

EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS SUELO
THE TRANSPARENCY CONTROL IN FLOOR CLAUSES

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 212-271



Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: ?

ARTÍCULO APROBADO: ?

RESUMEN: El presente artículo analiza la trayectoria de las cláusulas suelo en los últimos años. Para ello, realiza una revisión doctrinal y jurisprudencial que pretende clarificar los límites del control de transparencia, su configuración jurídica y las consecuencias de su incumplimiento. Asimismo, pone de relieve las diferentes controversias que ha suscitado su puesta en práctica.

PALABRAS CLAVE: Control de transparencia, cláusulas suelo, consumidores, cláusulas abusivas, condiciones generales, falta de transparencia, objeto principal, obligación de transparencia, nulidad, desequilibrio subjetivo, buena fe, préstamo hipotecario, interés variable.

ABSTRACT: This paper analyses the development of floor clauses in the last years. Thereby, it makes a doctrine and jurisprudence review in order to clarify the limits of the transparency control, its legal configuration and the consequences of its non-fulfillment. Moreover, it sets out the different problems which have appeared from its use.

KEY WORDS: Transparency control, floor clauses, consumers, unfair clauses, general conditions, lack of transparency, main object, obligation of transparency, nullity, subjective imbalance, good faith, mortgage loan, variable interest.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿QUÉ ES UNA CLÁUSULA SUELO?.- III. PRIMEROS PASOS DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE LA STS 9 MAYO 2013.- 1. La cláusula suelo en la jurisprudencia.- 2. La cláusula suelo en la doctrina.- 3. El origen del control de transparencia.- IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR UN DEFECTO DE TRANSPARENCIA.- 1. La falta de transparencia en la STS 9 mayo 2013.- 2. La conexión entre falta de transparencia y abusividad en las cláusulas suelo.- V. LA OBLIGACIÓN DE TRANSPARENCIA.- 1. Entonces, ¿qué podemos entender por control de transparencia?.- 2. Críticas al control de transparencia.- 3. El control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.- 4. El juicio abstracto sobre la transparencia en las cláusulas suelo.- VI. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO.- 1. La limitación temporal ex nunc en la STS 9 mayo 2013.- 2. El cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016.- VII. ASPECTOS PROCESALES CONTROVERTIDOS SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO.- 1. La acción de restitución de los intereses indebidamente cobrados.- 2. Cláusulas suelo y costas procesales.- VIII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES.- 1. La Administración puede sancionar el uso de cláusulas abusivas sin sentencia previa.- IX. CONCLUSIONES.- X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente estudio versa sobre realizar una revisión doctrinal y jurisprudencial sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo. Cuyo principal motivo reside en analizar una parte de una cuestión de gran actualidad e importancia como son las cláusulas abusivas incluidas en los préstamos hipotecarios. No podemos perder de vista la trascendencia que puede llegar a tener cada paso dado en esta materia, al afectar a un pilar tan importante en la economía nacional como es la hipoteca. Es por ello, que los operadores jurídicos, y en especial los jueces, han de ser capaces de integrar todos los intereses en juego, tanto la protección de los consumidores como la seguridad en el mercado hipotecario. Porque una hipoteca insegura pone en riesgo su función y finalidad última de garantizar un crédito.

Así, en primer lugar, he querido clarificar el concepto de “cláusula suelo”, para examinar con mejor criterio su control de transparencia.

De tal forma, en segundo lugar, la presente investigación, se ha centrado en revisar la cláusula suelo en la doctrina científica y la jurisprudencia antes del punto de inflexión que supuso la STS 9 mayo 2013, terminando por repasar el origen del control de transparencia.

•Gonzalo Muñoz Rodrigo

Graduado en Derecho por la Universitat de València. Becario de Colaboración del Departamento de Derecho civil de dicha Universidad. Colaborador del IDIBE y Miembro del Consejo de Redacción de Actualidad Jurídica Iberoamericana. Actualmente, se encuentra realizando el Máster de Acceso a la Abogacía de la Universitat de València. Correo electrónico: gommuro@alumni.uv.es

En tercer lugar, este trabajo se ha dirigido a estudiar la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, con referencia a lo establecido en la STS 9 mayo 2013 y posteriores, señalando la conexión entre la falta de transparencia y abusividad en las cláusulas suelo.

En cuarto lugar, este estudio se ha centrado en definir el "control de transparencia", cuáles han sido sus principales críticas y sus consecuencias.

En quinto lugar, he realizado una revisión jurisprudencial de la limitación temporal de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, con referencia a los efectos *ex nunc* establecidos en la STS 9 mayo 2013 y el reciente cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016.

Y en último lugar, he querido terminar el trabajo poniendo de relieve las últimas controversias procesales que han surgido tras el cambio de criterio jurisprudencial antes referido.

II. ¿QUÉ ES UNA CLÁUSULA SUELO?

Podemos definir a la cláusula suelo como "determinadas cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria"¹. O como "aquellas que fijaban un tope mínimo de intereses que los clientes de contratos hipotecarios debían pagar. Estas cláusulas por quienes las firmaron impedían a estos beneficiarse de la caída del Euribor, principal índice de referencia para la mayoría de las hipotecas en España"².

En definitiva, las cláusulas suelo se configuran como pactos o estipulaciones que limitan la variación del tipo de interés en contratos de préstamo a interés variable; mediante las cuales a pesar de que el índice de referencia baje, el tipo de interés siempre se mantendrá en un mínimo (tipo de interés = índice de referencia + diferencial, el índice es variable mientras que el diferencial es una cifra fija). Lo que paradójicamente conlleva, como indica la STS 9 mayo 2013³, que los préstamos concertados a interés variable que incluían este tipo de cláusulas se conviertan "de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendentemente para el consumidor, en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia".

1 GOMARA HERNÁNDEZ, J. L.: *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, col. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 101.

2 MAGRO SERVET, V.: "Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas", *Diario La Ley*, 2017, núm. 8901°, p. 1.

3 STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

Como apunta Múrtula Lafuente, “en muchos casos ese mínimo coincidía con el Euribor más el diferencial en el momento en que se firmó la hipoteca”⁴. Lo que permitió a muchos bancos asegurarse unos ingresos mínimos independientemente de las inciertas vicisitudes que podían originarse en la economía. De hecho, el propio Banco de España en su informe relativo a las cláusulas suelo que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010⁵, ya afirmaba cual era la principal razón que motivó a las entidades de crédito a incluir este tipo de cláusulas: “En las entrevistas con las entidades, se puso de manifiesto que la causa básica del establecimiento de las cláusulas que establecen limitaciones al descenso de los tipos de interés (incluso en muchos de los casos que también incorporan un techo para dicha variación) es 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”. Asimismo, seguía diciendo que “el reforzamiento de esta política (la de establecer suelos) en 2009 se ha visto influido por el aumento registrado en esos costes a causa, por un lado, de la caída y encarecimiento del mercado mayorista (que llegó a ser importante para nuestras entidades, especialmente por la vía de la emisión de cédulas hipotecarias), y de otro, por la de la reducción del negocio, con lo que ello implica de mayores costes unitarios por unidad de producto, por el mayor peso relativo de los costes fijos procedentes de mantener la misma estructura”.

Es decir, básicamente la causa que llevó a los bancos al establecimiento de acotaciones a los tipos de interés fue, como claramente señala el informe, mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios, ya que de lo contrario los préstamos hubieran supuesto unos mayores costes para las entidades y, en consecuencia, su oferta hubiera resultado mucho más onerosa. Si bien, también señalan como razón de su inclusión que “el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”.

Por último, un ejemplo de cláusula suelo puede ser el siguiente: “En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,250%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará “el tipo de interés vigente” en el “período de interés”. Igualmente, el tipo aplicable al devengo de intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% nominal anual”⁶ (en este caso también se incluye una

4 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, col. Derecho del Consumo, Reus, Madrid, 2012, p. 214.

5 BOCG, I, 7 de mayo de 2010, n. 457.

6 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 214.

cláusula techo). Sin embargo, la redacción de las cláusulas suelo ha ido variando con el tiempo y no siempre ha sido la misma (algunas veces se fijaba directamente el tipo de interés mínimo, y otras, el tope mínimo del índice de referencia), llegando incluso a establecerse cláusulas que por su apariencia no son tan similares a las cláusulas suelo tradicionales, pero que prácticamente conducen a su mismo resultado. Como es el caso de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de L'Hospitalet de Llobregat que ha declarado abusiva una cláusula "por analogía", al aplicar la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cláusulas suelo, debido a que tenía unas condiciones muy parecidas a las presentes en éstas. La cláusula declarada nula tenía el siguiente tenor: "Si la cuota calculada después de cada revisión de tipo fuese inferior a la cuota resultante de la revisión anterior, se aplicará esta última"⁷.

III. PRIMEROS PASOS DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE LA STS 9 MAYO 2013

I. La cláusula suelo en la jurisprudencia

Si bien las andanzas judiciales de las cláusulas suelo comenzaron antes de la archiconocida STS de 9 mayo 2013, es con esta resolución cuando se marca un antes y un después.

Anteriormente, en sentencias tales como la del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, 30 septiembre 2010, así como la del Juzgado de lo Mercantil nº1 de León, 11 marzo 2011⁸, que fueron dictadas tras las correspondientes acciones de cesación interpuestas por AUSBANC, se consideró, por vez primera, a las cláusulas suelo como abusivas. Las razones que dieron los jueces fueron básicamente que las susodichas estipulaciones eran abusivas por desequilibrio, es decir, determinaron que la desproporción del techo comparado con el suelo era tal que se rompía la reciprocidad de las mismas. Algo criticable porque suponía que los jueces entraran a hacer balances macroeconómicos sobre si era previsible o no que los tipos llegaran a subir tanto que la cláusula techo verdaderamente fuese a servir a modo de seguro para los consumidores⁹. Sin embargo, la principal crítica que ahora mismo haríamos a la sentencia sería que aplicó directamente el control de contenido sobre la cláusula, sin tener en cuenta, como luego veremos, que la cláusula suelo es definitoria del objeto principal del contrato, saltándose, a todas luces, el art. 4.2 de la Directiva 93/13¹⁰, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. No hemos de olvidar que la falta de transposición expresa al ordenamiento español

7 SJPI, nº5 L'Hospitalet de Llobregat, 3 febrero 2017, (ToI 5965709).

8 SJMerc, nº2 Sevilla, 30 septiembre 2010 (AC 2010, 1550) y SJMerc, nº1 León, 11 marzo 2011 (AC 2011, 179).

9 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 217.

10 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

de una Directiva no impide su aplicación. De hecho, el TJUE ha declarado que ante la falta de transposición de una Directiva, las normas nacionales se han de interpretar conforme a lo establecido en dicha Directiva.¹¹

Otras, en cambio, como la SJMerc, n°1 Burgos, 11 mayo 2011 y la SJMerc, n°2 Alicante, 23 junio 2011¹², consideraron en resumidas cuentas que una persona cuando firma un contrato debe saber lo que está contratando¹³. Así, la primera, en la cual la demandante era una mercantil, afirma que “la actora sabía perfectamente lo que quería [...] de manera que una vez conocida la oferta la aceptó por lo que [...] el requisito del consentimiento configurado por el artículo 1.261 del CC, como elemento integrador del contrato no se encuentra alterado ni condicionado en forma alguna por lo que difícilmente cabe hablar de cláusulas impuestas puesto que el núcleo del consentimiento estaba nítidamente perfilado antes de aceptarlo”¹⁴. Más adelante veremos que aunque una cláusula predispuesta esté consentida eso no quita que el ordenamiento jurídico las someta al doble control de transparencia, además, el hecho de que el consentimiento se proyecte sobre una cláusula impuesta no le hace perder tal carácter.

2. La cláusula suelo en la doctrina

En cuanto a la opinión de los autores, la doctrina no era unánime, algunos como Alfaro Águila-Real y González Carrasco se posicionaban en contra de considerar que una cláusula suelo pudiera ser abusiva por falta de proporcionalidad. Entre ellos también estaba Pertíñez Vílchez quien, a su vez, desde 2004 ya había apuntado que la falta de transparencia podía fundamentar la abusividad de una cláusula¹⁵. Otros, como Múrtula Lafuente pensaban que las cláusulas suelo no debían reconducirse a la falta de transparencia, esta autora consideraba que las cláusulas suelo podían resultar abusivas en determinados casos pero la transparencia no era una forma de control adecuada, ya que argumentaba que “éste [el prestatario] ha tenido la oportunidad de conocer su existencia antes y durante la celebración del contrato de préstamo”. De este modo, planteaba que, teniendo en cuenta que la bajada del Euribor era una circunstancia sobrevenida en relación con el momento en el cual se firmaron los contratos de préstamo, esta cláusula debería revisarse “conforme a los criterios de buena fe objetiva (art. 82.1 TRLGDCU y 1.258 CC) o simplemente por aplicación de la llamada cláusula *rebus sic standibus*, que tanto la doctrina como la jurisprudencia

11 STJUE 27 junio 2000 (Asuntos C-240-244/98, Océano Grupo Editorial v. Murciano Quintero) (Tol 105647).

12 SJMerc, n°1 Burgos, 11 mayo 2011 (JUR 2011, 183765) y la SJMerc, n°2 Alicante, 23 junio 2011 (JUR 2011, 236038).

13 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 218.

14 *Ibíd.*, p. 218.

15 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 109-153.

del TS han basado en una modificación sobrevenida de las circunstancias de contrato, de carácter imprevisible al tiempo de su celebración".¹⁶

3. El origen del control de transparencia

Considero conveniente antes de comenzar a perfilar que es el control de transparencia tener presente la primera sentencia que vino a esbozarlo y fue el "germen de su reconocimiento"¹⁷, pero referido a una cláusula de intereses remuneratorios en un contrato de préstamo hipotecario. Se trata de la STS 18 junio 2012¹⁸, aunque con anterioridad a ella otras sentencias ya se valieron del control de transparencia para declarar nulas determinadas cláusulas, si bien con poca claridad por la confusión que parece que produjo la STJUE 3 junio 2010¹⁹. La peculiaridad de la STS 18 junio 2012 fue que configuró un control de transparencia aplicable a cualquier adherente, ya fuera profesional, ya fuera consumidor; y lo hizo al residenciar el control de transparencia en el ámbito de la LCGC²⁰.

La sentencia señala que el control de inclusión y el control de transparencia, a diferencia del control de abusividad, se pueden proyectar por indicativo del art. 4.2 Directiva 93/13 en los elementos esenciales del contrato. Dando lugar a un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, en la medida que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que implica para él el contrato celebrado y, a su vez, la contraprestación que va a recibir²¹. Si la cláusula, por todo lo expuesto, no se ajusta a los criterios de "transparencia, claridad, concreción y sencillez" y resulta no transparente, esto supondría la nulidad de la cláusula. Además, si afecta al consentimiento, al objeto o a la causa del contrato conllevaría la ineficacia del mismo, con la respectiva restitución de las recíprocas prestaciones²².

La importancia de este pronunciamiento también se encuentra en que vino a posicionarse sobre la cuestión abierta entorno a la aplicabilidad del art. 4.2 de la Directiva 93/13, afirmando su plena vigencia, y al mismo tiempo apartándose

16 Múrtula Lafuente, V.: *La protección*, cit., p. 222.

17 CASADO NAVARRO, A.: "El control de transparencia como "llave" del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas", *LA LEY mercantil*, 2015, núm. 11°, p. 3; en iguales términos se pronuncia SÁNCHEZ MARTÍN, C.: "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria", *Diario La Ley*, 2013, núm. 8112°, p. 2.

18 STS 18 junio 2012 (Tol 2652597).

19 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 6°, pp. 107 y ss.

20 PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la Ley*, 2013, núm. 8112°, p. 4.

21 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: "El control", cit., p. 2.

22 PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación", cit., p. 4.

de lo establecido por la STJUE 3 junio 2010²³. Al afirmar que no es posible en nuestro sistema realizar “un control de precios, ni de equilibrio de las prestaciones propiamente dicho”, en contra de la sentencia del TJUE que fue más allá de sus facultades, al decir que este artículo no se opone a una normativa nacional que autorice un control judicial sobre la abusividad de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato²⁴.

Lo sentado por la STS 18 junio 2012 fue confirmado por la STS 9 mayo 2013, y con ello se vinieron a zanjar las vacilaciones que se habían producido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la famosa STJUE 3 junio 2010, sobre la aplicabilidad del art. 4.2 de la Directiva 93/13²⁵. Así, se estableció que por lo dispuesto en dicho precepto comunitario “como regla general, no es susceptible de control [de contenido]” una cláusula definitoria del objeto principal. Asimismo, sigue diciendo la STS 9 mayo 2013 que “sin embargo, que una condición general defina el objeto principal del contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia”.

IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA

I. La falta de transparencia en la STS 9 mayo 2013

Así pues, llegamos a la STS 9 de mayo 2013, sentencia que resolvió una acción colectiva de cesación y declaró nulas todas las cláusulas suelo incluidas en miles de préstamos hipotecarios que habían sido suscritos con las entidades BBVA, Nova Caixa Galicia y Cajamar. Como he señalado antes, esta sentencia supuso un cambio radical a como se habían comportado los Tribunales con la cláusula suelo, considerando la interpretación que realiza el Supremo del art. 4.2 de la Directiva 93/13 y como conecta la falta de transparencia de la cláusula con la abusividad²⁶.

En lo que nos atañe en este estudio, el Tribunal Supremo comienza su análisis sobre las cláusulas suelo desmarcándose de los argumentos esgrimidos por la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Sevilla²⁷. En primer lugar, concluye que las antedichas son condiciones generales de la contratación a diferencia

23 STJUE 3 junio 2010 (Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) (ERC I-4785).

24 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., pp. 2-3.

25 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 104.

26 Algunos autores, en sus trabajos aquí citados, coinciden en que el Supremo viene a vincular el control de transparencia con el control de abusividad de la cláusula, como PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 92; CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 5; DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, *Revista Jurídica Valenciana*, 2014, núm. 2°, p. 30.

27 SAP Sevilla, Secc. 5ª, 7 octubre 2011 (Tol 2257901).

de lo que mantenía la sentencia recurrida, la cual apuntaba que no podían considerarse condiciones generales de la contratación “porque versan sobre los elementos esenciales del contrato y porque, precisamente por ello el consumidor necesariamente las conoce y las acepta libre y voluntariamente”. Así, el TS repasa los requisitos que deben tener las condiciones generales según el art. 1 LCGC y nos pone de relieve que las condiciones generales de la contratación deben caracterizarse por ser contractuales, predispuestas, impuestas y, por último, que haya generalidad en su utilización (requisitos que cumplían las cláusulas suelo). Por lo cual, resulta irrelevante la concurrencia de otros elementos como su apariencia externa, la autoría, que el adherente sea un profesional o consumidor, e incluso que se hayan cumplido los deberes de información exigidos por la regulación sectorial o que se refiera al objeto principal del contrato en el que están insertadas. De hecho, como acertadamente dice el Supremo: “En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este”.

Una vez que deja claro su carácter de condición general de la contratación, aborda la cuestión de si la cláusula suelo afecta a un “elemento esencial” del contrato de préstamo y si por referirse al objeto principal del contrato está excluido el control de abusividad sobre la misma. Primero, la sentencia indica que en la referida Directiva el art. 4.2 dispone que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”. Pero claro, no define que debemos entender por “cláusulas que definan el objeto principal del contrato”. En consecuencia, el Supremo se acoge a la postura doctrinal que defiende que para averiguar si una cláusula es definitoria del objeto principal hay que fijarse si se refiere al “precio” en un contrato oneroso. Por tanto, considera que “las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato”.

Luego, despejado que son cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, expone que la mera circunstancia de serlo no impide de forma total apreciar si la cláusula es abusiva. A saber, a pesar de que de la literalidad de la Directiva no cabe declarar abusiva una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, esto no supone que no se las pueda someter al doble control de transparencia (ya que debemos tener presente la excepción que introduce el art. 4.2 “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”). Además, el Alto Tribunal añade que la jurisprudencia del TJUE ha interpretado que la Directiva no se opone a que los Estados miembros autoricen, mediante normativa nacional, la posibilidad de controlar el carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del

contrato, aun cuando sean claras y comprensibles, aumentando en consecuencia el nivel de protección a los consumidores.

Seguidamente, en la sentencia los magistrados comienzan a delimitar que es el doble control de transparencia. Para empezar, el primer control al que se deben someter las cláusulas suelo es el conocido control de inclusión. El control de inclusión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 5 y 7 LCGC, supone que las cláusulas deben ajustarse a los criterios de accesibilidad, cognoscibilidad y redacción clara, concreta y sencilla. En definitiva, se trata de un control formal y documental que consiste, por ejemplo, en los contratos por escrito, en que al adherente se le haya informado de forma expresa de la existencia de condiciones generales en los contratos, que el predisponente le facilite un ejemplar de las mismas previamente a la celebración del contrato, es decir, se exige una entrega material de las condiciones, y que sean firmadas por el consumidor. Asimismo, en términos de redacción, las condiciones han de poder ser legibles y lo suficientemente claras para que una persona media sea capaz de comprender su contenido. No pudiendo ser oscuras, ambiguas o semánticamente incomprensibles.

Pues bien, la sentencia concluye que las condiciones generales sobre tipos de interés analizadas de forma aislada cubren las exigencias que impone la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para su inclusión en el contrato. Ya que la regulación contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 “garantiza de forma razonable la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor²⁸”.

En consecuencia, superado el control de inclusión hay que comprobar si superan el control de transparencia (segundo filtro, dentro del doble control de transparencia) que sería solamente aplicable a los contratos con consumidores. De este modo, recordamos otra vez lo dispuesto en la Directiva 93/13, que en su vigésimo considerando señala que “los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]” y el artículo 4.2 determina que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles”.

Es en este momento, cuando el TS ubica en el art. 80.1 TRLCU el segundo control de transparencia, que va más allá del primer control de transparencia denominado

28 Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios.

control de inclusión²⁹. El Supremo afirma que habida cuenta de lo dispuesto en el art. 80.I TRLCU (“en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”), el control de transparencia, además del control de inclusión, cuando se refiere a los elementos esenciales del contrato supone que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”. Dicho en otras palabras, el segundo control de transparencia, al que podemos llamar de comprensibilidad real, exige que la cláusula suelo permita al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y conocer la posición jurídica y económica en la cual se encuentra como parte del mismo. En fin, entender concretamente qué está contratando y cómo influirá esa cláusula en la economía del contrato para poder tomar una decisión acorde a sus intereses. Sánchez Martín³⁰, hablaba de un “control de abusividad abstracto” que exige que “la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

Expuesto todo lo anterior, el Supremo sienta que en las cláusulas no negociadas incluidas en contratos con consumidores que se refieran al objeto principal del contrato, la superación del control de inclusión (primer control de transparencia) es insuficiente para poder evitar el control de abusividad. Por lo cual, para evitar el control de contenido es necesario superar el segundo control de transparencia también llamado control de comprensibilidad real.

Entonces, la pregunta es: ¿Las cláusulas suelo superan el control de comprensibilidad real?, ¿En el contexto en el cual se introducen se permite conocer su transcendencia? Lo que viene a decir el Tribunal Supremo, y esto ya lo he recalcado en la definición de las sobredichas cláusulas, es que: “Las cláusulas examinadas, pese a incluirse

29 Otros autores a los que voy a hacer referencia en el siguiente epígrafe opinaron en su momento de forma distinta. De hecho, SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control”, cit., p. 5; dice que “será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación [...], o si por el contrario, como parece deducirse de la Sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores”.

30 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control”, cit., p. 4.

en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor; los convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia". Es decir, la oferta del préstamo a interés variable unido a que no se informaba adecuadamente a los consumidores propiciaba que la atención de los prestatarios no se centrara en lo que verdaderamente importaba, ya que el diferencial, aun cuando preocupaba a los consumidores en el momento de contratar el préstamo, carecería de trascendencia en el desarrollo futuro del contrato. Esto es, los bancos daban un "carácter inapropiadamente secundario" a una cláusula que define el objeto principal de contrato. Por tanto, el Supremo establece que las cláusulas suelo no superan el segundo control de transparencia, exactamente por:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor:"

En ese sentido, Plaza Penadés señala que lo que llevó al Supremo a concluir que se había incumplido el deber de transparencia fue un "dato objetivo", "la falta de información previa, clara y comprensible, lo que impidió la correcta prestación de un consentimiento informado y de una correcta comprensión de la posición contractual y del alcance que, en este caso, una cláusula suelo tiene en un préstamo de interés variable"³¹.

Finalmente, el Alto Tribunal pone de relieve que las cláusulas suelo no son *per se* abusivas, ya que "la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor".

31 PLAZA PENADES, J.: "Delimitación", cit., p. 7.

En este sentido, entiendo que habrá que analizar si las cláusulas, una vez declaradas no transparentes, son abusivas por causar a los consumidores un desequilibrio en su perjuicio³². De todas formas, en este punto parece que el Supremo incurrió en un contrasentido, porque, por un lado, afirmó que las cláusulas suelo no son *per se* abusivas, ya que la falta de transparencia no implicaría necesariamente que sean desequilibradas, pero, por otro lado, declaró todas las cláusulas suelo no transparentes y al mismo tiempo abusivas. Esto se debe a que por las propias características de las cláusulas suelo, la falta de transparencia lleva aparejada un perjuicio para el consumidor. De hecho, en la casuística posterior no hay ni un solo caso de cláusula suelo que haya sido declarada no transparente y luego no abusiva³³. Como viene a decir la reciente STS 25 mayo 2017³⁴ “cualquier cláusula suelo que no pase el control de transparencia” origina, “en principio” un perjuicio al consumidor; porque todas las que se han judicializado y van a judicializarse no son inocuas para el adherente pues son aplicadas por la entidad de crédito e influyen en la determinación del importe de los plazos³⁵.

Pues bien, el Supremo concluye que las cláusulas suelo analizadas son abusivas, habida cuenta que su falta de transparencia impide al consumidor percatarse que solo protegen al empresario de los riesgos que podrían derivarse de una eventual bajada de los tipos. Siendo en consecuencia desequilibradas al favorecer solamente a una parte (la entidad crediticia), mientras que el consumidor se ve perjudicado al no beneficiarse de la posible bajada de los tipos. Así, dicho en otras palabras, las cláusulas suelo en litigio se consideran abusivas porque su falta de transparencia no permite al consumidor apreciar cual es la posición en la que dichas estipulaciones le colocan en el contrato, es decir, el consumidor no es capaz de darse cuenta del “real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos” que solo vienen a asegurar los intereses del predisponente y no los del consumidor.

2. La conexión entre falta de transparencia y abusividad en las cláusulas suelo

Lo primero que destacaría de la STS 9 mayo 2013 respecto de los pronunciamientos anteriores sería el lugar en el cual reside el control de transparencia. Así como, el ámbito subjetivo en el cual lo ubica, contratos con consumidores³⁶.

32 *Ibid.*, p. 7. El profesor Plaza opina todo lo contrario, que si bien el Supremo siguió con la valoración sobre abusividad de la cláusula, de la sentencia se desprende que resulta irrelevante entrar en dicho análisis, porque cuando no se superan el control de inclusión y el de transparencia ya tiene la consideración de cláusula abusiva.

33 Como también advierte Martín FABA, J.M.: “Dos hitos en materia de cláusula suelo: La falta de transparencia comporta su abusividad, y que el banco deba satisfacer los intereses legales desde que se hicieron cada uno de los pagos indebidos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 22º, p. 186.

34 STS 25 mayo 2017 (Tol 6124163).

35 MARTÍN FABA, J.M.: “Dos hitos”, *cit.*, p. 186.

36 PLAZA PENADES, J.: “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8547º, p. 4.

Por un lado, la STS 18 junio 2012 establecía el control de transparencia en los requisitos formales impuestos por la LCGC; dando lugar a lo que podríamos llamar un control de inclusión cualificado cuando la cláusula analizada se refiere a los elementos básicos o esenciales del contrato³⁷. Así, “tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”; para poder dar, según palabras del profesor Plaza Penadés³⁸, un “consentimiento informado”. Del mismo modo, al circunscribir el control de transparencia en la LCGC extendía su ámbito de aplicación tanto a contratos con consumidores como a contratos celebrados con empresarios o profesionales.

Por otro lado, la STS 9 mayo 2013 dio un paso más allá, ya que residenciaba el control de transparencia en el art. 80.I TRLGDCU, limitando, en consecuencia, la aplicación del control de transparencia a los contratos con consumidores³⁹. A su vez, con evidente falta de perspicuidad distinguía la falta de transparencia de la abusividad, en el sentido de afirmar que la falta de transparencia no implicaba necesariamente la nulidad de la cláusula suelo por abusiva. Esto suponía que la nulidad de las cláusulas suelo no debía derivarse si estas únicamente adolecían de falta de transparencia, como si el control de transparencia funcionase a la semejanza de un control autónomo, sino que al mismo tiempo debían ser abusivas por causar un perjuicio al consumidor consistente en el desequilibrio que se produce en la distribución de los riesgos de la variabilidad de los tipos (el perjuicio según la STS 9 mayo 2013, el cual ha cambiado en las sentencias posteriores). Asimismo, la sentencia reformulaba de manera más precisa el control de transparencia, al hablar ya de un control de comprensibilidad real como segunda parte, tras superar el control de inclusión, del doble control de transparencia. Pero, no vinculado al control de inclusión o incorporación, sino vinculado al control de contenido.⁴⁰ Que exige no una mera puesta a disposición de las cláusulas y su legibilidad, sino además que el adherente conociera o pudiera conocer la trascendencia de la cláusula en el contrato (es decir, tanto la carga económica como la posición jurídica que implica). El profesor Plaza Penadés, reconoce que la STJUE 26 febrero 2015⁴¹ delimita el “moderno control de transparencia”, el cual ya no tiene que ver con la mera inteligibilidad o cognoscibilidad de las cláusulas sino que “el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con

37 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 106.

38 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 9.

39 Algún autor como CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 7, entiende que la STS de 2013 establece el fundamento normativo de este control en el art. 80.I TRLGDCU. No obstante, otro como PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 7, sigue considerando que su base legal se encuentra en el art. 5.5 LCGC, por mor del vigésimo considerando de la Directiva, aunque lo reconozcan también en el art. 80.I TRLGDCU, ya vinculado a los contratos con consumidores.

40 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 5, el punto 8 de la STS de 8 de septiembre de 2014 confirma el control de transparencia “como parte integrante del control de abusividad”.

41 STJUE 26 febrero 2015 (Asunto C-143/13 Matei vs Volksbank România) (Tol 4732770).

el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo⁴².

Desde mi punto de vista, lo que quería dejar claro la STS 9 mayo 2013 es lo siguiente: cuando el art. 4.2 de la Directiva 93/13 bloquea el control de contenido a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, no lo hace de manera absoluta, ya que si estas no son transparentes se “abre la veda” para que, mediante un juicio sobre la “abusividad”⁴³, se pueda verificar si son abusivas o no; y así, si lo son determinar su ineficacia. Sin embargo, como muy bien apunta Pertíñez Vélchez⁴⁴, la STS 9 mayo 2013 conecta la falta de transparencia con la abusividad de forma “técnicamente defectuosa”, por una sencilla razón. La referida Sentencia al incardinar el segundo control de transparencia (comprensibilidad real) en el art. 80.1 TRLGDCU (esto es, el cumplimiento de requisitos de: “a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa... y b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.”), en lugar de hacerlo en el art. 82 TRLGDCU, sigue basando el carácter abusivo de las cláusulas suelo en el incumplimiento de deberes formales que son prácticamente idénticos a los que recoge el art. 5 de la LCGC⁴⁵. Por tanto, son luego sentencias como las SSTS 24 de marzo 2015⁴⁶ y 29 abril 2015⁴⁷, las que con mayor precisión se han apoyado en el art. 82 TRLGDCU para conectar la falta de transparencia de las cláusulas suelo con la abusividad, a las que más adelante haré referencia. De hecho, digo que “conectan” ya que en estas sentencias, según apunta determinada doctrina, parece que el Supremo realiza un viraje respecto lo dicho en la STS 9 mayo 2013 y vincula ya directamente la falta de transparencia con la abusividad de las cláusulas suelo⁴⁸. Es decir, una cláusula suelo no transparente es necesariamente abusiva, debido a que priva al consumidor de poder elegir entre las diferentes ofertas del mercado.

En línea con lo anterior, Casado Navarro⁴⁹ dice que mientras los controles de contenido e incorporación son auténticos controles que tienen por misión fiscalizar la legalidad de las condiciones generales de la contratación. El control de

42 PLAZA PENADES, J.: “Del moderno”, cit., p. 5.

43 Juicio sobre la “abusividad” de la cláusula al que hace referencia en numerosas ocasiones en su reciente libro PERTÍÑEZ VÉLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit.

44 *Ibid.*, p. 92.

45 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p.7-8, coincide en que situarlo en el art. 80.1 TRLGDCU es un error.

46 STS 24 marzo 2015 (Tol 4828170).

47 STS 29 abril 2015 (Tol 5090715).

48 ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: “Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5º, pp. 12-13.

49 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 5.

transparencia no sería un verdadero control sino más bien un “control menor” o “parámetro” que habilita, en caso de su no superación, a enjuiciar la abusividad de una cláusula referida al objeto principal del contrato. No va desencaminado este autor, porque el propio Pertíñez Vílchez, también nos recuerda que el TJUE en la STJUE 30 abril 2014⁵⁰, sentó que el art. 4.2 de la Directiva 13/93 tiene únicamente por objeto “establecer las modalidades y alcance del control de dichas cláusulas”⁵¹.

En contra de esta tesis, que considera que: “la falta de transparencia no ha de ser en sí misma suficiente para determinar la ineficacia de una cláusula relativa al precio o al objeto del contrato, sino sólo cuando la misma es instrumental a un desequilibrio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo que sobre los elementos esenciales del contrato creía haber alcanzado, lo que reclama un juicio sobre la “abusividad” de la cláusula y no sólo sobre el cumplimiento de unos requisitos formales”⁵²; se postulan otros autores. De esta manera, un sector de la doctrina representado por catedráticos como Cámara Lapuente y Plaza Penadés, mantienen una postura distinta sobre el control de transparencia⁵³. El primero afirma que este segundo filtro se ha de posicionar dentro del llamado control de inclusión, dando lugar a una especie de control de incorporación especial, más exigente, que sería aplicable cuando las cláusulas analizadas fueran relativas al objeto principal del contrato⁵⁴. Obviamente, está concepción conlleva dos claras consecuencias (a mi parecer, la primera negativa y la segunda positiva), y a la segunda he hecho referencia sutilmente cuando he contrapuesto las SSTs 18 junio 2012 y 9 mayo 2013:

a) La primera se corresponde con los requisitos que deben concurrir para declarar abusiva una cláusula. Si incardinamos el control de transparencia en los criterios de incorporación al contrato de la LCGC, no se tendrá en cuenta si la cláusula le ha producido un perjuicio al consumidor, ni tampoco las circunstancias concurrentes, ni los bienes o servicios objeto del contrato, etc.

b) La segunda tiene que ver con el ámbito de aplicación del control de transparencia. Si se introduce en sede de control de incorporación, también se podría conducir a los empresarios y profesionales.

Plaza, en cambio, considera al control de transparencia como un tercer control diferenciado del control de inclusión y del de contenido. Lo sitúa en la LCGC y establece como consecuencia de su contravención la nulidad de la cláusula⁵⁵. Es decir, considera que, a pesar de ser dos controles distintos, la no superación del control de

50 STJUE 30 abril 2014 (Asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt) (Tol 4234058).

51 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 27-28.

52 *Ibid.*, p. 91.

53 *Ibid.*, p. 86.

54 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 106.

55 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 4; igualmente en PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 3.

transparencia y de contenido conllevaría el mismo régimen de ineficacia. La nulidad de la cláusula.

Entonces, Plaza Penadés en un artículo de 2013 en el cual analiza la STS 9 mayo 2013 apunta las siguientes ideas⁵⁶: Mientras que el control de inclusión se derivaría del art. 7 LCGC, el de transparencia tendría su base legal en el artículo 5.5 LCGC, ya que este precepto señala que: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. A este respecto, apunta que la propia Sentencia trae a colación el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, el cual dice: “[...]los contratos con consumidores deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]”, y el art. 5 dispone que “en los casos de contratos en que todas la cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles”. A continuación, apunta que la Sentencia en realidad “confunde y entremezcla el control de transparencia con el control de abusividad”⁵⁷, y en su lugar debería haber argumentado de la misma forma que ya lo hizo en la STS 18 junio 2012.

No obstante, yo pienso todo lo contrario, la Sentencia en realidad lo que hace es vincular, por vez primera y de forma no muy precisa, la falta de transparencia de las cláusulas suelo con el juicio de abusividad. Como dice la Sentencia, “la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor”, de la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato no se puede entender al mismo tiempo que haya de ser desequilibrada en perjuicio del consumidor. Porque, como señala la STS 24 marzo 2015, “la falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente”. No obstante, como dice Martín Faba⁵⁸, esto parece más bien una teoría general sobre la falta de transparencia en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, habida cuenta que la propia STS 24 marzo 2015 deja claro que “en el caso de las cláusulas suelo la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor”. Por lo que, cuando la STS 9 mayo de 2013 asevera que la cláusula suelo no es *per se* abusiva, se tiene que interpretar como que no todas las cláusulas suelo son abusivas porque pueden ser transparentes. Debido a que, tal como ha manifestado la jurisprudencia, una cláusula suelo no transparente, por su propia naturaleza, será necesariamente abusiva.

56 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 5.

57 *Ibid.*, p. 5.

58 MARTÍN FABA, J.M.: “Dos hitos”, cit., p. 184.

De este modo, como interpreta el Supremo el art. 4.2 de la Directiva, la falta de transparencia dará lugar a que se pueda valorar la abusividad de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato en los términos del TRLGDCU para determinar si efectivamente este tipo de cláusula es abusiva por causar un perjuicio al consumidor. En el comentario de la sentencia, el profesor Plaza sigue diciendo que la principal razón que llevó al Supremo a declarar que no se había superado el control de transparencia fue un “dato objetivo”⁵⁹, concretamente, “la falta de información previa, clara y comprensible, lo que impidió la correcta prestación de un consentimiento informado y de una correcta comprensión de la posición contractual y del alcance que, en este caso, una cláusula suelo tiene en un préstamo a interés variable”. Si bien, como ya sabemos la sentencia siguió analizando el carácter abusivo de la cláusula.

Dicho lo cual, concluye⁶⁰ que si una cláusula se refiere a un aspecto básico y esencial del contrato, el control aplicable será el de transparencia y no cabrá el control de contenido. Sin embargo, una vez apuntado esto considera que la Sentencia se aleja de la concepción vigente en el sentido que reduce el ámbito de aplicación del control de transparencia a los consumidores, entendiendo que lo hace solamente en este caso concreto al aplicar un control de transparencia vinculado a la condición de consumidores que tenían los adherentes, lo cual se manifiesta por la aplicación del art. 80 TRLGDCU. Finalmente, señala la relación que tiene el control de transparencia con la adecuada información contractual, y que su objetivo al fin y al cabo es preservar la libertad contractual asegurando que el adherente consienta de manera informada (“consentimiento informado”), cosa que comparto totalmente. Pero, acaba diciendo que la nulidad de las cláusulas suelo se deriva de forma directa de la contravención de la transparencia, por no conocer previamente y de forma adecuada la carga económica y la posición jurídica que implicaban dichas condiciones. Lo que a mi parecer no es posible, puesto que si encuadra el control de transparencia dentro del ámbito de la incorporación al contrato (cumplimiento de deberes formales) su consecuencia no puede ser la nulidad sino la no inclusión en el mismo. Como matiza Casado Navarro⁶¹, lo que defiende el profesor Plaza es imposible, dado que “no existe ningún precepto legal al margen de lo previsto para el error vicio que anude la declaración de nulidad a la falta de información, previa, clara y comprensible”.

Ante esto, opino que la nulidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no se produce única y exclusivamente de una falta de transparencia, sino que esta permitiría, de alguna forma, el análisis de su contenido y así poder verificar si son abusivas o no. Por tanto, considero más acertada la postura de Casado Navarro, que

59 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 7.

60 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 8-9.

61 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 10.

señala que el control de transparencia estaría integrado en el control de contenido y funcionaría “como una “llave” de éste último cuando se proyecta sobre cláusulas relativas al objeto principal del contrato”. Así, vendría a ser un “requisito habilitante” del control de contenido que operaría como el único camino que permite abrir el control de abusividad cuando la cláusula es relativa al objeto principal del contrato.⁶²

Huelga decir, que un examen de la justicia o injusticia de las transmisiones sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta que vulneraría el principio de “libertad de mercado” recogido en el art. 38 CE. En este sentido, la STS 9 mayo 2013 con referencia explícita a la STS 18 junio 2012, ya excluye que se pueda analizar mediante el control de contenido, el carácter abusivo de la cláusula en orden al equilibrio de las contraprestaciones⁶³. Igualmente, la STJUE 30 abril 2014, junto con la STJUE 26 febrero 2015, ratifican la exclusión del control de contenido a las cláusulas en lo que se refiere a la relación calidad/precio, ya que no existe ninguna clase de baremo o criterio jurídico que nos permita establecer adecuadamente ese control. Al final, considero que la razón por la que el Supremo declara abusiva la cláusula suelo no es el desequilibrio o desproporción entre el suelo y el techo, sino el perjuicio que conlleva para el consumidor la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajará el tipo de interés variable pactado (STS 29 abril 2015). Como dijo la STS 24 marzo 2015 la falta de transparencia provoca “subrepticamente una alteración del no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”. En estas sentencias, resulta evidente la mutación que se produce respecto al perjuicio que causan las cláusulas suelo desde lo que afirmaba la STS 9 mayo 2013, ya no es el desigual reparto de los riesgos, sino la imposibilidad de percatarse ante que tipo de préstamo se encontraba y, en consecuencia, no haber podido elegir y comparar la ofertas del mercado que más se ajusten a sus intereses.

Así, el desequilibrio que se produce no es objetivo sino subjetivo, se trata de una alteración de tipo subjetivo en el equilibrio entre precio y prestación, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, ya que como afinó la STS 29 abril 2015, “cuestión distinta es si las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales”. En este caso, el de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, la abusividad no derivará de un desequilibrio material entre precio y prestación, sino que será de otra naturaleza, esto es, una abusividad por falta de transparencia en la medida que se produce un desequilibrio subjetivo en la

⁶² *Ibid.*, p. 10.

⁶³ PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 94 y ss.

relación precio y prestación, en el acuerdo al que creía haber llegado el consumidor⁶⁴. Asimismo, Casado Navarro considera que el apoyo legal del control de transparencia ha de situarse en el art. 60TRLGDCU habida cuenta “que establece un deber general de información precontractual a cargo del empresario” y aprecia “una coincidencia con el objeto y finalidad del control de transparencia”. De modo que, cumplidos los extremos que exige dicho artículo sobre la información que ha de proporcionarse al consumidor, la cual va más allá de la mera redacción clara y comprensible, se materializaría en el clausulado contractual el principio de transparencia⁶⁵.

Admitida la premisa que no podemos hablar de nulidad de una cláusula relativa al coste del crédito, simplemente por el mero hecho de no ser transparente. En el caso de las cláusulas suelo, ya ha quedado bastante claro que de su falta de transparencia se deriva un perjuicio para el consumidor⁶⁶, ya que “en el caso de este tipo de condiciones generales [la falta de transparencia] provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusulas suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado” (FJ 7º, STS 24 marzo 2015).

Sin embargo, todo esto no quita que puedan existir cláusulas susceptibles del control de transparencia que no lo superen y que no necesariamente sean abusivas⁶⁷, si son inocuas para el adherente. Por ello, la falta de transparencia debe llevar aparejada un desequilibrio en perjuicio del consumidor; que en el caso de las cláusulas suelo, como vengo repitiendo, se manifiesta por la alteración subrepticia de carácter subjetivo que se produce entre precio y retribución, es decir, en el acuerdo objeto del contrato que creía haber alcanzado el consumidor⁶⁸. Debido a que este ve frustradas sus expectativas por haber creído que el coste del crédito iba a ser “uno” cuando en realidad va a ser “otro”. Por tanto, el perjuicio del consumidor consiste en la imposibilidad de haber podido comparar entre las diferentes ofertas del mercado. De haber sabido que las consecuencias económicas del préstamo a interés mínimo fijo disfrazado de préstamo a interés variable iban a ser esas, hubiese contratado otro préstamo, verbigracia, con un diferencial más elevado, pero con

64 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 113 y 114.

65 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

66 *Ibid.*, p. 11, señala que si bien una vez verificada la falta de transparencia en las cláusulas controvertidas “se abre la posibilidad de efectuar un control de contenido sobre las mismas”, hay que tener en cuenta que “entre la falta de transparencia y el control de su posible carácter abusivo existe una conexión, puesto que la ausencia de una información clara, comprensible y suficiente sobre las cláusulas relativas al objeto principal del contrato puede ocasionar un perjuicio al consumidor, en tanto que son estas las cláusulas sobre las que funda su decisión de contratar”.

67 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 111.

68 *Ibid.*, p. 111.

unos mecanismos de fijación de interés más acordes, valga la redundancia, a sus intereses.

De todas formas, he de apuntar una crítica a esta última parte de mi razonamiento, que ya pudo observar Chaparro Matamoros, en atención a focalizar el perjuicio del consumidor en no haber podido elegir otro préstamo de la competencia que fuera más adecuado a sus pretensiones: "Tampoco parece razonable el argumento de que el consumidor puede elegir otro producto financiero de la competencia, desde el momento en que la mayoría de compañías ofrecen productos prácticamente idénticos, de forma que al consumidor no le queda más remedio, si quiere disponer del préstamo para adquirir su vivienda, que aceptar el contrato de préstamo hipotecario ofrecido por cualquiera de ellas, aun a riesgo de que pueda contener una cláusula suelo abusiva"⁶⁹.

En otra línea que Plaza Penadés, Cámara Lapuente ya había tratado el control de transparencia según la STS 9 mayo 2013 en otro artículo también de 2013⁷⁰. En el cual considera que el doble control de transparencia aplicable a los elementos esenciales incluye en primer lugar un control de inclusión de carácter documental y en segundo lugar, como él dice, un "genuino" control de transparencia que "incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato"⁷¹. Cámara defiende, y en esto se diferencia del resto de autores que he sacado a colación, que de no superarse este control "reforzado" que pretende que el consumidor conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la posición jurídica que supone dicha cláusula en el contrato, la estipulación quedará no incorporada al contrato⁷². Al mismo tiempo, en dicho artículo aborda algunas cuestiones interesantes como la controversia que produjo la STJUE 3 junio 2010 sobre si era aplicable o no el art. 4.2 de la Directiva 93/13, y que vino a zanjar la susodicha STS 9 mayo 2013 junto con la STS 18 junio 2012. De lo cual destacaría que la Directiva 93/13 al ser una directiva de mínimos, no es contraria a que se pueda ofrecer una mayor protección a los consumidores mediante el control de los elementos esenciales del contrato incluso aunque estos sean transparentes. Lo que no es posible es realizar una transposición de la Directiva de forma incompleta que exonerase de control a los elementos esenciales aunque no fuesen transparentes. Motivo por el cual tuvo que ser reformada la legislación de países como Francia y Alemania. Así, Alemania ha incorporado a su ordenamiento el llamado *Transparenzgebot* (control de transparencia) que es aplicable a los *Hauptelemente*

69 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)", *Revista boliviana de derecho*, 2014, núm. 18°, p. 533.

70 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El control", cit.

71 STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

72 Esta interpretación de las consecuencias de no superar el control de transparencia la postula CÁMARA LAPUENTE, S.: "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, Tomo LV, pp. 600 a 608.

(elementos esenciales), y que si no se supera conlleva las mismas consecuencias que el control de contenido, declarándose la abusividad de la cláusula.

Sánchez Martín también es partidario de reconducir el control de transparencia al ámbito de la incorporación al contrato, al caracterizar dicho parámetro como una “proyección general del control de inclusión”, “cuyo fundamento legal descansa en el art. 5 Directiva 93/13, arts. 5.5 y 7.b) LCGC y 80.I TRLGDCU”⁷³.

Una vez dicho esto, frente a estas razones de un sector de la doctrina⁷⁴, Pertíñez Vílchez⁷⁵ esgrime los siguientes argumentos para defender su postura, y que comparto con él:

a) El primero de ellos se relaciona con el tenor literal del artículo 4.2 de la consabida Directiva. De la misma forma que interpreto dicho precepto, Pertíñez Vílchez señala que si lo leemos “sensu contrario” cuando una cláusula que defina el objeto principal del contrato no sea transparente habrá que enjuiciar si es o no es abusiva. En consecuencia, como ya he dicho anteriormente la no superación del control de transparencia no conlleva automáticamente la ineficacia de la cláusula, sino que “abre la veda” para que se pueda verificar si esa falta de transparencia provoca un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

b) El segundo argumento tiene que ver con la crítica que este autor hace a la concepción de que el control de transparencia tiene su base legal en el art. 5.5 LCGC. Según Pertíñez Vílchez, no tiene mucho sentido atribuir a este precepto la obligación de proporcionar una información precontractual suficiente sobre el objeto principal del contrato tal como ha establecido la STS 9 mayo 2013 y ss.; cuando la norma solo se refiere a la “redacción” de las cláusulas (“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”), es decir, a un elemento esencialmente formal.

c) El tercero se refiere a que si encuadramos el juicio de eficacia sobre estas cláusulas en sede de requisitos de incorporación seguiríamos enfocando inadecuadamente la cuestión. Ya que los criterios estrictamente formales que exige el control de inclusión no tienen en consideración el posible perjuicio que se le estuviera causando al consumidor por la aplicación de dichas cláusulas. De este modo, podríamos llegar al absurdo de declarar nula una cláusula relativa al objeto principal del contrato por no superar el control de transparencia a pesar de que esta

73 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8491°, p. 4.

74 Sobre todo, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios”, cit., pp. 600 a 608, y PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 8 y 9.

75 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 87-91.

fuera inocua para el consumidor⁷⁶. Sobre este punto pone como ejemplo la llamada “cláusula cero”, que se trata de una cláusula que impone la prohibición de que los intereses fuesen negativos o a favor del prestatario. Así, no tendría mucho sentido afirmar que la inclusión de esta cláusula en el contrato suponga una alteración subrepticia del acuerdo que creía haber alcanzado el prestatario, cuando en ningún momento el consumidor tenía como expectativa lucrarse con el préstamo.

d) El cuarto argumento se centra en señalar que residenciar el control de transparencia con los criterios de incorporación de las condiciones generales, no dejaría que se tuvieran en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que es presupuesto del enunciado normativo del artículo 82 TRLGDCU. De modo que, si nos acogiésemos a la línea que marca el control de transparencia dimanante del art. 5.5 LCGC, y a causa de ello no se tuvieran en cuenta las circunstancias existentes en el momento de contratar, podría darse el caso que se declarasen no incorporadas al contrato las cláusulas suelo por no cumplir con las obligaciones de información relativas a proporcionar “simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar” o “información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad” (STS 9 mayo 2013), cuando el prestatario fuese un notario o una sociedad mercantil que tenga por actividad la compraventa de bienes inmuebles. E incluso podría darse la situación que no se incorporasen cuando el prestatario fuese un consumidor y concertase el préstamo para la adquisición de su vivienda, pero no pudiese desconocer el funcionamiento de la cláusula suelo porque la primera cuota del préstamo se calculara con arreglo a ella, debido a que el contrato se celebrara en un momento en el cual el Euribor se encontrase por debajo del límite mínimo.

e) El quinto y último trata de explicar finalmente porque no se puede incardinar el segundo filtro de transparencia en el ámbito de la incorporación al contrato de la LCGC. Si tenemos presente que el control de transparencia no es solo aplicable a las cláusulas suelo, sino que se configura como un control más exigente que el de inclusión sobre la claridad de las cláusulas cuando estas se refieren al objeto principal del contrato; basarnos únicamente en criterios formales objetivos iguales para todos los casos nos llevaría a un incorrecto resultado. Habida cuenta que los parámetros que marca la STS 9 mayo 2013 se ajustan a las especiales características de las cláusulas suelo pero no son trasladables de forma mecánica a otras cláusulas que afecten al coste del crédito.

En definitiva, Pertíñez Vílchez nos viene a decir que el art. 82 TRLGDCU es una norma amplia que debe ser interpretada y perfilada por vía jurisprudencial, sin que sus dos elementos clave, a saber, la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio

76 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios”, cit., p. 605.

objetivo de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, sean interpretados de una forma estricta.⁷⁷ Todo lo contrario, él considera que los dos presupuestos básicos de este artículo “han de considerarse como instrumentos que permitan al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en las que se irá concretando el concepto de “abusividad”, una de las cuales puede ser que resultan abusivas las cláusulas que por su falta de transparencia causen un perjuicio al consumidor consistente en la alteración de la carga económica del contrato”⁷⁸.

V. LA OBLIGACIÓN DE TRANSPARENCIA

I. Entonces, ¿qué podemos entender por control de transparencia?

Una vez llegados a este punto, el control de transparencia, teniendo en cuenta lo sentado por las SSTS 18 junio 2012, 9 mayo 2013, 24 marzo 2015 y 29 abril 2015, funcionaría como un parámetro abstracto de validez de la cláusula no negociada, incluida en contratos con consumidores, que cuando se proyecte sobre elementos esenciales del contrato “tiene por objeto que el adherente conozca pueda conocer con sencillez tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (STS 9 mayo 2013). Dicho de otro modo, en palabras más actuales pronunciadas por la STS 29 abril 2015, el control de transparencia diferenciado del control de incorporación “supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá”.

Además, esta forma de definir la obligación de transparencia ha sido confirmada por las SSTJUE 30 abril 2014, 26 febrero 2015 y 23 abril 2015⁷⁹ en el sentido

77 Coincide CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 11, en decir que el art. 82 TRLGDCU, es una norma general que debido a su amplitud debe ser interpretada de forma flexible por la jurisprudencia, y en la cual cabría situar un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia que, como la cláusula suelo, cause, en perjuicio del consumidor, una alteración del acuerdo que creía haber alcanzado en base a la información proporcionada.

78 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 93.

79 STJUE 23 abril 2015 (Asunto C-96/14, Van Hove vs CNP Assurances SA) (Tol 4835583).

que consideran que “tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo” (STJUE 30 abril 2014). Igualmente, se entenderá superada la transparencia para poder excluir el control de abusividad cuando “la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él” (STJUE 23 abril 2015).

Es decir, como expone Casado Navarro, se puede definir como “un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predisuestas relativas al objeto principal del contrato, distinto del error como vicio del consentimiento, a través del cual se trata de comprobar que el predisponente ha confeccionado y presentado el clausulado contractual de una forma tal que el adherente conozca o pueda conocer fácilmente tanto la carga económica como su posición jurídica en el contrato”⁸⁰. Entonces, considera que este control se centra en un “dato objetivo”, si el predisponente informó de manera suficiente al cliente. Lo cual permite desvincularlo del error vicio en el sentido que no tiene que ver con la “representación mental” que se haga el adherente, sino si en las circunstancias en las que se encuadra permiten al consumidor hacerse una idea de la trascendencia de esas cláusulas en el contrato. Del mismo modo, Sánchez Martín⁸¹ al comentar la STS 8 septiembre 2014⁸² señala que el control de transparencia vendría a ser “un control de legalidad” con la finalidad de garantizar “la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato”. Por lo que, impone al predisponente “un deber de configuración contractual” cuyo cumplimiento no se verifica por la validez del consentimiento sino “en la propia reglamentación predisuelta y en la adecuada configuración de las cláusulas”. Con el objeto de que

80 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6.

81 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El verdadero”, cit., p. 4.

82 STS 8 septiembre 2014 (Tol 4529142), en el voto particular, el magistrado Sancho Gargallo critica la forma en que se ha llevado a cabo el control de transparencia. Entiende que, tal como estaba ubicada la cláusula en el contrato, de forma coherente y sistemática, resaltada en negrita y teniendo en cuenta el extendido conocimiento de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario en la fecha de celebración del mismo, no podemos determinar que la incorporación de la cláusula suelo fuera sorpresiva y vulnerara el concreto deber de transparencia.

el consumidor pueda valorar directamente de la propia reglamentación predisuelta las consecuencias económicas y jurídicas derivadas a su cargo⁸³.

No obstante lo anterior, también algún autor ha puesto énfasis en que el control de transparencia se centra “más que en la propia redacción de la cláusula, en los tratos preliminares y coetáneos a la celebración del contrato”⁸⁴. Lo cual, desde mi punto de vista, como indica la doctrina, se refiere, a que en el caso de las cláusulas suelo, la contrariedad a la buena fe, que ésta incluida en el juicio de abusividad y que vendría a ser la oferta poco transparente de los préstamos hipotecarios incluyendo sorpresivamente las cláusulas suelo, habría de tener en consideración las circunstancias del caso concreto⁸⁵. A saber, el momento de la celebración del contrato (si ya había un conocimiento generalizado sobre este tipo de cláusulas) y las propias circunstancias del consumidor (como su experiencia financiera). Con la finalidad de ofrecer al consumidor información adecuada en atención a sus necesidades, para que pudiese comprender las implicaciones de dichas cláusulas en el desarrollo futuro del contrato. De hecho, Sancho Gargallo en su voto particular a la STS 8 septiembre 2014, señala que en la exigencia de transparencia no sólo se ha de valorar “la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual”. De lo contrario, pienso que no sería conforme a la buena fe que una persona con alto nivel de conocimiento financiero se beneficiase de una declaración de abusividad de las cláusulas suelo basada en criterios meramente objetivos.

Esta postura de valorar las concretas circunstancias concurrentes en el adherente en el momento de prestar el consentimiento, parece que rompa las fronteras que se habían dibujado entre el control de transparencia y el control de excusabilidad del error vicio, como ha podido advertir recientemente Agüero Ortiz⁸⁶ a raíz de la STS 9 marzo 2017⁸⁷. No obstante, desde mi punto de vista, en el control de transparencia sigue teniendo una importancia capital la conducta del predisponente, lo cual no es óbice para que ésta se examine en relación con las características concretas del cliente bancario y el momento en que contrató el préstamo.

Al final, la lectura de esta doctrina lo que inspira es que el control de transparencia tiene como principal objetivo preservar la libertad contractual⁸⁸ y por ello pone

83 PLAZA PENADES, J.: “Del moderno”, cit., p. 7; también concluye que el control de transparencia “requiere de un previo enjuiciamiento interno de la reglamentación predisuelta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles, para que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan del contrato ofertado”.

84 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 45.

85 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 101 y ss.

86 AGÜERO ORTIZ, A.: “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21°, p. 176.

87 STS 9 marzo 2017 (Tol 5985734).

88 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6.

tanto el foco en que el consumidor contrate con pleno conocimiento de causa; no sirviendo simplemente con que éste sepa de la existencia de la cláusula. Sino que se le debe haber proporcionado suficiente información en fase precontractual para que conozca la trascendencia de dicha cláusula en el contrato y los efectos que se derivan de ella, así como que de su propia plasmación en el contrato se puedan conocer en base a criterios sencillos las consecuencias de esa cláusula en el mismo. En definitiva, que no resulte alterado el acuerdo económico que creía haber alcanzado, “el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó”⁸⁹.

Dicho esto, me gustaría recalcar que como dice la STS 29 abril 2015, “la exigencia de transparencia será tanto más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que suponga para el adherente”. Por tanto, podemos entender que el control de transparencia no es plano en el sentido que puede adaptarse en función de la cláusula sobre la cual opere, siendo más exigente cuanto más esencial sea la cláusula en el contrato. También tendrá que adaptarse a las concretas circunstancias del caso, porque, según mi opinión, no es la misma información la que tendrá que proporcionarle la entidad a una persona sin ningún tipo de conocimientos en el ámbito de la contratación bancaria, que a un notario.

En relación con la trascendencia de la cláusula, ahora mismo sabemos con, al menos, algo de precisión como opera el control de transparencia en las cláusulas suelo y en otras cláusulas que como ellas definan o se refieran al objeto principal del contrato, pero no sabemos con exactitud como operaría el control de transparencia en otro tipo de cláusulas⁹⁰. Si bien, desde mi punto de vista y el de una parte de la doctrina⁹¹ el control de transparencia tiene su clara razón de ser en las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato, ya que son estas sobre las que recae el consentimiento contractual. Se entiende con carácter general que sobre la relación precio y contraprestación recae el consentimiento, tal como se puede extraer del art. 1.261 CC⁹² (Casado Navarro ve absurdo extender el control de transparencia

89 PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 2013, núm. 3º, p. 9.

90 Carrasco y Cordero dicen que no parece haber límites a este control de transparencia, su aplicación es independiente a que sea la cláusula más o menos esencial, en CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 7º, p. 176.

91 Autores como PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 8 y 9; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 24-27, y CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

92 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 64.

a todas las cláusulas no negociadas individualmente⁹³). Por tanto, cuando dichas cláusulas no son transparentes y no han permitido al consumidor alcanzar una comprensión cabal sobre el funcionamiento de la cláusula y sus efectos en el contrato, “la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva”⁹⁴, y, en consecuencia, podremos valorar la abusividad, porque en esa circunstancia carecemos de consentimiento contractual que venga a justificar el objeto pactado en el contrato.

En cambio, las cláusulas que se refieran a los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, es decir, las que forman el marco normativo del contrato, no son susceptibles de control en términos de transparencia, sino que lo más adecuado es examinarlas según su equilibrio objetivo, habida cuenta que sobre ellas no ha habido un consentimiento. El consumidor no ha elegido el contrato por tales condiciones, sino por la oferta del predisponente en la cual se describía el objeto del contrato.⁹⁵ Ya que, como argumenta la STS 29 abril 2015, “sería contrario a la lógica y a criterios de eficiencia social y económica” que el consumidor realizara un minucioso examen comparativo del resto de clausulado del contrato en orden a decidir que producto adquiere. Proporcionar mucha información sobre este tipo de cláusulas resultaría inútil, dado que el consumidor tomará su decisión de contratar por las principales características del bien o servicio. En resumen, creo que podemos afirmar con cierta seguridad que el ámbito objetivo del control de transparencia se corresponde con las cláusulas relativas al precio y contraprestación del contrato, es decir, al objeto principal del contrato⁹⁶. A diferencia de lo que parecía establecer la STS 9 mayo 2013 al fundamentar el control de transparencia en el art. 80.I TRLGDCU, y que en consecuencia vendría referido a todas las cláusulas no negociadas incluidas en contratos con consumidores.

Por otro lado, siguiendo lo que he apuntado antes sobre como operaría el control de transparencia con otras cláusulas relativas al objeto principal del contrato distintas de las suelo, los volubles criterios que nos marca la STS 9 mayo 2013 (el auto aclaratorio de la sentencia⁹⁷ dijo claramente que no eran exhaustivos), en orden a saber si la cláusula es o no transparente, son criterios especialmente aplicables a las cláusulas suelo y que han sido configurados por el análisis de este tipo de cláusulas, lo que es evidente en el parámetro de “se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas”.

93 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

94 Como indica el magistrado Sancho Gargallo en su voto particular de la STS 8 de septiembre de 2014.

95 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 24 y ss.

96 Ya lo decía, PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *Las cláusulas*, cit., pp. 40 y 41; también PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 4, “se proyecta sobre aquellas condiciones generales que afectan a los elementos básicos del contrato”; e igualmente, CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6, “un parámetro abstracto validez de las cláusulas predispuestas relativas al objeto principal del contrato”.

97 ATS 3 junio 2013 (RJ 2013, 3617).

En consecuencia, es clara cierta falta de seguridad jurídica en lo relativo al control de transparencia, siendo ésta el principal ariete de batalla cuando se critica este novedoso criterio de validez en derecho contractual que parece poner en riesgo el consolidado principio “pacta sunt servanda”.

2. Críticas al control de transparencia

Hay que poner de relieve, que no han sido pocas las voces que han criticado el control de transparencia al calificarlo como un producto fruto de la creación judicial del derecho. Esto es, ante la falta de un precepto nacional que se refiera expresamente al control de transparencia, se ha considerado por algunos, que los tribunales se han excedido de su labor de hermenéutica jurídica, es decir, del papel de interpretación que le corresponde a la jurisprudencia por mandato del art. 1.6 CC. Sobre esta cuestión, es significativo el recurso de casación que interpuso Cajasur y que fue resuelto por la STS 24 marzo 2015. En este recurso, concretamente en el primer motivo, la recurrente denunciaba que los jueces se habían excedido de sus funciones, creando jurisprudencialmente un requisito de validez de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

Por el contrario, la propia STS 24 marzo 2015, de forma rotunda, afirma que para nada los jueces se han excedido de aquello que les corresponde. La STS 9 mayo 2013 basó la transparencia, como ya sabemos, en el art. 80.I TRLGDCU (aunque, posteriormente y con mayor acierto, se ha residenciado en el art. 82 TRLGDCU), y lo hizo al interpretar el ordenamiento español conforme a lo dispuesto por los artículos 4.2 y 5 de la sobredicha Directiva 93/13. Siguió para ello lo que ya sentó la STJUE 21 marzo 2013⁹⁸, cuando señaló que el contrato debe exponer de “manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste”. Lo cual se complementa por lo dicho en la STJUE 30 abril 2014 que afirma que “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical”. Por tanto, el TS no ha creado derecho, sino que ha interpretado nuestro ordenamiento interno a la luz de la Directiva 93/13, tal como esta ha sido comprendida por el TJUE. De hecho, según Pertíñez Vílchez⁹⁹ “simplemente, el Tribunal Supremo con esta doctrina jurisprudencial ha hecho emerger obligaciones de información que ya estaban presentes en nuestro ordenamiento jurídico”, señalando a continuación artículos tales como el 7.1 y 1.258 CC relativos al deber de buena fe en las relaciones contractuales, el art. 60 TRLGDCU sobre la obligación

98 STJUE 21 marzo 2013 (Asunto C-92/11, RWV Vertrieb AG vs Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV) (TJCE 2013/93).

99 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 63.

de informar del precio total y el art. 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Todo esto ha sido recordado recientemente por el Auto de la Audiencia Provincial, Las Palmas, 25 enero 2017¹⁰⁰, cuando al final del fundamento jurídico segundo reitera lo ya concluido por la STS 24 marzo 2015 sobre que no se ha realizado en ningún momento una labor de creación judicial de derecho. A pesar que, “según Cajasur; [...], el Tribunal Supremo, en la citada sentencia núm. 241/2013, hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial, [...], que una cláusula en un contrato concertado con consumidores no es transparente si no se asegura su comprensibilidad real, [...], es un sugerente postulado “de lege ferenda” [para una futura reforma de la ley] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE.”

Entre los críticos del control de transparencia destacan sobre todo Carrasco Perera y Cordero Lobato. Ellos postulan la “carencia absoluta de fundamento legal del control de transparencia”¹⁰¹ y lo ven como una construcción jurisprudencial que pone en grave riesgo el principio de seguridad jurídica, ya que “la razonabilidad de los pronunciamientos judiciales sólo puede predicarse de aquellos que están fundados en reglas jurídicas, y únicamente las sentencias razonables posibilitan la previsibilidad inherente a la seguridad jurídica a la que cada contratante aspira en un Estado de Derecho”¹⁰². Además, coinciden en decir, como he puesto de manifiesto antes, en que al ser los parámetros sentados por la STS 9 mayo 2013 meramente indicativos, no siendo exhaustivos y aplicables en su mayoría a las concretas características de las cláusulas suelo, es muy difícil anticipar cuando una cláusula predispuesta incluida en contratos con consumidores puede ser declarada nula por falta de transparencia. Esto es, la falta de una construcción argumental en positivo¹⁰³, de qué podemos entender por esta nueva obligación de transparencia, desgraciadamente nos puede llevar a un panorama de cierta incertidumbre. Como dicen Carrasco Perera y Cordero Lobato, el control de transparencia “crea reglas y subreglas cuya utilización, al estar basada en juicios de valor no contrastables ni objetivables, llevará a resultados impredecibles en futuras contiendas judiciales en un ámbito tan especialmente necesitado de seguridad jurídica en estos momentos como es el mercado de crédito”¹⁰⁴.

De esta forma, estos dos autores plantean en el citado artículo las siguientes críticas a este parámetro de validez de la cláusula predispuesta¹⁰⁵: comienzan

100 AAP, Las Palmas, 25 enero 2017 (Tol 5945784).

101 CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 179.

102 CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 183.

103 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 69.

104 CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 174.

105 *Ibid.*, pp. 174-176.

argumentando que de la falta de perspicuidad de la STS 9 mayo 2013, no se puede extraer con claridad porque declara abusiva a la cláusula suelo. Si es por acoger la doctrina de la STJUE 3 junio 2010, en relación a que el derecho comunitario no se opone a un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales relativas a los elementos esenciales o si, por el contrario, el TS basa el control de abusividad de las cláusulas suelo en el carácter no transparente de las mismas. Así como, tampoco les convence el análisis del Supremo en relación a si las cláusulas suelo son definitorias del objeto principal del contrato, debido a que establecer si son más o menos esenciales les parece un tarea “estéril”. Debido a que, según lo que afirman, mediante la LGDCU y la LCGC se pueden controlar las cláusulas contractuales esenciales. En cambio, consideran más provechoso el argumento de que las cláusulas suelo al referirse al interés que debe pagar el prestatario forman parte del precio y, en consecuencia, sobre él no cabe determinar la abusividad, al carecer en nuestro derecho de “parámetros racionales de decisión”¹⁰⁶ que nos permitan establecer cuando un concreto precio es abusivo o no.

Seguidamente, plantean que tal como el Supremo define el control de transparencia no somos capaces de distinguir si al final la falta de transparencia provoca automáticamente la abusividad en la cláusula suelo, sin que haga falta analizar si existe un desequilibrio en los términos del art. 82 TRLGDCU o si es necesario verificar si se produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor por la sustancial falta de transparencia. Igualmente, consideran que la sentencia para nada clarifica las consecuencias que conlleva la falta de transparencia de una cláusula impuesta. Después de señalar que la no superación de la obligación de transparencia implicaría la valoración de la abusividad de la cláusula en virtud de lo dispuesto por el art. 4.2 de la Directiva, sin ningún tipo de explicación, determina la nulidad de la cláusula. Según estos autores, la sentencia no explica cuál es la base legal de la que se sirve para declarar la nulidad de las cláusulas suelo. Habida cuenta que para nada lo puede ser el art. 80.1 TRLGDCU, teniendo presente que este artículo viene referido a los criterios de incorporación al contrato y de su contravención no podemos derivar la abusividad de la cláusula¹⁰⁷.

De hecho, en el artículo se plantea que la falta de fundamento legal es clara, ya el cumplimiento de los requisitos que exige la Orden EHA/2899/2011¹⁰⁸ ya presupone el conocimiento de esas cláusulas por parte del consumidor. De modo que, si la cláusula no ha sido conocida por el consumidor esta quedará no incorporada al contrato, por lo que los tribunales no están facultados para crear un “tertium genus” sobre la transparencia “sustancial” de las cláusulas¹⁰⁹. En este punto, parece ser que

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 176.

¹⁰⁷ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., pp. 177-179.

¹⁰⁸ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹⁰⁹ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 181.

estos autores no han entendido correctamente en que consiste la obligación de transparencia, ya que esta no tiene que ver con que haya un mero conocimiento de la cláusula por parte del consumidor; o incluso de su contenido, lo que verdaderamente pretende el control de transparencia es, como señala el IC 2000¹¹⁰, que el consumidor haya contratado “con pleno conocimiento de causa”. Para ello, es preciso que se le haya proporcionado la suficiente información precontractual, con la finalidad de que sea capaz de comprender realmente, y de forma completa, cual es la trascendencia de la cláusula en el desarrollo del contrato, así como que sacrificio patrimonial y consecuencias jurídicas le va a suponer.

De todas formas, Carrasco Perera y Cordero Lobato opinan que aún más grave que la falta de fundamento del control de transparencia es la poca previsibilidad que inspira este novedoso sistema de fiscalización de la cláusula predispuesta, que al final hace recaer toda la carga de la prueba al predisponente. Se preguntan, cómo es posible acreditar que se ha dado esa “comprensibilidad real” en el adherente si, al fin y al cabo, se trata de una circunstancia psicológica de difícil verificación, llegando a plantearse si sería necesaria la realización de videograbaciones para poder probar que ha existido esa comprensión¹¹¹.

En relación con esto, es posible que Carrasco y Cordero no estuvieran equivocados cuando afirmaron con rotundidad que el control de transparencia nos puede abocar a una falta de anticipación de los pronunciamientos jurisprudenciales y cierta inseguridad jurídica. No hay que perder de vista la relativamente reciente STS 7 diciembre 2016¹¹², que declaró abusivas y, por tanto, nulas por falta de transparencia las cláusulas novena y primera de un contrato de préstamo, concertado con la entidad demandada, en las cuales se establecía una fianza solidaria y una responsabilidad personal ilimitada respectivamente. Las cláusulas tenían el siguiente tenor: La novena “con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se han podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciadas a los beneficios legales de orden, excusión y división, por Don J.J.K. y Doña C.-P.-S.B., los cuales se constituyen en fiadores solidarios de la presente operación”. La primera, “sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura”.

La referida sentencia, tras hacer un exhaustivo repaso al derecho aplicable a las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos con consumidores.

110 Informe (IC 2000) de 27 de abril de 2000, de la Comisión Europea, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

111 CARRASCO PERERA, A.Y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., pp. 180-181.

112 STS 7 diciembre 2016 (Tol 5927209).

Concluye que las cláusulas objeto de la litis no superan el doble control de transparencia. A saber, con las pruebas aportadas por las partes, el tribunal considera que los pactos cumplen los requisitos para quedar incorporados al contrato, pero no se había proporcionado a los adherentes la suficiente información para conocer que se trataban de cláusulas que definían el objeto principal del contrato, que pueden incidir en su obligación de pago y como podían jugar en la economía del contrato. Es decir, se establece que en estos casos “deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podría derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato”. El Supremo aprecia que, si bien se habían cumplido los criterios de inclusión, ya que las cláusulas eran legibles, habían sido aceptadas, etc.; no se había facilitado “información adicional a la parte actora” aparte de la lectura de la escritura pública en la notaría. Así, entiende que teniendo presente que las condiciones implicaban una renuncia a los beneficios de excusión, división y orden, además de articular una responsabilidad personal e ilimitada a los deudores principales que se añade a la garantía hipotecaria, se les debería haber proporcionado una información lo suficientemente consistente para garantizar la comprensión por parte de los adherentes.

Esta sentencia me llama poderosamente la atención por como declara nulos unos pactos que en principio son válidos y están expresamente reconocidos en el Código Civil. No es nada nuevo reconocer en un préstamo hipotecario la presencia de una fianza solidaria que se admite en el segundo inciso del art. 1.822 CC y sobre la que se indica la pérdida del beneficio de excusión en el art. 1.831. 2º CC. Además, con una fundamentación un tanto breve y simple, deja sin efecto un pacto con tanta trascendencia como es la fianza en este tipo de préstamos. Desde mi punto de vista, sin desmerecer la función tuitiva del control de transparencia, con el único argumento de que no se había proporcionado la suficiente información sobre la trascendencia de la fianza, la declara abusiva por falta de transparencia, y para ello se basa principalmente en que no había pruebas de una información adicional. No obstante, habrá que tener en cuenta cómo es posible verificar por parte de la entidad de crédito que se ha proporcionado una información suficiente atendiendo a las circunstancias del adherente que acredite, sin lugar a dudas, que éste ha alcanzado una comprensibilidad real. También es criticable que en ningún momento se haga una valoración sobre el desequilibrio de la cláusula, que como hemos defendido en el trabajo lo exigiría la declaración de abusividad por falta de transparencia. En resumen, para nada se han valorado las circunstancias relativas al caso concreto, así como tampoco el perjuicio que se le causa al consumidor, aunque se pueda inferir que es la posición más desventajosa que le provoca la fianza solidaria en lugar de la subsidiaria.

Para más inri, el tribunal se limita a justificar su decisión realizando una especie de adaptación de los parámetros que utilizó la STS 9 mayo 2013 para determinar que las cláusulas suelo no eran transparentes. Por ejemplo, “no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de la operatividad de las cláusulas...” o “...se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”. Si bien, como ya señaló el ATS 3 junio 2013, tales parámetros son simplemente indicativos y, por tanto, no siempre han de concurrir todos o algunos en las cláusulas suelo, y menos aún en otro tipo de cláusulas que exigirán, según entiendo yo, un singular análisis incluso con otros criterios para ver si son transparentes o no. Lo cual, aún pone en peor situación la seguridad jurídica en relación con la falta de previsibilidad de los pronunciamientos jurisprudenciales.

Para terminar, también es preocupante la poca importancia que se le otorga a la función notarial, al considerar que su actuación se circunscribe a los criterios de incorporación, pero no garantizan una información suficiente para entender superado el control de transparencia. Ya que entienden que en la práctica su función acaba en una simple advertencia en el “momento conclusivo del contrato”, cuando es de sobra conocido, que es posible examinar la escritura con la antelación de tres días a la firma del préstamo. En definitiva, parece que ven al notario como un mero “convidado de piedra” (según De Torres Perea), que no es capaz de ejercer ninguna influencia en el cliente en ese momento en el cual ya ha tomado la decisión de contratar.¹¹³

Dicho esto, creo que queda clara la necesidad de regular legalmente el control de transparencia, para delimitarlo y establecer con certeza cuáles son sus presupuestos y consecuencias. Porque la existencia, a mi parecer, de ciertos defectos no quita que el control de transparencia sea muy positivo, al cumplir con una función esencial como es garantizar un “consentimiento informado”¹¹⁴, que se aprecia sobre todo en un ámbito muy complejo como es la contratación financiera. A este respecto, es de señalar la SAP Alicante, 23 julio 2015¹¹⁵, que declaró nulas por abusivas las cláusulas 5ª y 6ª de un contrato de préstamo de los denominados “créditos revolving”. Se trataba de un préstamo a interés variable, pero su variabilidad no dependía del mercado como es el caso de los préstamos hipotecarios, sino del dinero que dispone el prestatario al funcionar como una “línea de crédito”. Pues bien, la Audiencia consideró que la poca claridad de las condiciones no permitía al adherente comprender el coste del crédito y por “su forma de articular el contrato lo que se consigue al final es que el cliente ignore cual es el interés que se le aplica en el inicio y en discurrir de la disposición de otras cantidades”. Todo esto

113 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 30.

114 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 5 y 7.

115 SAP Alicante, 23 julio 2015 (Tol 5419874).

unido a la falta de información precontractual sobre el funcionamiento de estas cláusulas relativas al coste del crédito, provocaba que el consumidor no estuviera suficientemente informado sobre el interés que se le aplicaría en función de las cantidades de dinero que dispusiese.

3. El control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

Como dice de forma gráfica Pertíñez Vílchez, estamos desmontando un mito¹¹⁶ cuando afirmamos que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato pueden ser abusivas (si no son transparentes). Sin embargo, como ya hemos explicado en el presente trabajo, esta es la interpretación que hacemos del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de acuerdo con lo establecido en la reciente jurisprudencia y parte de la doctrina.

Aunque ya hemos abordado en los epígrafes anteriores las cuestiones de: ¿Por qué han sido declaradas abusivas las cláusulas suelo?, ¿En qué consiste concretamente el control de transparencia?, y ¿Sobre qué tipo de cláusulas opera? Es conveniente hacer unas matizaciones.

Para empezar, que este tipo de cláusulas puedan ser abusivas no quiere decir que lo vayan a ser por las mismas razones que lo son el tipo común de cláusula abusiva, es decir, las que disciplinan el régimen jurídico del contrato¹¹⁷.

En el control de abusividad aplicado a este último tipo de cláusulas lo que se va a valorar es la proporcionalidad de la cláusula, el equilibrio o justicia de ese pacto en el contrato, con el objeto de verificar si el predisponente se ha aprovechado de su posición ventajosa para sobrecargar al adherente en la balanza de derechos y obligaciones que hay en el contrato. Para ello, nos serviremos de un “parámetro objetivo de honestidad”¹¹⁸, que es la buena fe, entendida como la forma de comportarse de manera leal y equitativa en el sector que se trate (el predisponente se habrá comportado de forma leal y equitativa si ha tenido en cuenta a la hora de redactar el contrato no solo sus propios intereses sino también los del adherente). Una forma de poder enjuiciar el equilibrio y ver si el predisponente se ha comportado conforme a la buena fe, es acudir a las llamadas fuentes de integración del contrato (art. 1258 CC), de la que es destacable la norma dispositiva. De modo que, si atendiendo al derecho dispositivo que prevé el legislador para el supuesto concreto, no se evidencia una diferencia sustancial con lo concretamente pactado, no se podrá considerar a la condición como abusiva. En cambio, si al contraponerla con

116 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 94.

117 Según MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Dir: Cámara Lapuente, S.), Colex, Madrid, 2011, p. 733.

118 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 101.

la regulación dispositiva es clara una diferencia importante, habrá que atender a las circunstancias del caso para ver si justifican la discrepancia¹¹⁹. Ya que es posible que, por ejemplo, en un contrato de préstamo se preste el capital con unas especiales condiciones debido a los considerables riesgos que asume el prestamista en orden a la devolución del crédito.

Por el contrario, en las cláusulas relativas al coste del crédito la contrariedad a la buena fe, que también se analiza atendiendo a un “parámetro objetivo de honestidad” (por tanto, no se tiene en cuenta una posible intención dolosa del predisponente), tiene que ver con que no se haya advertido especialmente de la trascendencia de dichas cláusulas en el contrato para que el consumidor pueda tomar una decisión según lo que mejor le convenga¹²⁰. A saber, en las cláusulas suelo la transgresión de la buena fe se produjo, no porque estas fueran desproporcionadas en atención a la norma dispositiva, sino porque la oferta “engañosa” de préstamos a interés variable (con un diferencial atractivo) unida a una falta de información sobre las denominadas cláusulas suelo y sus efectos, produjo en los clientes una incorrecta valoración de las condiciones principales del contrato y sus consecuencias económicas.

No obstante, que nos sirvamos de un criterio objetivo para valorar si la conducta del predisponente es conforme a la buena fe (recordemos que la transparencia se centra en la conducta del predisponente y no en la representación mental del adherente, para diferenciarlo del error vicio¹²¹), no supone que hayamos de renunciar a la incidencia que las circunstancias del caso puedan tener en la buena fe¹²². De hecho, si tenemos presente lo que apuntaron la STS 9 mayo 2013 y el ATS 3 junio 2013 aclaratorio de la misma, los criterios para declarar la falta de transparencia de las cláusulas suelo eran orientativos y, en ese sentido, podemos deducir que estos admiten una adecuación al caso concreto. A pesar, de que la misma STS 9 mayo 2013 declarase, sin tener en cuenta las concretas circunstancias de los prestatarios, al ser una acción colectiva, nulas todas las cláusulas contenidas en los contratos en litigio. E incluso, aunque nos enfrentemos a lo dicho por la STS 29 abril 2015, en el marco de una acción individual, que consideró que lo que habíamos de tener en cuenta eran las circunstancias del “adherente medio”, o la STJUE 26 febrero 2015 que dice que debemos enjuiciar la transparencia “teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. En conclusión, entiendo tal como afirma

119 *Ibíd.*, p. 101.

120 Esto viene a decir con otras palabras MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario a la Disp. Adic. Primera. Tres de la LCG” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Menéndez, Díez-Picazo y Alfaro) Civitas, Madrid, 2002, p. 934.

121 Desde la STS 9 marzo 2017, cierta doctrina como AGÜERO ORTIZ, A.: “Cláusula suelo”, cit., p. 179, opina que el control de transparencia se corresponde con el control de excusabilidad del error en el consentimiento, pero sin aplicar las consecuencias que le son propias.

122 PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 103-105.

Pertíñez Vélchez¹²³ que sería lícito omitir determinada información, cuando el cliente bancario fuese un registrador, un notario, un banquero, etc.; y esto fuese conocido por la entidad crediticia.

De este modo, tampoco sería descabellado a la hora de enjuiciar la buena fe del predisponente, comprobar las circunstancias concurrentes en la celebración del préstamo hipotecario, como puede ser el conocimiento socialmente extendido de la inclusión de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios o si en la cuota inicial a pagar ya entraba en juego la cláusula suelo por encontrarse en un momento de bajada del Euribor¹²⁴.

Respecto al segundo presupuesto contenido en el art. 82 TRLGDCU para declarar abusiva una cláusula, el perjuicio al consumidor. Ya hemos puesto de relieve en este trabajo que el incumplimiento de los deberes de información precontractual exigidos por el control de transparencia no conlleva automáticamente la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto del contrato, sino que debe posteriormente valorarse su abusividad. Por tanto, una vez incumplido el deber de transparencia, que ya hemos señalado que supondrá al mismo tiempo haber conculcado la buena fe contractual, deberemos comprobar si dicha estipulación produce un perjuicio al consumidor. De lo contrario, como apunta Pertíñez Vélchez¹²⁵, podríamos llegar al sinsentido de declarar nula una cláusula sobre el procedimiento matemático para calcular los intereses remuneratorios por ser ininteligible para el consumidor.

De modo que, en el caso de este tipo de cláusulas, habida cuenta que por respeto a la libertad de mercado y a la imposibilidad de establecer si un determinado precio es equilibrado o desequilibrado, el perjuicio al consumidor se producirá, no porque el interés fuese excesivo o no hubiese un techo para “contrarrestar” los efectos de la cláusula suelo (como se ha llegado a declarar por la jurisprudencia), sino porque el déficit de información le produce al consumidor un desequilibrio de tipo subjetivo, consistente en la “alteración del acuerdo económico que creía haber alcanzado”¹²⁶, con la consiguiente “privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo de entre los varios ofertados” (STS 24 marzo 2015). Al final, concluiría que la falta

123 PERTÍÑEZ VÉLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 105.

124 *Ibid.*, p. 107-108.

125 *Ibid.*, p. 111, el cual apoya su postura con las SSTJUE 3 junio 2010 (Asunto Caja Madrid), 15 marzo 2012 (Asunto Perenicova) y 26 de febrero 2015 (Asunto Matei).

126 Esta tesis que ve un vínculo entre la falta de transparencia y el perjuicio para el consumidor, por lo que ésta puede operar a modo de instrumento para producir el perjuicio, tiene como defensores PERTÍÑEZ VÉLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 112-114; DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., pp. 28-30; y ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C. Y GUILLÉN CATALÁN, R.: *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 74.

de transparencia en las cláusulas suelo es tanto *condictio sine qua non* para valorar la abusividad como presupuesto de la misma abusividad.

Casado Navarro, en este sentido, tomando como referencia la interpretación que ha dado la conocida sentencia Aziz¹²⁷ a los conceptos “desequilibrio importante” y “pese a las exigencias de la buena fe”, concluye que para valorar el posible carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato que adolece de falta de transparencia, el juez debe “tener en cuenta la normativa nacional sobre información precontractual, protección al consumidor y aquella que regule el contrato suscrito, así como, los mecanismos de que dispone el consumidor para atacar las cláusulas abusivas. Asimismo, deberá valorar si el consumidor hubiera contratado de conocer la cláusula que de forma subrepticia altera la carga económica del contrato”¹²⁸.

4. El juicio abstracto sobre la transparencia en las cláusulas suelo

Hemos establecido que para determinar si una cláusula suelo es o no transparente, no solo hemos de evaluar aisladamente la conducta del predisponente en orden a como ha reglamentado la cláusula en el contrato, sino también debemos hacerlo “a la vista de todos los elementos pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo” (SSTJUE 30 abril 2014 y 26 febrero 2015). Por tanto, entendemos al igual que plantea Pertíñez Vílchez¹²⁹, que para la valoración de la transparencia de las cláusulas deberíamos tener presente entre las circunstancias del caso concreto, las características subjetivas del prestatario y el momento de celebración del contrato.

No obstante, esta no era la idea que estableció la STS 9 mayo 2013, ya que al resolver sobre una acción de cesación que afectaba a una multiplicidad de préstamos hipotecarios no valoraron las circunstancias que en concreto existían en cada contrato (de hecho, sería algo imposible). Todo lo contrario, a pesar de que señaló que la cláusula suelo no es intrínsecamente abusiva, sino solo cuando no es transparente en perjuicio del consumidor (lo que, por lógica, nos haría atender a las circunstancias del caso concreto), paradójicamente declaró abusivas todas las cláusulas suelo de todos los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades financieras demandadas. Para ello, se valió de unos parámetros que no se habían cumplido en ninguno de los préstamos, como que no se habían realizado simulaciones de escenarios diversos del futuro comportamiento del índice de referencia o que no se habían facilitado comparaciones con otras modalidades de préstamo de la propia entidad. Es decir, un conjunto de requisitos que, como he señalado en el epígrafe V.2, pueden resultar

127 STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz vs Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa) (TJCE 2013/89).

128 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 12.

129 Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad*, cit., p. 103-108.

un tanto criticables, teniendo en cuenta que el posterior auto aclaratorio no clarificó mucho la cuestión, al decir que ni son exclusivos, ni es necesario que se den todos para que no haya transparencia, e incluso concurriendo alguno cabe la prueba de que se informó correctamente.

De todos modos, el exceso que podríamos criticar a la conocida sentencia no estaría tanto en las obligaciones de transparencia que impone, sino que se introduzcan en un procedimiento que resolvía sobre una acción colectiva¹³⁰. Ya que, de esa forma, se acaba en la práctica universalizando el carácter abusivo de las cláusulas suelo¹³¹.

En ese sentido, De Torres Perea ha señalado que el TS “ha cruzado el límite de lo razonable al generalizar un presunto comportamiento abusivo”¹³². De hecho, sigue diciendo que parece que el Tribunal Supremo ha planteado una suerte de falta de transparencia colectiva. Y resulta complicado pensar que en todos los supuestos se haya producido una situación de desinformación, tanto por la actuación de los notarios, como de los bancos. Es seguro, que habría clientes bien informados entre los que suscribieron contratos con cláusulas suelo. Por tanto, apunta que si el Supremo considera que la ilicitud de las cláusulas suelo se debe a un déficit de información, la solución vendría dada por el recurso a las acciones individuales y no a la acción de cesación. Dado que, como ilustra, está enfocada a la idea de ilícito concurrential, es decir, a una práctica abusiva que ha afectado o podría afectar a muchos clientes, cosa que no sucede en el caso de las cláusulas suelo, habida cuenta que estas no son en sí mismas abusivas.¹³³ Asimismo, dicho autor no considera que la problemática de las cláusulas suelo se deba a una falta de información, sino a una deficiencia del sistema que provoca que el cliente bancario llegue “cautivo” a la notaría, al no tener capacidad de negociación, pensar que otro banco no le ofrecería una oferta muy distinta y primar una visión cortoplacista.¹³⁴ A saber, al cliente le preocupan las primeras mensualidades del préstamo y aunque se le hubiese informado de los posibles escenarios del índice de referencia, igualmente consentiría el contrato, por considerar la crisis económica como algo inimaginable.

De esta forma, no han sido pocas las sentencias que han declarado casi de forma automática la nulidad de las cláusulas suelo por no resultar acreditados los extremos que impuso la STS 9 de mayo de 2013, en relación al nivel de transparencia exigible. Por ejemplo, la SAP Pontevedra (Sección 1ª), 17 noviembre 2014; la SJMerc, nº 1

130 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 72.

131 *Ibid.*, p. 72.

132 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 40.

133 *Ibid.*, pp. 42-46.

134 *Ibid.*, pp. 47-48.

Cádiz, 22 diciembre 2015; la SJMerc, nº I Palma de Mallorca, 29 febrero 2016 y la SJMerc, nº I Donostia-San Sebastián, 15 abril 2016¹³⁵, entre otras muchas.

Afortunadamente, está línea que introdujo la STS 9 mayo 2013, al resolver una acción colectiva, de generalizar la abusividad de las cláusulas suelo, estableciendo a posteriori un estándar de información bancaria muy exigente y que difícilmente permitía a los bancos probar que habían informado adecuadamente, ha cambiado recientemente con la nueva STS 9 marzo 2017. La cual pone de manifiesto la necesaria toma en consideración de las circunstancias del caso concreto, para determinar si el banco ha sido transparente a la hora de ofertar el préstamo hipotecario al cliente, y recuerda que la STJUE 26 enero 2017¹³⁶, afirmó que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato reguladas por la Directiva 93/13 “sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”.

Concretamente, pone de relieve que “en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que éste estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”. De hecho, resulta muy destacable que la sentencia no tiene en consideración algunos parámetros como la inexistencia de simulaciones de escenarios diversos. Así, a la vista de la prueba practicada, concluye que los demandantes resultaron suficientemente informados, atendiendo principalmente a la labor del notario que advirtió de la existencia de la cláusula controvertida y a los tratos preliminares entre el banco y los clientes donde se llegó a negociar un tipo inferior como suelo. Esta novedosa resolución del Alto Tribunal concluye, que la aclaración del ATS 3 junio 2013 ya argumentó que los criterios tenidos en cuenta por la STS 9 mayo 2013, ni eran exhaustivos, ni exclusivos por lo que “a la postre, lo verdaderamente relevante. No (es) que en el análisis del control de transparencia la Audiencia tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir, en aquel caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso, pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”.

135 SAP Pontevedra (Sección I^a), 17 noviembre 2014 (Tol 4719489); SJMerc, nº I Cádiz, 22 diciembre 2015 (Tol 5619450); SJMerc, nº I Palma de Mallorca, 29 febrero 2016 (Tol 5696759) y la SJMerc, nº I Donostia-San Sebastián, 15 abril 2016 (Tol 5760951).

136 STJUE 26 enero 2017 (Asunto C-421/14, Banco Primus S.A. vs Gutiérrez García) (TJCE 2017/31).

Para terminar este punto, he de hacer referencia a la flamante STS 8 junio 2017¹³⁷, que ha establecido cuáles con las consecuencias que ha de tener una sentencia estimatoria firme de una acción colectiva ejercitada frente a un banco declarando nula, y, por tanto, abusiva por falta de transparencia una cláusula suelo; cuando con posterioridad se interponen acciones individuales contra la misma entidad por una cláusula igual a la ya juzgada. En primer lugar, la sentencia reconoce que en el caso de las acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas, sus efectos no se reducen únicamente a las partes implicadas en el mismo, sino que son capaces de tener efectos ultra partes, tutelando también los intereses de aquellos consumidores que no forman parte del pleito donde se interpuso la acción colectiva. Así, sienta que la estimación de la acción colectiva no solo debe suponer el cese en el uso de tales cláusulas sino que “también debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia”.

Pero, teniendo en cuenta el “casuismo que impregna” la valoración de la abusividad de las cláusulas por falta de transparencia, ya que esta se debe a un déficit de información, la cuestión es matizable. Habida cuenta que, para determinar en dichas acciones colectivas si ha habido una falta de información se tiene en cuenta al “consumidor medio”. Por tanto, si en el caso de la acción individual concurren circunstancias excepcionales que supongan apartarse de las tenidas en cuenta en el litigio colectivo, como puede ser un consumidor experto en la materia o que la entidad demuestre que sí informó adecuadamente al consumidor, la cláusula podrá ser considerada transparente.

Pues bien, en el caso concreto, en primera y segunda instancia, se consideró que la cláusula suelo impugnada por los demandantes era transparente, aunque con unos argumentos más que cuestionables. La Audiencia Provincial llegó a decir que si bien no se había recalcado que la cláusula era definitoria del objeto principal del contrato, se encontraba enmascarada y no se habían facilitado simulaciones de escenarios diversos ni otras modalidades de préstamo comparativas; la cláusula era transparente porque estaba bien redactada y resultaba comprensible para un adherente medio. Además, ponía énfasis en que uno de los demandantes era licenciado en derecho y asesoraba a empresas mejicanas que querían establecerse en España. Finalmente, el Supremo estimó el recurso de casación y concluyó que no concurrían circunstancias excepcionales que implicasen apartarse del criterio seguido en la anterior acción de cesación. La cláusula suelo era no transparente porque no se había informado correctamente a los demandantes de la carga jurídica y económica que implicaba la cláusula suelo. Igualmente, que el marido fuese licenciado en derecho no lo convertía

137 STS 8 junio 2017 (Tol 6157454).

en un experto en banca que comprendiera con claridad que estaba contratando sin un análisis exhaustivo del mismo.

VI. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

I. La limitación temporal *ex nunc* en la STS 9 mayo 2013

La insoslayable STS 9 mayo 2013, una vez declaró la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia abordó necesariamente las consecuencias jurídicas que ello implicaba. De este modo, siguiendo lo establecido por el artículo 9.2 LCGC decretó la nulidad de las cláusulas suelo, manteniendo la eficacia de los contratos sin las mencionadas estipulaciones, debido a que éstos podían subsistir sin ellas (“la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia”). Hay que señalar, que por respeto a la jurisprudencia del TJUE, a saber, la STJUE 14 junio 2012¹³⁸, no es posible integrar el contrato, dado que en caso contrario se enervaría la finalidad de la Directiva 93/13, eliminando su efecto disuasorio.

Dicho esto, la consecuencia lógica de la declaración de nulidad se correspondería con el viejo aforismo latino *quod nullum est, nullum effectum producit*. Es decir, tal como marca el art. 1.303 CC “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que dispone en los artículos siguientes”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de forma sorprendente limitó la retroactividad que lleva aparejada la nulidad de una cláusula abusiva (estableciendo que solo se devolverían aquellas cantidades indebidamente cobradas a partir de la fecha de la sentencia), por una serie de razones que han sido ampliamente criticadas por la doctrina. Comienza su argumentación el Supremo, indicando que “sus efectos [de la declaración de nulidad] no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho”.

Aunque el TS dio muchos motivos para cercenar el inherente efecto de la nulidad, entre ellos el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Los que merecen más atención son: el “grave trastorno al orden público económico”, la buena fe de las entidades financieras y la seguridad jurídica¹³⁹.

138 STJUE 14 junio 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S.A. vs Calderón Camino) (TJCE 2012/143).

139 PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 1, y PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 179.

En cuanto al primero, Plaza Penadés ya ha señalado que le parece un criterio “aparentemente arbitrario e indeterminado”, teniendo en cuenta que la sentencia ni especifica los requisitos ni las pruebas que ha tenido en consideración para alegarlo¹⁴⁰. Simplemente lo invoca por el riesgo que podría tener para los bancos y, en consecuencia, para la economía nacional que se vieran obligados a la restitución de todas las cantidades indebidamente cobradas. Además, no podemos olvidar que el orden público económico no es un principio que informe nuestro ordenamiento jurídico como parte de las fuentes del derecho. Como apunta De Torres Perea, “este orden público económico que se nos presenta como “una razón de Estado” parece más bien que da lugar a un derecho particular a favor de ciertos lobbies, es decir a favor de los “poderosos” en la nueva estructura social”¹⁴¹.

Respecto a la buena fe, el Supremo entiende que los bancos actuaron de buena fe en la medida que su utilización se debía, por ejemplo, a la necesidad de mantener unos rendimientos mínimos. Asimismo, se calculaban para que las primeras cuotas no tuvieran cambios significativos, su ilicitud no es intrínseca, su uso había sido tolerado durante tiempo en el mercado, etc. Ante esto, podemos pensar que los argumentos del Supremo son un tanto incoherentes en la medida que no tiene mucho sentido asegurar, por un lado, que los bancos no se habían comportado de forma contraria a la buena fe y, por otro, establecer que las cláusulas suelo son abusivas. Habida cuenta que la abusividad de una cláusula implica necesariamente la contrariedad a la buena fe, como ya hemos puesto de manifiesto en el trabajo, siguiendo el tenor del art. 82 TRLGDCU.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica, Pertíñez Vélchez indica que parece ser que el Alto Tribunal mezcla el supuesto de las declaraciones de inconstitucionalidad del TC y los cambios que se producen en el ordenamiento nacional cuando el TJUE interpreta el Derecho Comunitario, con la labor de hermenéutica jurídica que le corresponde al Tribunal Supremo¹⁴². Es decir, el principio de seguridad jurídica si encuentra justificación a la hora de limitar los efectos de una sentencia del Tribunal Constitucional cuando declara una ley o un precepto inconstitucional, ya que se han de proteger a aquellas personas que actuaron creyendo que el marco legal era constitucional. También, en aquellos supuestos donde el TJUE, al interpretar el derecho comunitario, provoca un cambio en el derecho nacional, el cual, por así decirlo, se transforma. Por el contrario, cuando el Tribunal Supremo interpreta el ordenamiento interno no crea ni modifica el derecho, por lo que no puede invocarse el principio de seguridad jurídica.

140 PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 2.

141 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 35.

142 Pertíñez Vélchez, F.: *La nulidad*, cit., p. 183 y ss.

En conclusión, podemos decir que el Tribunal Supremo se excedió de sus funciones, en la medida que entró a valorar cuando deben aplicarse los efectos que la ley anuda a la declaración de nulidad, algo que solo puede modificarse por el legislador. Valiéndose para ello de unas razones que no encuentran ningún anclaje jurídico. Da la sensación que el Supremo pretendía encontrar el término medio entre la efectiva protección al consumidor y los intereses de las entidades de crédito¹⁴³. Así, al percatarse de las consecuencias que implicaba estimar una acción de cesación con motivo de la falta de información de los consumidores y al mismo tiempo establecer un elevado listón de transparencia a las entidades de crédito, puede que quisiera compensar a estas últimas estableciendo una limitación a la retroactividad propia de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas¹⁴⁴.

2. El cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016

La doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos *ex nunc* de la STS 9 de mayo de 2013 se ha mantenido unos años. De hecho, la STS 25 marzo 2015¹⁴⁵ la confirmó, extendiendo su aplicación a los supuestos de las acciones individuales que solo podrían reclamar aquellas cantidades cobradas a partir de la emblemática sentencia.

No obstante, la STJUE de 21 de diciembre de 2016¹⁴⁶ ha dado la vuelta a la tortilla. De este modo, la sentencia primeramente recuerda que la eficacia del Derecho de la Unión exige que si una cláusula es declarada abusiva, en consecuencia esta nunca ha existido y se ha de reponer al consumidor en la situación en la que se encontraría de no haber existido dicha cláusula. Por tanto, el profesional deberá restituir al consumidor lo recibido indebidamente en virtud de la cláusula declarada abusiva.

Dicho esto, determina que no es lo mismo que el Derecho de la Unión permita a los tribunales nacionales aplicar la normativa procesal interna que otorga fuerza de cosa juzgada a una resolución (es decir, mantener las sentencias firmes sobre cláusulas suelo anteriores a la STS 9 mayo 2013), que “la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión”. Por consiguiente, si tenemos presente “la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión”. De forma que, la doctrina del Supremo se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y

143 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 49.

144 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 48.

145 STS 25 marzo 2015 (Tol 4828169).

146 STJUE 21 diciembre 2016 (Asuntos C-154, 307 y 308/15, Gutiérrez Naranjo vs Cajasur Banco S.A.U., Palacios Martínez vs Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y Banco Popular Español S.A. vs Irlés López y Torres Andreu) (TJCE 2016/309).

“equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente”. Por lo cual, el camino tomado por el TS “sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva”.

En resumen, el TJUE concluye que la jurisprudencia nacional que limita los efectos retroactivos a la declaración de abusividad de las cláusulas suelo es contraria a la Directiva 93/13.

Entonces, tras la sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo, en la reciente STS 24 febrero 2017¹⁴⁷, ha hecho suya la doctrina contenida en la STJUE 21 diciembre 2016 cambiando su criterio anterior y estableciendo que procede la devolución de todas las cantidades percibidas indebidamente desde la celebración del contrato. Porque “las sentencias prejudiciales son obligatorias” y “los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Para finalizar, cabe hacer referencia al ATS 4 abril 2017¹⁴⁸, que ha inadmitido una demanda de revisión sobre una sentencia firme que aplicó la limitación temporal a la restitución de los intereses cobrados en base a las cláusulas suelo contenida en la STS 9 mayo 2013. Así, dicho auto ha precisado que no es posible solicitar la revisión de una sentencia firme en base a la nueva doctrina dictada en la STJUE 21 diciembre 2016, dado que dicha sentencia no es un documento recobrado según el art. 510.1.1º LEC.

De igual modo, considera que la revisión de las sentencias de los tribunales nacionales a causa de su incompatibilidad con una posterior sentencia del TJUE se rige por los principios de efectividad y equivalencia. El primero supone que no se puede permitir que la protección de la seguridad jurídica llegue a tal punto “que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia de TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia

¹⁴⁷ STS 24 febrero 2017 (Tol 5970011).

¹⁴⁸ ATS 4 abril 2017 (Tol 6019556).

del tribunal nacional". Y el segundo, implica que se deba revisar una sentencia firme nacional si es contraria a la jurisprudencia dictada con posterioridad del TJUE, pero solamente "si el ordenamiento interno establece que cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia". Evidentemente, este no es el caso del ordenamiento español. Por tanto, el principio de equivalencia no obliga a España a revisar las sentencias firmes en base a la nueva doctrina del TJUE.

Así pues, coincido plenamente con este golpe de timón que le ha recordado al Tribunal Supremo que no es posible limitar la protección que dispensa el Derecho a la Unión a los consumidores. Ya que su eficacia exige una aplicación completa y uniforme en toda la UE, sin que los tribunales nacionales puedan moderar las consecuencias que supone la declaración de abusividad de una cláusula predispuesta. Pero, al mismo tiempo, estos pronunciamientos son respetuosos con la seguridad jurídica, habida cuenta que han mantenido los efectos de la cosa juzgada. De lo contrario, no sería conforme a este pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico que los pronunciamientos judiciales fuesen revisados cada vez que se produce un cambio jurisprudencial.

VII. ASPECTOS PROCESALES CONTROVERTIDOS SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO

I. La acción de restitución de los intereses indebidamente cobrados

Una vez ya hemos tratado cuales son los efectos que conlleva la declaración de abusividad de las cláusulas suelo por un defecto de transparencia, se impone necesariamente establecer qué régimen de ineficacia se aplica a este supuesto, en orden a la reclamación judicial de las cantidades indebidamente cobradas.

Si consideramos que las cláusulas suelo son abusivas cuando no son transparentes, como he mantenido a lo largo de la presente obra, deberemos aplicar el régimen de ineficacia que el ordenamiento jurídico español aplica a las cláusulas abusivas. En su día, la STS 9 mayo 2013 ya declaró la nulidad de pleno derecho (si bien con efectos *ex nunc*) de las cláusulas suelo impugnadas después de confirmar su abusividad, porque en virtud del art. 83 TRLGDCU "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". Hace poco, la STS 8 junio 2017 ha seguido con esta doctrina, confirmando la nulidad de las cláusulas suelo por un defecto de transparencia y, asimismo, ha diferenciado claramente el control de excusabilidad del error en la anulabilidad por vicio del consentimiento, de la valoración que se realiza en el ámbito del control de transparencia de las condiciones generales relativas al objeto principal del contrato en contratos con consumidores. De hecho, concluye que: "mientras que en la primera [evaluación de la transparencia] se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda

[enjuiciamiento por error vicio] las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error; la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento". De este modo, y siguiendo el desarrollo jurisprudencial posterior, podemos afirmar con seguridad, que el régimen aplicable a la abusividad por falta de transparencia es la nulidad de pleno derecho.

Pues bien, si la cláusula suelo no transparente es, en consecuencia, nula de pleno derecho, la declaración de nulidad, como defiende numerosa jurisprudencia, será imprescriptible¹⁴⁹ y la acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas derivada de la declaración de nulidad también lo sería. De hecho, jurisprudencialmente se ha considerado que la restitución es un efecto *ex lege*, que surge automáticamente una vez declarada la nulidad, y que ni siquiera exigiría petición de parte, el propio juez la puede acordar en el mismo fallo de la sentencia¹⁵⁰. A mi parecer, el único límite que cabría invocar a la imprescriptibilidad de la acción restitutoria sería el ejercicio de los derechos conforme al principio de buena fe, recogido en el art. 7.1 CC. Así, este límite vendría a impedir el ejercicio desleal de la acción restitutoria que tendría plasmación en la interposición de demandas completamente extemporáneas, esto es, una demanda interpuesta, por ejemplo, 30 años después de la consumación del contrato.

Sin embargo, esta postura, que vendría a estar respaldada por el clásico régimen de ineficacia del Derecho Civil español en el cual tiene especial protagonismo el binomio nulidad-anulabilidad, no es defendida por el conjunto de la doctrina. A este respecto, es de nuevo digno de destacar Carrasco Perera que en su reciente artículo "La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado"¹⁵¹, ha defendido una posición totalmente distinta.

Como se puede ver en el título de la obra, el profesor Carrasco opina que la acción de restitución no es imprescriptible. Más bien, afirma que, a diferencia de la simple declaración de nulidad, la restitución ha de estar sometida a plazo, lo contrario sería "absurdo"¹⁵². Carrasco arranca su argumentación de un hipotético supuesto de hecho, es decir, como operaría la acción de restitución en un contrato de préstamo

149 SSTS 29 abril 1997 (Tol 5114539), 14 marzo 2000 (Tol 4926918) y 23 octubre 2002 (Tol 225568).

150 SSTS 24 febrero 1992 (Tol 1661477), 6 octubre 1994 (Tol 1665472) y 24 septiembre 2008 (Tol 1378515).

151 CARRASCO PERERA, A.: "La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21°.

152 CARRASCO PERERA, A.: "La acción", cit., p. 100.

hipotecario ya finalizado que contuviese una cláusula suelo no transparente aún no reclamada.

A este respecto, para llegar a la conclusión del supuesto planteado y que ya expone en el titular de su trabajo, se apoya en dos elementos fundamentalmente. El primero de ellos sería, según pienso, una aclaración que realizó la oportuna STJUE 21 diciembre 2016 sobre los límites del principio de restitución universal, concretamente que es compatible con el Derecho de la Unión la existencia de un “plazo razonable de prescripción”. El segundo sería la existencia de otras teorías sobre la nulidad contractual diferentes a la concepción clásica que tradicionalmente ha defendido la doctrina. No debemos olvidar que, por ejemplo, “la categoría de la nulidad relativa o anulabilidad ha sido una creación doctrinal acogida por la jurisprudencia, sobre la base de la defectuosa regulación legal del Código Civil”¹⁵³. La poca claridad normativa queda patente en los artículos correlativos al 1.300 CC, que parece que se refieran solo a los contratos que pueden ser anulados, dejando una apariencia de ausencia de regulación sobre la nulidad radical del contrato (no hay un solo artículo del Código Civil que diga que la declaración de nulidad de pleno derecho es imprescriptible).

Dicho esto, por razones de claridad expositiva, voy a centrarme en explicar cuál es la propuesta de Carrasco sobre el régimen de ineficacia que les corresponde a las cláusulas suelo. Después, retomaré el primer elemento en mis conclusiones sobre esta concreta cuestión.

El profesor Carrasco para apuntalar su postura trae a colación los postulados de Pasquau, Delgado y Parra sobre la teoría de las nulidades. En relación con el primero, señala que “la nulidad es el predicado común, la sanción a toda suerte de ineficacia original”¹⁵⁴. Mientras que de los segundos, pone en valor dos ideas a las que da suma importancia, que tanto los contratos nulos como anulables son ineficaces “ab initio” y que hemos de diferenciar el régimen que le sería aplicable a la declaración de nulidad (la cual sería imprescriptible), del régimen que le correspondería a la acción de restitución (su ejercicio estaría sometido a plazo).¹⁵⁵ Es decir, Carrasco entiende que mientras el ejercicio de la acción declarativa no tendría una limitación temporal (solamente precisaría de un interés en el actor), la acción de restitución sí (la cual entraría en juego cuando quien la ejercita ha realizado algún tipo de prestación en el contrato). Además, añade a su argumentación la llamada “concepción funcional de las nulidades”, que ya tiene cabida en el art. 1.179 del Código Civil francés, según la cual “la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la

153 DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil: Volumen II (Tomo I): El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2012, p. 93.

154 CARRASCO PERERA, A.: “La acción”, cit., p. 96.

155 *Ibid.*, p. 97.

salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado.”¹⁵⁶

En definitiva, lo que plantea es que el Código Civil no distingue entre anulabilidad y nulidad, por lo que las categorías no son inamovibles y el aparente sistema cerrado de anulabilidad que hay en el art. 1301 CC, en realidad, tiene carácter expansivo. Por ejemplo, apunta que resulta evidente que no es un sistema de *numerus clausus* cuando el legislador ha extendido la anulabilidad al defecto de forma que aparece en el art. 100 TRLGDCU. Al final, considera que el legislador puede establecer el régimen que le corresponda a cada supuesto en función de si el interés que se protege es privado o público¹⁵⁷.

Llegados a este punto, Carrasco señala que la abundante jurisprudencia relativa a las cláusulas suelo ha considerado mayoritariamente, que la razón por la cual no se ha llegado al estándar de transparencia en muchos préstamos hipotecarios ha sido el déficit de información. Son muchas las sentencias que vinculan el control de transparencia con la información que le es exigible a la entidad bancaria. Asimismo, como he tenido la ocasión de remarcar en el presente trabajo, más recientemente se ha entendido que el control de transparencia no es un parámetro meramente abstracto, sino un sistema que permita comprobar si el consumidor, atendidas las circunstancias del caso concreto, ha tenido la oportunidad real de conocer la carga económica y jurídica que implica la cláusula suelo. Por tanto, con una visión ciertamente perspicaz Carrasco pone de relieve que, “si la patología contractual es del tipo informacional que afecta a la prestación cabal del consentimiento, se trata entonces de una patología perteneciente a la clase de la anulabilidad”¹⁵⁸. Es decir, en los casos en los cuales solo se tutelen intereses privados y no haya, en consecuencia, una transgresión del ordenamiento por contenido prohibido u orden público, se puede extender analógicamente el régimen de nulidad relativa del contrato, que se caracteriza por el plazo, la legitimación más limitada, la posibilidad de confirmar el contrato, etc.

Por último, cierra el artículo estableciendo cuál sería el *dies a quo* para la acción de restitución de cuatro años, si admitimos que la sanción que le corresponde a las cláusulas suelo es la nulidad relativa. Así, valiéndose de lo que indica la ley (art. 1.301 CC) y lo que ha venido sentando la jurisprudencia, concluye que la acción para reclamar las cantidades indebidamente cobradas comenzará a correr desde el momento de la consumación del contrato. Para el caso de los préstamos hipotecarios, cuando la relación jurídica haya terminado por cualquier causa¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 97.

¹⁵⁷ CARRASCO PERERA, A.: “La acción”, cit., p. 97.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 95.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 105.

Desde mi punto de vista, a pesar de que la propuesta de Carrasco es ciertamente interesante y nos hace preguntarnos si sería más conveniente acoger otra concepción sobre la nulidad en nuestro Derecho Civil, opino que la interpretación que realiza sobre el sistema de nulidades aplicado a las cláusulas suelo choca con el Derecho de la Unión.

Me explico. Si retomamos el primer elemento sobre el que apoya su postura, esto es, que resulta compatible con el Derecho de la Unión la existencia de un plazo razonable de prescripción, ello no quiere decir que necesariamente deba ser así. La ya lejana STJUE 3 junio 2010 apuntó que era compatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que permitiese el control de abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Sin embargo, ello no significaba que se permitiese con carácter general, en toda la Unión, que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato pudiesen ser declaradas abusivas. Sencillamente, lo que quería decir era que la Directiva 93/13/CEE es una directiva de mínimos y, por consiguiente, dejaba abierta la puerta a que los Estados Miembros ampliasen la protección que la norma dispensaba a los consumidores. Repito, solo ampliar la protección de la que gozan los consumidores en la Unión Europea.

Además, si tenemos presente los principios de efectividad del Derecho de la Unión y no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas, que han sido entonados recientemente por la jurisprudencia del TJUE¹⁶⁰, la cuestión queda más clara. No parece razonable que, si existe "la obligación [de los Estados miembros] de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores" y "la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula", el método más adecuado para ese fin sea la nulidad relativa de las cláusulas suelo (que no sé si también con ello plantea la posibilidad de que la cláusula suelo pueda llegar a ser confirmada por el propio consumidor). Del mismo modo, tampoco parece que tenga mucho sentido que, por una defensa a ultranza de la seguridad jurídica, un consumidor no pueda solicitar la restitución de las cantidades indebidamente cobradas tras cuatro años desde la finalización del préstamo, cuando la cláusula suelo ha sido declarada abusiva y, por tanto, nula de pleno derecho por innumerables sentencias.

Para qué deberíamos modificar el régimen de ineficacia que se aplica a las cláusulas suelo y replantearnos los cimientos de la nulidad contractual, si con ello solo conseguiríamos poner en una situación más desfavorable al consumidor. Todo lo contrario, sí que parece razonable aplicar la máxima sanción posible en derecho contractual a las cláusulas suelo, si con ello se consigue disuadir a las entidades bancarias

160 V. gr. STJUE 21 diciembre 2016, o también la más reciente STS 4 julio 2017 (Tol 6201972).

de que sigan incluyendo cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Más aun, cuando la jurisprudencia del Supremo ha avalado reiteradamente el carácter abusivo de las cláusulas suelo si en ellas concurre un defecto de transparencia. De hecho, en la reciente STS 16 octubre 2017¹⁶¹ se ha puesto de manifiesto que la consecuencia de la falta de transparencia en las cláusulas suelo es la nulidad, sin que sea posible la convalidación de la cláusula suelo. A mayor abundamiento, desvincula totalmente el supuesto de anulabilidad por error vicio, de la nulidad por abusividad tras no haber superado el control de transparencia, ya que, entre otros motivos, "no es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea".

Por este motivo, considero que la postura que defiende Carrasco sobre la aplicación del régimen de nulidad relativa a las cláusulas suelo no es posible, ya que viene a limitar la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

2. Cláusulas suelo y costas procesales

La importancia de los principios de efectividad del Derecho de la Unión y no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas siguen cobrando cada vez más protagonismo en el ámbito de las cláusulas suelo. A este respecto, solo hay que poner sobre la mesa la muy ilustrativa STS 4 julio 2017, que desde mi punto de vista, ha confirmado la importancia decisiva que tienen estos dos principios para la resolución de los diferentes conflictos que pueden surgir en relación con las cláusulas abusivas.

Esta sentencia plenaria del Supremo aparece como respuesta a la situación que se había creado tras la STJUE 21 diciembre 2016, en lo referente a las costas procesales de las instancias. Habida cuenta que el cambio que provocó dicha sentencia en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, implicaba irremediabilmente casar las sentencias de las audiencias provinciales (sobre las que, lógicamente, se hubiese interpuesto recurso de casación) que, en su día, acogieron la doctrina del Alto Tribunal sobre la limitación de efectos. Y eso, necesariamente, exige un nuevo pronunciamiento sobre las costas.

Pues bien, en la STS 4 julio 2017 el Tribunal Supremo adopta un criterio uniforme sobre a quién le corresponde el pago de las instancias siguiendo el principio general de vencimiento objetivo, en relación con el principio de no vinculación del

161 STS 16 octubre 2017 (Roj: 3721/2017).

consumidor a las cláusulas abusivas y el principio de efectividad del Derecho de la Unión.

Si bien es cierto, que el propio Tribunal Supremo reconoce que “la tesis del banco no carece de fundamento”, cuando este último apunta que a lo largo del proceso habían existido serias dudas de derecho. Asimismo, destaca que la Audiencia había cumplido con la jurisprudencia del Supremo y mediante el Acuerdo de 27 de enero de 2017 se había establecido que “el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas”. Finalmente, la Sala decide hacer prevalecer la protección al consumidor frente a la seguridad jurídica por los siguientes motivos:

“1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor:

2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.”

A mayor abundamiento, añade un cuarto punto en su argumentación el cual también pone de relieve la constante oposición del banco a las pretensiones de la otra parte, incluso cuando ya era claro que el consumidor llevaba razón por el cambio de doctrina jurisprudencial.

Por tanto, el Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida e impone las costas de segunda instancia al banco recurrido. Se mantienen las costas

de primera instancia por confirmación de la sentencia de primera instancia y no se condena a las costas de casación en virtud del art. 398.2 LEC.

No obstante, no todos los magistrados de la Sala estaban de acuerdo en hacer prevalecer de forma tan marcada la protección al consumidor frente a otro principio muy trascendental de nuestro ordenamiento jurídico como es la seguridad jurídica. De esta forma, tres magistrados discrepantes con la opinión mayoritaria han firmado el único voto particular de la sentencia apuntando que “la propia sentencia Gutiérrez Naranjo reconoce la prevalencia a la seguridad jurídica, al advertir que la protección del consumidor no es absoluta, tiene ciertos límites, entre los que resalta la cosa juzgada”, por lo que no es óbice para el cumplimiento del principio de efectividad del Derecho de la Unión que los consumidores tengan que soportar sus propios gastos judiciales.

Igualmente, manifiestan la necesidad de que las resoluciones judiciales sean predecibles, “de ahí la necesidad de unificar doctrina”. Así que, para nada se puede criticar el comportamiento de la Audiencia y el recurso de apelación interpuesto por el banco que confiaron en la doctrina del Tribunal Supremo y en ese sentido acomodó su resolución el Tribunal de segunda instancia. Así, entienden que en este supuesto cobra significado la excepción prevista para el vencimiento objetivo en el caso que existan serias dudas de derecho, dado que cuando el banco contestó la demanda, como cuando interpuso el recurso de apelación aún no se había dictado la STS 25 marzo 2015 que vino a clarificar la cuestión. Además, es relevante que la jurisprudencia que ha modificado el criterio de la Sala se pueda calificar de sobrevenida.

Por consiguiente, opinan que no habría ningún impedimento para que entrase en juego la excepción al vencimiento objetivo, por concurrir serias dudas de derecho. Simplemente, para no imponer las costas a los bancos se exigiría una motivación más rigurosa al juez por afectar a la tutela de los consumidores.

VIII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES

I. La Administración puede sancionar el uso de cláusulas abusivas sin sentencia previa.

Para terminar, quisiera poner en valor que la importancia que han alcanzado las cláusulas abusivas en los últimos años es de tal magnitud, que incluso han trascendido de la esfera civil afectando al ámbito administrativo. El propio TRLGDCU en su Título IV habilita a la Administración para que sancione todas aquellas infracciones tipificadas en materia de defensa de consumidores y usuarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan ocurrir (art. 46.1), entre ellas “la introducción de cláusulas abusivas en los contratos” (art. 49.1.i)).

A este respecto, cabe destacar la STS (Sala 3ª) 16 septiembre 2017¹⁶² que ha declarado que los bancos pueden ser sancionados por la utilización de cláusulas abusivas sin que sea preciso una “declaración judicial en el orden civil” sobre su carácter abusivo.

Dicha sentencia tiene lugar tras la interposición de un recurso en interés de la Ley por la Junta de Andalucía contra una sentencia del TSJ de Andalucía, que había anulado cuatro multas impuestas por la Secretaría General de Consumo andaluza a Unicaja por cláusulas abusivas. Con dicho recurso, a diferencia de uno de casación, se pretendía impedir que la doctrina emanada del TSJ se consolidara causando un perjuicio gravemente dañoso para el interés general, por la errónea interpretación que realizaba no solo de la Ley andaluza 13/2003 de Defensa de los Consumidores, sino también del Texto Refundido de la Ley General Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El Supremo entiende que si seguimos los argumentos del TSJ se “desapodera a la Administración de la potestad sancionadora en la materia de consumidores y usuarios, concretamente en una actividad tan sensible como la introducción de cláusulas abusivas. Dicho de otro modo, cuando la sentencia remite, para la fijación del carácter abusivo de las cláusulas, a una previa declaración de la jurisdicción civil, se está bloqueando la aplicación del catálogo de infracciones que describe el Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, además de la Ley andaluza citada”.

Por tanto, dice el Tribunal Supremo que no podemos imponer la necesidad de una prejudicialidad civil para permitir a la Administración sancionar en materia de cláusulas abusivas, cuando el propio Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios habilita y es título bastante para ello. De hecho, la propia norma recoge el concepto de cláusula suelo y los distintos ilícitos en los cuales se puede incurrir, sin que en ningún momento exija un previo pronunciamiento judicial. No obstante, ello no impide que la eventual sanción que se imponga pueda ser recurrida en vía contencioso-administrativa.

De esta forma, el Alto Tribunal fija como doctrina, sin perjuicio del respeto a la situación jurídica particular derivada del fallo de la sentencia recurrida, que: “La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los artículos 82 y 85 a 90, sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil”.

162 STS (Sala 3ª) 16 septiembre 2017 (Roj: 3731/2017).

IX. CONCLUSIONES

Llegados a este punto podemos dar por concluido el trabajo, una vez hemos revisado, a mi parecer, de forma satisfactoria las cuestiones más destacables y controvertidas relativas a las cláusulas suelo.

Para empezar, creo que se ha delimitado de forma correcta qué podemos entender por control de transparencia. A saber, como un parámetro fiscalizador que recae sobre la cláusula predispuesta relativa al objeto principal del contrato y nos permite comprobar si el predisponente ha informado de forma correcta y suficiente al adherente consumidor, con el objeto de garantizar una comprensión real. La cual va más allá de la mera comprensión gramatical y legibilidad de la cláusula predispuesta, y supone que de la propia configuración de la reglamentación contractual, así como de la información precontractual, los tratos preliminares proporcionados por el predisponente o incluso otros medios, el consumidor sea capaz de conocer en base a criterios sencillos cuáles son las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan a su cargo. En definitiva, tener un cabal conocimiento de todo aquello que implica el contrato, para poder tomar la decisión que sea más acorde a sus intereses.

Igualmente, se ha señalado con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia que el control de transparencia se encontraría residenciado en la norma amplia que es el art. 82 TRLGDCU, dando lugar a un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia en la medida que se cumplan sus dos presupuestos básicos: la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. No obstante, la abusividad de la cláusula suelo no derivaría de un desequilibrio objetivo consistente en su carácter desproporcionado, sino de un desequilibrio de tipo subjetivo en la medida que de forma subrepticia se altera el acuerdo económico que creía haber alcanzado el consumidor, por ser la oferta de las mismas “engañosa”. El presunto préstamo a interés variable se transforma a la postre en un préstamo a interés mínimo fijo. La transgresión de la buena fe radicaría en el mismo déficit de información en que incurre el predisponente, no comportándose de forma leal con el consumidor. En ese sentido, veríamos cumplida la tesis, que postulo junto con parte de la doctrina, sobre que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 no bloquea *in totum* el control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En realidad, de su tenor literal podemos extraer que en aquellos casos en los cuales tales cláusulas no cumplan con el estándar de transparencia exigible, se impondría un juicio sobre la abusividad de las mismas.

También, a lo largo del trabajo se han puesto de relieve las controversias que ha suscitado el control de transparencia en las cláusulas suelo, de las cuales sobre todo destacaría, la falta de seguridad jurídica, el juicio abstracto llevado a cabo por la STS 9 mayo 2013 y la limitación temporal de los efectos de la declaración de

nulidad en las cláusulas suelo. Sin embargo, como se ha manifestado en el trabajo, algunos de esos problemas como el juicio abstracto que implicó la estimación de la acción colectiva interpuesta por Ausbanc y los efectos *ex nunc* instaurados por la STS 9 mayo 2013, han sido recientemente solventados por la jurisprudencia gracias a la reciente STJUE 21 diciembre 2016 y a la también novedosa STS 9 marzo 2017. De todos modos, aún mantiene consistencia la crítica relativa a su inseguridad jurídica, habida cuenta que hemos de tener siempre presente que los parámetros establecidos por la STS 9 mayo 2013 no son exhaustivos, ni exclusivos. Por lo que, si bien, hemos aplaudido que la STS 9 marzo 2017 ha puesto sobre la mesa que en las acciones individuales se han de examinar las circunstancias del caso concreto para valorar si se ha cumplido con la exigencia de transparencia, eso posiblemente aún genera más inseguridad jurídica, ya que resulta más difícil establecer con certeza que requisitos ha de cumplir la oferta de la entidad crediticia para superar el estándar de transparencia. Todo esto me lleva a concluir que lo más recomendable sería legislar definitivamente el control de transparencia, con el objeto de fijar con total seguridad cuál es su delimitación, cuáles son las obligaciones de transparencia materiales que deben asumir las entidades financieras y que consecuencias llevaría aparejada su contravención.

Por último, quiero decir que lamentablemente por la complejidad del tema y las propias limitaciones de extensión que conlleva la publicación en una revista, algunas cuestiones se han quedado en el tintero y serían dignas de analizar en una posterior publicación. Por ejemplo, me gustaría haber reflexionado sobre la extensión del control de transparencia a los pequeños empresarios¹⁶³, a pesar de lo fijado por la STS 3 junio 2016¹⁶⁴ en relación a una persona que celebra un préstamo para adquirir un local donde instalar una farmacia. Me pregunto qué diferencia hay entre un farmacéutico o un mecánico cuando contrata un préstamo para su farmacia o taller; y luego cuando lo celebra para la adquisición de su vivienda habitual. Resulta un tanto absurdo que en el primer caso no se encuentre protegido por la legislación de consumo al actuar dentro de su profesión, y en el segundo sí. Cuando en ambos supuestos la persona es la misma, tiene los mismos conocimientos y la idéntica situación de inferioridad en el momento en que contrata con una gran compañía bancaria.

163 PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios", *Indret*, 2016, núm. 4º; reflexiona sobre otros métodos de protección como puede ser el art. 1258 CC. Sobre este tema, también resulta ilustrativo CARRASCO PERERA, A.: "De nuevo sobre el "control de transparencia" y el "control de contenido" en contratos celebrados entre no consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º.

164 STS 3 junio 2016 (Tol 5745035), según la cual el control de transparencia no se extiende a quien no tenga la condición de consumidor.

X. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A.: “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: “Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5º.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 6º.

-“Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, Tomo LV.

CARRASCO PERERA, A.: “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º.

-“De nuevo sobre el “control de transparencia” y el “control de contenido” en contratos celebrados entre no consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º.

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 7º.

CASADO NAVARRO, A.: “El control de transparencia como “llave” del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, *LA LEY mercantil*, 2015, núm. 11º.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)”, *Revista boliviana de derecho*, 2014, núm. 18º.

DE TORRES PEREA, J. M.: "Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación", *Revista Jurídica Valenciana*, 2014, núm. 2°.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil: Volumen II (Tomo I): El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2012, p. 93.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L.: *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, col. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

MAGRO SERVET, V.: "Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas", *Diario La Ley*, 2017, núm. 8901°.

MARTÍN FABA, J. M.: "Dos hitos en materia de cláusula suelo: La falta de transparencia comporta su abusividad, y que el banco deba satisfacer los intereses legales desde que se hicieron cada uno de los pagos indebidos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 22°.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Comentario a la Disp. Adic. Primera. Tres de la LCG" en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Menéndez, Díez-Picazo y Alfaro) Civitas, Madrid, 2002.

- "Comentario al art. 82 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Dir. Cámara Lapuente, S.), Colex, Madrid, 2011.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, col. Derecho del Consumo, Reus, Madrid, 2012.

ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C. Y GUILLÉN CATALÁN, R.: *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la Ley*, 2013, núm. 8112°.

- "Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la "irretroactividad" de las cláusulas suelo", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8547°.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004.

-“Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 2013, núm. 3º.

-“Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *Indret*, 2016, núm. 4º.

- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Diario La Ley*, 2013, núm. 8112º.

-“El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8491º.