suelo y no por vía del diferencial? Si los costes de estructura son fijos y no dependen del coste del dinero entonces es perfectamente posible el determinar previamente cuales son los costes de estructura y conocer cuales deberán de ser los costes que deben de repercutirse en el préstamo, el coste operativo medio que puede ser repercutido al préstamo.

En tercer lugar como hemos indicado las entidades tan pronto conceden un préstamo lo "empaquetan" en emisiones en las que a la remuneración que ofrecen al inversor ya le descuentan esos costes precisos para su mantenimiento y estructura con lo que la cláusula suelo es absolutamente innecesaria para asumir dichos costes ya que los mismos son transferidos. Añadir que desde 1998 las entidades dejaron de emitir titulizaciones con una rentabilidad fija sino que toda ella es variable con lo que los pagos que deben realizar por mor de dichas emisiones se acomodan a los ingresos que reciben de esos préstamos titulizados²². Finalmente esa titulación se ha hecho a plazos coincidentes con los de la duración de la cartera de préstamos hipotecarios²³.

²² PEÑA CERESO, RODRÍGUEZ CASTELLANOS Y IBÁÑEZ HERNÁNDEZ. "Determinantes de la prima de riesgo en las emisiones de bonos de titulización hipotecaria en España (1993-2011)" fundación de las cajas de ahorros documento de trabajo nº 649/2011

"3.1. Tipos de rentabilidad ofrecida por los bonos de titulización hipotecaria (BTH)

En cuanto al tipo de rentabilidad ofrecida, la inmensa mayoría de los BTH ofrecen un cupón variable, calculado a partir de un índice de referencia al que se le suma un diferencial o margen. A partir de 1998 no se vuelve a diseñar ningún Fondo de titulización hipotecaria (FTH) con tramos de bonos que ofrezcan una rentabilidad constante".

²³ GONZÁLEZ CID, M . " La crisis de liquidez de 2007: hacia un nuevo modelo de industria Financiera" Banco de España, Revista de Estabilidad Financiera, núm. 15 pag. 51.

El proceso de titulización en España se puede considerar atípico, ya que obedece a una serie de preceptos que lo diferencian del modo en que se ha desarrollado en otros países. La diferencia principal es conceptual. El sistema financiero español considera este mecanismo una fórmula excelente para financiar el crecimiento orgánico de su actividad —obtención de fondos—, en vez de una fuente de ingresos —comprometiendo el equilibrio de los recursos propios—. De ahí que haya mantenido los esquemas tradicionales de titulización, desmarcándose de las complejas estructuras que se han desarrollado en otros países. En concreto, en el modelo de titulización español interviene un número

Con ello es mucho más fácil la gestión de esa financiación dado que se adecua a las circunstancias y los ingresos obtenidos en cada momento. Por tanto si resulta que las entidades "revenden" o titulizan a un tipo de interés variable sus hipotecas y sin embargo a los consumidores les cobran un tipo de interés fijo mínimo, la cláusula suelo, lo que ocurre es que cuanto más baje el tipo de interés mayores son los beneficios de las entidades a costa, eso sí, del sufrimiento de centenares de miles de familias.

En cuarto lugar, es imposible tener en la menor consideración dicho argumento teniendo en cuenta la actividad que llevan a cabo las entidades financieras en la actualidad que se trata de una banca universal multiproducto²⁴ y en el que además se genera un efecto de anclaje del consumidor cuanto mayores sean los productos contratados por las molestias y costes que se generan al cambiar y que se incrementan cuanto mayor sea el número de productos. Como han indicado JM CAMPA y J GARCÍA COBOS:

"El modelo de banca universal europeo es un modelo esencialmente multi-producto. Los bancos europeos ofrecen un conjunto muy amplio de productos y servicios a los clientes minoristas que incluyen cuentas corrientes y productos similares, instrumentos de crédito (tarjetas, hipotecas, créditos al consumo), gestión de activos (depósitos, fondos de inversión y de pensiones) y hasta productos no estrictamente bancarios (seguros, servicios no financieros). La proliferación en la oferta de estos servicios surge principalmente de la existencia de importantes economías de escala y de alcance en la provisión de servicios financieros, que hacen el coste marginal de la provisión de un producto o servicio adicional a un consumidor sustancialmente menor."

Las hipotecas son en España la principal fuente pero no la única del margen bruto. La importancia de la oficina bancaria y la contratación de hipotecas a la hora de colocar productos de todo tipo se indica en el estudio "*Las oficinas bancarias y el proceso de reestructuración en marcha*"²⁵:

reducido de agentes —concentrando de este modo las carteras titulizadas, bajo la supervisión de un único regulador—, ya que la normativa española dicta que las emisiones de bonos de titulización se instrumenten a través de los fondos de titulización hipotecaria (FTH) y de los fondos de titulización de activos (FTA).

Sin embargo, en el proceso de emisión de pasivos, los reguladores obligan a que entidades independientes actúen de intermediarios entre las instituciones de crédito y los fondos de titulización. El modelo de titulización español se caracteriza por la elevada calidad de sus activos subyacentes. Por tanto, en España prácticamente no se han emitido productos excesivamente complejos, sino que su actividad se ha limitado a seguir el modelo habitual, emitiendo activos de naturaleza homogénea a unos plazos muy largos —donde el plazo de emisión normalmente coincide con el período de vida del activo titulado, logrando limitar así los riesgos de refinanciación—

24 CAMPA JM y J GARCÍA COBOS. "Movilidad, ventas cruzadas y competencia en el sector bancario minorista de la unión europea" Papeles de economía española Nº 114,2007 Competencia en los servicios financieros minoristas

25 AT Kearney y IESE Las oficinas bancarias y el proceso de reestructuración en marcha

"La mayoría de las oficinas bancarias en España son de un tamaño muy inferior a las existentes en el extranjero y, desde hace muchos años, prácticamente no realizan tareas operativas complejas. La media de empleados por oficina en nuestro país es de unos cuatro o cinco empleados, que suelen gestionar unos 2.500 clientes, es decir, aproximadamente 500 clientes por empleado. Esto facilita un conocimiento detallado de los mejores clientes de la oficina y una elevada eficacia comercial, ya que permite seleccionar los clientes potencialmente interesados en un determinado producto o campaña comercial ideada desde los servicios centrales. La oficina es también clave para la retención de clientes así como para el desarrollo de su relación con el banco. La oficina y sus gestores comerciales promueven la venta cruzada de la gran mayoría de los productos bancarios y parabancarios (fondos de inversión, planes de pensiones, seguros de vida, seguros de salud y multirriesgo...) a sus clientes, así como la venta de productos casi únicos en la vida de una persona, como es el crédito hipotecario para la compra de vivienda, cuya concesión y negociación de condiciones está muy ligada al historial y conocimiento de cada cliente. De hecho, hoy por hoy, más del 80% de las ventas se originan y materializan en la red de oficinas."

Las entidades financieras españolas son en la actualidad algo así como un gigantesco hipermercado en el que hay diferentes secciones y lo que se pretende con esa falacia es argumentar que una sola de las secciones, la de préstamos hipotecarios, y uno sólo de los dos expositores de la sección, la de las hipotecas a consumidores, que además es la que sirve de gancho para que el público acuda y se quede, es la única sección con la que se mantienen los gastos de estructura. Lo que no indica ese argumento, y por tanto engaña, es que los préstamos hipotecarios son los que permiten mantener una mayor y más duradera vinculación con el cliente y permite la venta cruzada (y en muchas ocasiones impuesta) de todo tipo de productos con los que se obtienen numerosos beneficios. Continuando con la metáfora gracias a que los consumidores acuden a esa sección, la de los préstamos hipotecarios, después se les puede colocar todo tipo de productos²⁶. Uno de los beneficios para las entidades financieras más notorios derivados de dicha vinculación y la venta cruzada entre hipoteca y otros productos, son los seguros, de vida y del hogar, tal como se detalla en el informe: "Reordenación del sector bancaseguros en España"²⁷.

²⁶ En el estudio ya citado de CAMPA y otros se incluye un cuadro en el que España con 3,63 productos por cliente colocados gracias al producto gancho de la hipoteca y cuya fuente es En el report on the retail banking sector inquiry, Interim report II. Comisión europea citado se puede consultar el original en

http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_2.pdf (pag. 106)

²⁷ BLASCO, I Y AZPEITIA, F. "Reordenación del sector bancaseguros en España" Cuadernos de información económica núm. 233 marzo/ abril 2013

Una prueba de las ingentes cantidades de dinero que se obtienen gracias a la venta cruzada es que Bankia, después de recibir cerca de 22.000 millones de euros en ayudas ha indemnizado a la compañía aseguradora AVIVA con 608 millones de euros de los que 304 han sido plusvalías para la aseguradora por la supuesta ruptura del convenio de bancaseguros con la filial de seguros de Bancaja ASEVAL y eso después del mantenimiento de dicha relación durante casi 11 años en los que dicha compañía aseguradora habrá percibido además cuantiosos beneficios añadidos derivados de su participación. En dicho informe se añadían los siguientes acuerdos: Compra por parte de BBVA, una vez que ha integrado a UNNIM BANC, de las participaciones de los socios aseguradores de UNNIM en las diferentes filiales de seguros, en concreto a Reale del 50% de la filial de seguros generales por 68 millones de euros y a Aegon el 50% de la filial de seguros de vida y pensiones por 352,5 millones de euros.

Resaltar cómo no hay problema por el BBVA, una de las entidades condenadas, para indemnizar a dos compañías aseguradoras con 420 millones de euros sin que ello suponga el menor problema ni para su capacidad de generar dividendos para sus accionistas ni para la economía nacional. Pero además esa información omite decir que los gastos de estructura se pueden reducir con celeridad como ha ocurrido en el sector bancario en el que se han reducido en un par de años tanto empleos (un 13%) como oficinas (un 14%) colocándose a niveles del año 2000²⁸. Omite también que si bien una parte de los ingresos de las entidades deriva del margen financiero (es decir de la diferencia entre lo que se cobra y lo que se remunera) el margen ordinario incluye las comisiones que también cuentan y que los gastos de explotación sobre el margen ordinario han disminuido notablemente pasando de un ratio de

"Sin duda, detrás del desarrollo del negocio de bancaseguros se encuentran los incentivos que han tenido tanto entidades de crédito como entidades aseguradoras para potenciar la comercialización de seguros a través de las oficinas de bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito. Entre los incentivos de las entidades de crédito podemos señalar entre otros:

- Los beneficios que reciben las entidades de crédito por la distribución de seguros, ya sea en forma de comisiones o como dividendos procedentes de las filiales de seguros, suponen una importante fuente de ingresos que permiten compensar la reducción de los márgenes financieros de las entidades de crédito. En este sentido, y a diferencia de lo que sucede en otros productos financieros, es importante señalar que en muchos casos los clientes no perciben las comisiones que las entidades de crédito cobran por la comercialización de seguros.
- Venta cruzada de productos de seguros, principalmente aquellos vinculados a operaciones de activo, y fundamentalmente a los préstamos hipotecarios como pueden ser los seguros de vida de amortización de préstamos, seguros de hogar, seguros de protección de pagos, etc. Esta venta permite conseguir una mayor vinculación con el cliente.
- Los seguros no vida no canibalizan ni los productos bancarios ni el ahorro tradicional de los clientes de las entidades de crédito.

En el año 2011, el 71,4% (21.436 millones de euros) de las primas de seguros de vida procedía de las redes comerciales de las entidades de crédito"

28 MARTÍNEZ CARRASCAL, I. "Ajuste de capacidad en el sistema financiero español". Documento de trabajo 9/12 Diciembre de 2012.

eficiencia²⁹ de un 65% aproximadamente en 1985 a un 45% en el año 2008³⁰.

Omite decir que las entidades han obtenido ingentes beneficios vía captar recursos del BCE que se invierten en deuda pública lo que se denomina "*carry trade*"³¹ gracias a las denominadas "facilidades de liquidez" que no es más que recursos que el BCE facilita a las entidades a un coste mínimo, como una barra libre de liquidez que permite a las entidades con esos recursos que se obtienen del BCE se inviertan en deuda pública a un interés superior, es como una subvención oculta³².

Omite decir que, mientras que a las entidades financieras se las ha inundado con todo tipo de ayudas, por el contrario no se ha establecido ni una sola ayuda económica eficaz a las familias tendente a facilitar el pago de sus hipotecas ya que la única medida la denominada moratoria hipotecaria del Instituto de Crédito Oficial fue un fracaso rotundo³³.

29 El ratio de eficiencia es un indicador que relaciona el conjunto de ingresos que obtiene una entidad financiera en un periodo determinado con los costes de explotación que ha asumido. Este ratio se expresa en porcentaje. Por ejemplo, un ratio eficiencia del 50 por ciento quiere decir que por cada euro que ingresa el banco, se gasta 50 céntimos

30 GONZÁLEZ CID, M . " La crisis de liquidez de 2007: hacia un nuevo modelo de industria Financiera" Banco de España, Revista de Estabilidad Financiera, núm. 15 pág. 51.

31 ¿Cómo funciona este mecanismo?

La inyección ilimitada de liquidez del BCE a la banca, junto con la mayor flexibilidad a la hora de aceptar como garantía activos de mayor riesgo, permite a las entidades europeas, y por ende españolas, aumentar su demanda de deuda pública sacando beneficio del arbitraje de tipos: los bancos piden dinero a corto plazo al BCE a un tipo de interés prácticamente nulo e invierten ese dinero en bonos a una rentabilidad mayor, al tiempo que emplea dichos activos como colateral (aval) para acudir a la ventanilla del BCE en busca de liquidez.

O, dicho, de otra forma, las entidades se financian al 1% en el BCE e invierten en deuda pública con una rentabilidad superior, logrando así un jugoso margen que es aprovechado para mejorar sus resultados. Además, la inversión en bonos no les consume capital, ya que no precisan realizar ningún tipo de provisión, puesto que los reguladores consideran que están exentos de riesgo de impago -lo cual es una falacia, tal y como muestra la actual crisis europea-. Preguntado sobre esta posibilidad, Draghi ha reconocido que carece de datos para afirmar que se ha producido *carry trade* en las subastas de deuda española e italiana de este jueves, con lo que no lo descarta.

[Http://www.libremercado.com/2012-01-12/la-inyeccion-masiva-del-bce-infla-las-subastas-de-espana-e-italia-1276446687/](http://www.libremercado.com/2012-01-12/la-inyeccion-masiva-del-bce-infla-las-subastas-de-espana-e-italia-1276446687/)

32 PÉREZ QUIRÓS, G Y RODRÍGUEZ MENDIZÁBAL,H. "Utilización asimétrica de las facilidades permanentes" Boletín Económico del Banco de España septiembre 2010 pág. 85

Entre los mecanismos de control de los tipos de interés figuran las facilidades permanentes: la facilidad marginal de crédito y la facilidad de depósito. Los bancos con exceso de reservas pueden acudir a esta última a depositar su exceso de reservas y obtener una remuneración, que fija la autoridad monetaria, que será normalmente inferior tanto a la de mercado como al tipo de interés oficial de intervención. En estos momentos, el tipo de interés de esta facilidad se sitúa 75 puntos básicos (pb) por debajo del tipo de interés de las operaciones principales de financiación. Del mismo modo, los bancos con necesidad de reservas pueden acudir a la facilidad marginal de crédito y obtener financiación pagando un interés más alto que el del mercado y que el del tipo de intervención (actualmente, 75 pb más que el tipo de interés de las operaciones principales de financiación).

33 La nota de prensa en la que se informaba de que se habían previsto 6.000 millones de euros <http://www.ico.es/web/contenidos/5740/index>

El Estado ha facilitado 55.700 millones de euros de ayudas a las entidades financieras 64.200 millones de euros en avales no vencidos (incluyendo los ya vencidos serían unos 100.000 con una previsión de concesión total de 150.000 millones de euros)³⁴. ADICAE³⁵ con datos del Banco de España ha determinado un total de ayudas a las entidades financieras de 169.992 millones de euros. Por su parte el secretario general de la AEB en un informe sobre el coste de la crisis ha cifrado las pérdidas ya materializadas en 31.959 millones de euros³⁶.

De hecho, las ayudas a los consumidores son tan ridículas e ineficaces que el Dictamen del Banco Central Europeo de 22 de mayo de 2013 sobre protección de los deudores hipotecarios (CON/2013/33) ha dado un toque de atención al Gobierno señalando que si bien la medida del parque de vivienda social es una buena medida mucho mejor sería no ejecutar las hipotecas de las familias.

"2.4 Con este fin, debería adoptarse un conjunto de medidas más amplio que aborde las causas subyacentes de las dificultades relacionadas con las hipotecas y que trate de evitar, en la medida de lo posible, las ejecuciones hipotecarias. Solo con una estrategia de resolución más amplia se puede hacer frente a los retos que plantean los cambios en las circunstancias económicas de los prestatarios, los cambios sustanciales en el valor de los inmuebles y el posible resultado de hipotecas inviables, manteniendo al mismo tiempo incentivos apropiados tanto para deudores como para acreedores y reduciendo al mínimo el posible riesgo moral. Asimismo, aun cuando debe aplaudirse el establecimiento de un fondo social de viviendas, esta iniciativa debería ser parte de una estrategia amplia e integrada de gestión de las dificultades relacionadas con las hipotecas. Esta estrategia puede desembocar finalmente en menos ejecuciones hipotecarias y menos necesidad de un fondo social de viviendas."

En EEUU sí que se ha creado un programa que está ayudando efectivamente a las familias en problemas de ejecución y eso que en EEUU está permitido en muchos Estados la dación en pago.³⁷

Y la información de que de esos 6.000 sólo se habían movilizado 77 millones un 1,2%

<Http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/04/suvienda/1294157022.html>

³⁴ Los avales del Estado para la emisión de deuda bancaria fueron la primera línea de asistencia tras el cierre de los mercados de financiación mayorista en 2008. Entre 2008 y 2011, España avaló deuda por 62.200 millones de euros (equivalentes a un 5,8% del PIB), de los que unos 23.000 millones todavía no han vencido. En 2012, el programa de avales se reactivó con la emisión de deuda a 3-5 años por 41.235 millones de euros (3,8% del PIB). En los próximos meses, además, el Estado avalará emisiones de deuda de la Sareb por unos de 52.100 millones (4,9% del PIB).

³⁵ <http://laeconomiadelosconsumidores.adicae.net/index.php?articulo=1358>

³⁶ MARTIN FERNANDEZ, M.A. Presidente de la AEB: "El coste de las crisis financieras". Universidad Menéndez Pelayo APIE Santander, 20 de junio de 2013

<http://www.aebanca.es/cs/groups/public/documents/presentaciones/01-201303129.pdf>

³⁷ La web del programa del Gobierno Norteamericano (en español)

<http://www.makinghomeaffordable.gov/spanish/programs/Pages/default.aspx>

4.3. *Igualmente según el expresado informe, 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 [i]*

Ya hemos demostrado que esta afirmación proviene de las entidades y no está respaldada por ningún dato que la corrobore. En cualquier caso lejos de justificar la irretroactividad lo que supone es la confesión del engaño masivo llevado a cabo por las entidades financieras, una confesión que además es contradictoria con las otras dos excusas ya analizadas. Lo que dicen las entidades es que las cláusulas se calculaban: " para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar". Así lo que están confesando las entidades con esa respuesta es que la cláusula suelo era como una mina deliberadamente ocultada para que los consumidores no se apercibieran de su existencia durante las cuotas iniciales a pagar.

En segundo lugar lo que demuestra es que la existencia de la cláusula suelo y su nivel se calculaba para que los consumidores no apreciaran cambios significativos no siendo cierto que se calculara para poder asumir los gastos de estructura mínimos ni tampoco se calculaba teniendo en cuenta la inelasticidad a la baja de los recursos minoristas porque si esas razones fueran ciertas las entidades habrían establecido un suelo (y además en todos los préstamos de todas las entidades) sin importarles lo más mínimo si las cuotas iniciales a pagar tuvieran o no cambios significativos dado que su prioridad sería la de cubrir los costes de estructura y no la de que no implicasen cambios significativos en las cuotas a pagar.

Asimismo las entidades reconocen que la decisión económica de los consumidores se basaba en la cuota a la que tenían que hacer frente inicialmente y si la misma era asumible o no. Y en esos cálculos los consumidores que se enfrentan mayoritariamente por una sola vez a ese contrato es lo que tenían en consideración. Por ello la cláusula suelo es tan lesiva porque permanece oculta entre las decenas de páginas de la escritura de la hipoteca hasta que, con un acierto posiblemente no deseado en cuanto a la terminología empleada por las entidades, se activan.

Aunque habría sido más preciso decir estallan.

5. *Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.*

El Ministerio Fiscal y el propio TS hacen un juicio absolutamente irrazonable inconsistente y carente de la menor prueba. Véase lo que indica el TC en relación a argumentos parecidos del Abogado del Estado solicitando la

suspensión cautelar de la norma catalana que establece una tasa sobre los depósitos bancarios ATC Pleno de 21 de mayo de 2013³⁸:

"Comenzando por el primero de ellos ha de advertirse que las conclusiones del Abogado del Estado en relación a los perjuicios que sufriría el sector financiero se basan, según afirma, de los datos que se pueden leer en la página web de la Asociación Española de Banca (AEB). En esa misma página web la Asociación Española de Banca se define como "una asociación profesional abierta a todos los bancos españoles y extranjeros que operan en España" cuyas funciones "se centran en la defensa y representación de los intereses colectivos de sus miembros en los distintos ámbitos que afectan a su actividad". Siendo ello así, no es de extrañar y resulta perfectamente comprensible que los posibles obligados al pago del tributo, caso de levantarse la suspensión, estimen que dicho tributo va a perjudicarles y expongan sus argumentos en tal sentido. En estas condiciones no es posible atribuir a las afirmaciones del abogado del Estado, haciendo referencia a los documentos de la AEB, asociación empresarial directamente concernida por el tributo, el valor probatorio pretendido."

No hay datos de cuál es la cantidad que las entidades tendrían que devolver pero aunque dicha cantidad fuera importante ello no plantearía problema alguno a las entidades ya que como se observa cuando se trata de remunerar a sus socios aseguradores no hay problemas para pagar centenares de millones de euros.

Es más la existencia de supuestos problemas para la devolución de dichas cantidades se hace desde la pura imaginación dado que ni las entidades ni el TS ni el Ministerio Fiscal han aportado ni un solo elemento, ni uno solo, para cuantificar el impacto económico que supondría la devolución de dichas cantidades. al menos en el caso del recurso del constitucional el Abogado del Estado aportó unos datos, aunque fueran de la AEB, mientras que en este caso nadie ha aportado ni un solo dato, ni uno, de cuál sería el impacto de dicha devolución.

Resulta que no hay ningún problema ni plantea el menor reparo cuando una entidad quebrada paga indemnizaciones estratosféricas de 608 millones de euros a otra empresa por supuestos incumplimientos³⁹ que generan plusvalías del centenares de millones o cuando se abonan casi 90 millones de euros de pensiones a un directivo condenado por detención ilegal pero sí que los hay para negar a los afectados por las preferentes la devolución de la totalidad de su dinero o para devolver el dinero cobrado en virtud de una clausula abusiva.

Un ejemplo de lo profundamente injusta e ilegal de la Sentencia es que la entidad BBVA una de las condenadas que alegaban la imposibilidad de devolver el dinero que han detraído ilícitamente de sus clientes por el contrario en su

38 Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno. Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito Nº de asunto: 7279-2012.

39 <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas-ss/noticias/4481411/12/12/Bankia-paga-608-millones-a-Aviva-para-cerrar-su-conflicto.html>

página web informa ufana y orgullosamente que ha repartido 12.855 millones de euros en dividendos distribuidos en los últimos ejercicios⁴⁰. ¿Cómo se puede tener la osadía de argumentar sin sonrojarse, que devolver las cantidades percibidas de manera ilícita por una entidad privada que ha remunerado a sus accionistas en la mayor recesión de la Historia con 12.855 millones de euros supone un perjuicio para el sistema económico en su conjunto?

Pero para mayor sorpresa otra de las entidades condenadas Cajamar ha afirmado en un hecho relevante comunicado a la CNMV⁴¹ que la supresión de la cláusula suelo de unas 100.000 hipotecas supondrá un impacto en beneficios de 50 millones. La entidad señala que ya ha tomado las medidas necesarias para absorber ese coste, por lo que no espera una significativa reducción del beneficio previsto. Así lo indicó ayer en una comunicación a la CNMV, en la que informaba de que el pasado 14 de junio comenzó la eliminación de la cláusula en cumplimiento de la sentencia del Supremo que las declara nulas.

Por el contrario, lejos de suponer un perjuicio para el sistema económico, si el TS se hubiera decantado por hacer cumplir la legalidad lo que supondría es la exigencia de los accionistas de responsabilidades a aquellos directivos que ven a sus clientes como ganado estabulario al que ordeñar sus escasos recursos hasta la ejecución hipotecaria en la confianza, ahora certeza, de que jamás les pasará nada y además se embolsarán millones de euros en bonus y planes de pensiones.

¿Qué pasa con aquellos consumidores que no demanden? Pues que las entidades se embolsarán las cantidades percibidas. ¿Qué pasa con los consumidores a los que las entidades les han ejecutado? Que lo único que les preocupa es olvidarse de la ejecución hipotecaria y rezan porque el banco no les embargue por una deuda normalmente brutal. ¿Qué pasa en otros países? Lo que no pasa aquí, que se obliga a indemnizar a los consumidores. Por ejemplo en Reino Unido los bancos colocaron a millones de consumidores unos seguros de impago que sabían a ciencia cierta que jamás llegarían a ser pagados porque los consumidores no cumplían con los requisitos exigidos.

En el Reino Unido un organismo de supervisión, que sí se merece dicho nombre, la Autoridad de Servicios Financieros obligó a las entidades a devolver a sus clientes esos pagos lo que ha supuesto **la devolución a los consumidores de un importe a marzo de 2013 de 9.600 millones de libras**⁴². Sin que ello haya supuesto ningún problema o descalabro a las entidades.

En la hipótesis de que ello supusiera un perjuicio enorme para las entidades que han recibido decenas de miles de millones de euros en ayudas del Estado qué habría que decir entonces de la situación a la que se enfrentan centenares de miles de familias que en la más absoluta soledad y desamparo institucional, carentes por completo de ayudas del Estado, combinada con una tendencia

40 <http://inversores.bbva.com/TLBB/tlbb/bbvair/esp/share/dividends/index.jsp>

41 <http://www.cnmv.es/Portal/HR/verDoc.axd?t={aef40245-d1bd-459c-a9ff-6f9569645964}>

42 <http://www.fca.org.uk/static/fca/documents/ppi-graph-march13.pdf>

creciente de extracción de sus escasos recursos vía impositiva , tienen que hacer frente al pago de las cuotas de la hipoteca con una clausula abusiva. Si tan calamitoso para las entidades es devolver las cantidades cobradas ilícitamente qué decir de lo que supone para las familias que tienen que recortar incluso de su consumo en alimentos para poder hacer frente al pago de la hipoteca.

Así que ya puestos a establecer soluciones tan "imaginativas" como la establecida por el TS aunque sean inconstitucionales y vulneradoras del principio de igualdad, de legalidad y de tutela judicial efectiva se podrían haber establecido otras soluciones que indemnizando a los consumidores permitieran diferir en el tiempo los cobros ilegales recibidos.

Si tantos fueran los problemas se podría haber establecido que si bien no había obligación de devolver en efectivo las entidades deberían reducir el capital pendiente en los importes percibidos indebidamente. Ello supondría que por una parte el consumidor no recibiría el dinero en su totalidad sino que se beneficiaría de una reducción de las cuotas a pagar durante todo el periodo de amortización del préstamo pero ya le permitiría beneficiarse de dicha declaración de nulidad, la entidad no tendría que pagar el dinero en su totalidad de inmediato pero al menos sería una solución respetuosa con la Ley.

Por ejemplo mediante la reducción de los tipos de interés para compensar los cobrados de más, o reducir el importe pendiente de amortizar del préstamo con lo que ello conllevaría reducción del endeudamiento del consumidor, reducción en el pago de las cuotas ya que con ello la entidad no tendría que devolver ese dinero en efectivo ni de golpe sino que se iría compensando poco a poco pero también supondría la mejora inmediata de la situación económica del prestatario y por tanto de disminución del riesgo de morosidad.

Ejemplo: Imaginemos un préstamo del que quedaran 200.000 euros pendientes de devolver en un plazo de 25 años con una clausula suelo del 4% y que sin el suelo fuera de 1,25% y tras los cálculos correspondientes se determinara que se habían cobrado de más 22.000 euros (una hipotesis).

CAPITAL PENDIENTE DEL PRESTAMO	AÑOS	CUOTA SUELO AL 4%	IMPORTE COBRADO DE MAS AÑOS ANTERIORES
200.000	25	1.055€	22.000€

Por una parte al eliminar la clausula suelo pasaría de 1.055 a 776,59 pero si además se redujera el capital pendiente de amortizar en la cantidad que se ha percibido de más en virtud de la aplicación de la clausula suelo la entidad cobraría menos de cuota pero conseguiría periodificar esa compensación de las cantidades cobradas de más durante los años pendientes del préstamo y se conseguiría a la vez una reducción inmediata del endeudamiento del consumidor.

CAPITAL PENDIENTE DEL	AÑOS	CUOTA CON	NUEVA CUOTA SIN SUELO
-----------------------	------	-----------	-----------------------

PRESTAMO		SUELO	
200.000	25	1.055 €	776,59
CAPITAL PENDIENTE DEL PRESTAMO REDUCIDO	AÑOS	CUOTA CON SUELO	NUEVA CUOTA SIN SUELO Y CON REDUCCION DE CAPITAL
(200.000 -22.000) 178.000	25	1055 €	691,17€

Asimismo se podría suprimir o rebajar el diferencial hasta que los intereses dejados de cobrar fruto de la eliminación temporal de diferencial compensaran las cantidades cobradas de más por las entidades.

En definitiva hay muchas posibilidades para que los consumidores puedan ser indemnizados por la aplicación de una clausula abusiva, lo que es absolutamente inconstitucional, ilegal y contrario a la Directiva 93/13 CEE es el fallo que ha emitido el Tribunal Supremo en un ejercicio de parcialidad y de arbitrariedad de tal magnitud que será recordado durante muchos años.