



M.^a NATALIA MATO PACÍN
Profesora Ayudante – Universidad Carlos III de Madrid

EL CONTRATO DE SERVICIOS BANCARIOS: LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO *

SOMMARIO: 1. El punto de partida. – 2. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. – 2.1 Sobre la naturaleza de las cláusulas suelo. – 2.2 Sobre el control de transparencia al que están sometidas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. – 2.2.1 No es suficiente superar el control de incorporación ni cumplir con la normativa sectorial bancaria. – 2.2.2 ¿Criterios para superar el control de transparencia reforzado? – 2.2.3 Estructura y naturaleza del control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. – 2.3 Sobre las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo. – 2.4 Sobre el enjuiciamiento de la transparencia de las cláusulas suelo y de los efectos de su nulidad a través de una acción colectiva de cesación. – 3. El control de las cláusulas suelo en contratos entre empresarios. 4. Recapitulación: una cláusula y un sinfín de incógnitas.

1. – La contratación de consumo en el sector bancario se caracteriza por formalizarse esencialmente mediante condiciones generales predispuestas por la entidad prestamista. Por otro lado, en este tipo de contratos existe una desventaja informativa incuestionable para el cliente, que debe manejar un sinfín de términos y conceptos de difícil acceso y entendimiento. Teniendo esto en cuenta, no es de extrañar que en este tipo de contratos, entre ellos, el de préstamo, puedan producirse abusos por parte de la entidad financiera prestamista. Entre las cláusulas en contratos de préstamo que más problemas de abusividad han planteado en los últimos años en los tribunales españoles podemos identificar las cláusulas de vencimiento anticipado, las cláusulas de intereses moratorios o las denominadas “cláusulas suelo”. A estas últimas dedicaremos estas líneas, con el propósito de dibujar de forma sucinta su *iter* jurídico y cómo han influido en él algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Efectivamente, sin duda unos de los temas de mayor relevancia jurídica en los últimos años en el Derecho de consumo en España ha sido el de las cláusulas suelo. La inserción de este tipo de cláusulas en multitud de contratos de préstamo hipotecario ha generado diversos debates jurídicos que han ido dando lugar, a su vez, a sucesivos pronunciamientos de los tribunales nacionales, corregidos en más de una ocasión por las instancias europeas.

En primer lugar, sería conveniente delimitar a qué nos referimos con “cláusulas suelo”. La controversia se ha planteado principalmente en los préstamos hipotecarios de consumo con tipo de interés variable, en los que las partes asumen el riesgo de la variación del índice de referencia adoptado a lo largo de la vida del préstamo. Lo más habitual es fijar el interés a pagar en fun-

JUS CIVILE



ción del EURIBOR¹, como índice de referencia, al que sumarle un diferencial fijo (ej. EURIBOR + 1 o EURIBOR + 1.25). Para limitar los efectos de estas posibles oscilaciones de interés, pueden incluirse limitaciones o topes máximos (“cláusulas techo”) y/o mínimos (“cláusulas suelo”). De este modo, en este último supuesto, cuando el interés a pagar desciende por debajo del tope inferior (el suelo), las cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario (consumidor), que siempre va a pagar ese mínimo (por ejemplo, 2.5%).

Alrededor del año 2008 los tipos de interés comenzaron a bajar en la eurozona, lo que dio lugar a que entrara en juego en la práctica este límite inferior que representan las cláusulas suelo y, como consecuencia, que los prestatarios no vieran proporcionalmente rebajada la cuota a pagar por el préstamo. Así las cosas, se produjeron multitud de reclamaciones de los clientes y asociaciones de consumidores solicitando la ineficacia de dicha cláusula, que había sido impuesta por las entidades de crédito, alegando su desconocimiento y abusividad.

2.– La primera sentencia relevante en la materia es la sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante), Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013, cuyo origen está en una demanda de una asociación de usuarios de servicios bancarios en ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales contra tres entidades de crédito. La demandante solicitaba que se declarara la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de los contratos que establecían un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, es decir, cláusulas suelo. En el fallo, entre otros pronunciamientos, considera el órgano jurisdiccional que estas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario son elementos esenciales del contrato que pueden ser declaradas nulas si no superan lo que se denomina un control de transparencia reforzado.

En su razonamiento jurídico conociendo del caso, el Tribunal Supremo realiza una serie de pronunciamientos, que a continuación enunciaremos y que nos darán la pauta, en algunos casos, para exponer las cuestiones más debatibles –y debatidas– en torno a las cláusulas suelo y su régimen jurídico de control.

2.1.– En primer lugar, el Tribunal Supremo parte de la idea de que *las cláusulas suelo son lícitas en sí mismas* pues corresponde al prestamista (entidad financiera) fijar el interés al que presta el dinero y diseñar su oferta comercial. La delimitación de cuándo una cláusula suelo –*a priori* válida– puede ser declarada nula es lo que ocupa el razonamiento del órgano jurisdiccional.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2013-44620-P .

¹ Según definición del Banco de España de este tipo de referencia oficial: “*Es la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación*” (http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_referencia/). Es decir, el tipo de interés al que las principales entidades financieras se prestan dinero entre sí en el mercado interbancario.



Por otro lado, concluye que *las cláusulas suelo describen y definen el objeto principal del contrato*: las cláusulas suelo están íntimamente vinculadas con el precio que debe pagar el prestatario y son un elemento determinante a la hora de tomar la decisión de contratar o no contratar. Adelantamos que esta tipificación tiene una gran trascendencia pues, como veremos, los elementos esenciales del contrato² no están sujetos exactamente al control de contenido o control de abusividad que sí se prevé para las cláusulas no negociadas accesorias, sino a un control que el Tribunal Supremo ha venido a calificar como “doble control de transparencia”.

Aunque este aspecto no está en el centro de la discusión en la actualidad, no faltaron opiniones que cuestionaron en un inicio la naturaleza de objeto principal del contrato de las cláusulas suelo. Destacamos a CÁMARA³ quien, defendiendo una interpretación restrictiva del concepto, entendió que la cláusula suelo no cae necesariamente en la noción de objeto principal ya que, de hecho, el contrato de préstamo podría sobrevivir si ésta se suprimiera, devengándose simplemente el interés variable que correspondiera en cada momento sin ningún límite. Ciertamente, el TJUE ha abogado por una interpretación estricta de lo que puede ser considerado “elemento esencial” a los efectos de esta normativa de consumo, dado que se trata de una excepción al control de contenido. Así, entre otras, la STJUE de 30 de abril de 2014 (Caso *Kásler*), al hilo de una cláusula de redondeo al alza del tipo de interés, señaló que la categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar por ser elementos esenciales tiene un alcance reducido y solo abarca la estricta adecuación entre el precio o retribución y los servicios o bienes (excluyendo en su fallo a las cláusulas de redondeo de esta categoría). Sin embargo, consideramos que, aunque ambas cláusulas están “referidas” al tipo de interés⁴, la cláusula suelo está más íntimamente relacionada con el precio del contrato que –siguiendo el ejemplo del TJUE– una cláusula de redondeo, porque la primera forma parte propiamente del tipo de interés. Sin ese mínimo que supone una garantía de rentabilidad para la entidad de crédito, posiblemente ésta no hubiera ofrecido al consumidor ese diferencial concreto sino otro más elevado (sin poder hacer extensivo este razonamiento, pensamos, para el caso de una cláusula de redondeo al alza). Y, como contrapartida y dada la relevancia económica que tiene para el consumidor la existencia o no de un suelo que le impida beneficiarse de las bajadas de los tipos de referencia, es razonable pensar que sería un elemento a tener en cuenta por su parte a la hora de tomar la decisión de contratar o no contratar ese préstamo con esas condiciones concretas⁵.

² Señala el Tribunal Supremo que la Directiva 93/13/CEE no habla propiamente de “elementos esenciales” del tipo de contrato en abstracto (de hecho, para empezar, el precio –interés– no es esencial en el préstamo) sino de cláusulas que describan o definan el objeto principal del contrato y no afecten meramente al “*método de cálculo*” o se refieran a las “*modalidades de modificación del precio*”.

³ S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 26 de marzo de 2015, 624 ss.

⁴ De hecho, el propio TRLC incluye en la lista de cláusulas potencialmente abusivas algunos ejemplos que afectan al precio y/o bien y, sin embargo, no son considerados por el legislador como elementos esenciales dado que se sujetan a un control de abusividad o control de contenido (ej. cláusulas que permiten variar el tipo de interés, cláusulas que determinan condiciones de pago del precio o del modo de cumplir la prestación, cláusulas de redondeo al alza...)

⁵ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Más sobre las cláusulas de “suelo”: ¿cómo saber si una cláusula forma parte de*

JUS CIVILE



Sea como fuere, parece difícil determinar unos criterios que decidan de forma clara y en todo caso qué define el objeto principal del contrato y qué, aun estando referido al precio o al bien o servicio, no cae dentro de esta categoría. El propio TJUE, en una reciente sentencia de 26 de enero de 2017 (Caso *Banco Primus*) ha catalogado como objeto principal del contrato (y, por tanto, excluida de control de contenido) una cláusula que establecía una fórmula por la que los intereses ordinarios se calculaban teniendo en cuenta un año de 360 días –en lugar de 365-. A nuestro parecer, sin embargo, se trata de una cláusula que hace referencia al precio del contrato, sí, pero no vemos tan claro que sea un elemento esencial en el sentido antes referido sino, más bien, un mero método de cálculo del mismo.

Asimismo, aclara el Tribunal Supremo que la cláusula suelo, a pesar de referirse al objeto principal del contrato, tiene la *naturaleza de condición general de la contratación*. El hecho de que sea o no condición general viene determinado solo por el proceso seguido para su inclusión en el contrato, es decir, por cumplir –como efectivamente cumple– los requisitos de preredacción, generalidad e imposición⁶. En cuanto a este último, se señala que el carácter impuesto no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas estén estandarizadas con base a cláusulas predispuestas sin posibilidad real de negociar por parte del consumidor medio.

2.2. – 2.2.1.– El hecho de que la cláusula suelo sea un elemento definitorio del objeto principal del contrato no elimina la posibilidad de que sea controlada por el órgano judicial: sobre ella no cabe, en principio, un control de su equilibrio (control de contenido o de abusividad) pero *sí está sujeta a lo que el Tribunal denomina un “doble control de transparencia” o “control de transparencia reforzado”*.

Para entender este juego de controles debemos previamente hacer una referencia breve al marco jurídico en el que nos movemos en cuanto a protección del consumidor frente a cláusulas abusivas en contratos no negociados se refiere. La principal norma vigente en esta materia en la actualidad es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLC). Esta norma vino a derogar parcialmente a la Ley de condiciones generales de la contratación (Ley 1/1998, de 13 de abril, en adelante LCGC), por la que se había transpuesto al or-

los elementos esenciales del contrato?, 23 de marzo de 2011, <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es>, a favor de considerar las cláusulas suelo elementos esenciales, resalta este último argumento de las diferentes consecuencias prácticas para el consumidor de una cláusula suelo –significativas– y de una cláusula de redondeo –escasas– y, asimismo, el funcionamiento de la competencia respecto de las cláusulas suelo –por ser un elemento esencial– como mecanismo protector del consumidor.

⁶ Según se detalla en el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en adelante LCGC), son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Acerca del concepto de “condiciones generales de la contratación”, véase, por todos, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Comentario al artículo 1*, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigido por A. Menéndez; L. Díez-Picazo, Civitas, 2002, 97 ss.

JUS CIVILE



denamiento jurídico español la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (vinculante para los Estados miembros).

Todas estas normas prevén una serie de controles especiales de los contratos no negociados con consumidores. Como sabemos, este régimen especial estaría justificado por el procedimiento de formación de este tipo de contratos, en el que una de las partes predetermina el contenido del mismo y se lo impone a la otra, que simplemente se adhiere⁷. Esta forma de contratar se aparta de la noción clásica de contrato negociado. Y no puede sujetarse a los mismos parámetros un contrato negociado, expresión de la autonomía bilateral de las partes, que un contrato cuyo contenido solo ha sido determinado por una de ellas⁸. Esta es la razón por la que el régimen jurídico de la contratación predispuesta está siempre pivotando alrededor de la idea de “control” o de “límites” para el predisponente. Límites que se materializan en estos textos normativos en dos controles, uno de incorporación y otro de contenido, así como en unas reglas especiales de interpretación⁹.

En primer lugar y mediante el control de incorporación, se pretende determinar qué cláusulas predispuestas quedan efectivamente incorporadas al contrato por haber superado los requisitos de transparencia en la redacción (los arts. 5 y 7 LCGC hablan de “*transparencia, claridad, concreción y sencillez*” y rechazan las cláusulas “*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*” mientras que el art. 80.1.a) TRLC señala la necesidad de “*concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa*”) y de cognoscibilidad (“*accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*”, si atendemos al art. 80,1,b) TRLC))¹⁰.

Si, una vez incorporadas las cláusulas predispuestas al contrato, se genera algún problema interpretativo, son de aplicación las normas hermenéuticas generales contenidas en los arts. 1281 a 1289 Código civil. Pero si no se han podido salvar estos problemas, tanto la LCGC (art. 6.1)

⁷ Como sostuvo el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 1997, en el contrato de adhesión “*se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)*”.

⁸ J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario al artículo 82*, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigido por S. Cámara Lapuente, Colex, 2011, 718; *Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, I, 2013, 234 ss.

⁹ Tanto la LCGC como el TRLC son de aplicación a los contratos de consumo aunque la primera solo sigue vigente en lo que a control de incorporación y reglas de interpretación se refiere (sin que existan en estos aspectos grandes divergencias entre ambas regulaciones). El régimen del control material de abusividad en contratos de consumo se encuentra recogido en el TRLC.

¹⁰ Acerca del control de incorporación ver F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *Comentarios al art. 80 TRLGDCU*, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigido por S. Cámara Lapuente, Colex, 2011, 696 ss.; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dirigido por M. Rebollo Puig; M. Izquierdo Carrasco, Iustel, 2011, 1349 ss. y 1400 s.; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario a los artículos 80 a 89*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2015, 1049 ss.

JUS CIVILE



como el TRLC (art. 80.2) prevén reglas de interpretación específicas para las cláusulas no negociadas (que tienen en cuenta la peculiaridad de que en este tipo de contratos no existe, al menos estrictamente hablando, una voluntad común que averiguar): la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y la regla de interpretación contra *proferentem*¹¹.

Pero el control verdaderamente relevante y pieza central de la protección a los consumidores es el control de contenido, que pretende sancionar con la nulidad aquellas cláusulas impuestas por el predisponente y que resulten desproporcionadamente perjudiciales para el consumidor¹². El art. 82 TRLC recoge el núcleo de este control material mediante una cláusula general que hace pivotar la valoración de la abusividad alrededor de dos conceptos: la buena fe y el desequilibrio significativo de derechos y obligaciones de las partes¹³. Esta cláusula general se complementa con un listado no exhaustivo de cláusulas más delimitadas, que sirve de apoyo para concretar lo abstracto de los conceptos de “buena fe” y “desequilibrio significativo de derechos y obligaciones” (arts. 85 a 90 TRLC). Las cláusulas sancionadas con la nulidad se tendrán por no puestas sin perjuicio de que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 83 TRLC, sobre el que volveremos).

¿Este régimen de control se aplica por igual a todas las cláusulas no negociadas del contrato? La respuesta es negativa. El art. 4.2 Directiva 93/13/CEE excluye del control de abusividad a las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y los bienes o servicios proporcionados como contrapartida, “*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”. El legislador español no transpuso este artículo al ordenamiento jurídico nacional por un error en la votación¹⁴, error que no ha sido tampoco corregido en sucesivas reformas. Al ser la Directiva una norma de mínimos, dejaba la puerta abierta a que los Estados miembros quisieran incorporar un nivel de control más intenso,

¹¹ Sobre las reglas de interpretación, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *La interpretación de las condiciones generales de los contratos*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 183 – 184, enero – junio 1987, 30; *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, 1991, 299 ss.; J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 1999, 460, 515 – 517.

¹² De modo extenso, acerca de la necesidad de este control, nos remitimos a J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario*, 2001, 437 ss.; *Comentario*, 2011, cit., 714 ss.

¹³ El art. 82 TRLC define a las cláusulas abusivas como “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”.

¹⁴ Ampliamente sobre esta omisión del legislador español y su interpretación, S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 26 de marzo de 2015, 557 ss.; *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, vol. 5, nº 2, 218 ss.



aplicando a los elementos esenciales del contrato los mismos criterios de control de las cláusulas abusivas. Esto planteó dudas acerca de la posibilidad de que en el sistema español hubiera un control judicial de precios. El TJUE, preguntado al respecto, señaló en su sentencia de 3 de junio de 2010 (Caso *Caja de Madrid*) que, a la vista de la no incorporación del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE a la norma española, un órgano jurisdiccional nacional podría apreciar el carácter abusivo de una cláusula que se refiriera a un elemento esencial aunque estuviera redactada de manera clara y transparente. Esta no era, sin embargo, la posición mayoritaria en la doctrina ni en la jurisprudencia españolas¹⁵ y, afortunadamente, el Tribunal Supremo puso punto y final a la controversia aclarando que, por una interpretación de la normativa española conforme a la Directiva, el art. 4.2 de la misma debía entenderse vigente también en nuestro ordenamiento jurídico y que, por tanto, a pesar del silencio legislativo, no cabía el control del equilibrio de las cláusulas que describieran y definieran el objeto principal del contrato¹⁶.

Pues bien, como decíamos, el Tribunal Supremo de forma muy clara en la sentencia que nos ocupa afirma: “*que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia*”. La cláusula suelo, por lo tanto, tendrá que superar este control de transparencia reforzado para ser declarada válida. Y se habla de un *doble* control de transparencia porque no será suficiente con cumplir con ese primer filtro formal al que se ha aludido antes, el control de incorporación o inclusión previsto para toda condición general. Recordemos que en este control uno de los requisitos era el de transparencia del clausulado, pero entendida esta transparencia desde un punto de vista formal (es decir, que la cláusula sea comprensible sin realizar un esfuerzo intelectual extraordinario, que sea sencilla, clara, concreta). En este punto, el Tribunal Supremo entiende que las cláusulas suelo del supuesto de hecho cumplirían las exigencias legales para entenderlas incorporadas al contrato pues se había procedido en su momento a la entrega al consumidor de un folleto informativo, de una oferta vinculante con las condiciones financieras, se había permitido el examen de la escritura pública por el prestatario en un momento previo al otorgamiento y se había formalizado el préstamo en escritura pública, con la consiguiente presencia del notario, que está obligado a informar y advertir a las partes¹⁷.

Pero este primer control formal es insuficiente y hay que sumarle un segundo filtro de transparencia ya que es preciso que el consumidor sea plenamente consciente de los *elementos esenciales* del contrato, precisamente porque ellos *sí que influyen en la decisión de contratar o no*

¹⁵ Acerca de los argumentos defendidos por ambas posturas, a favor y en contra de este control, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, *¿De verdad*, cit., 219 s.

¹⁶ De forma abierta lo hace en la sentencia cuyo análisis nos ocupa, la STS de 9 de mayo de 2013 pero también antes había fallado en este sentido el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de junio de 2012.

¹⁷ Todos ellos requisitos a los que igualmente obligaba la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, vigente en su momento, que regulaba el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores.

JUS CIVILE



contratar. Es decir y en palabras del Tribunal Supremo: es necesario que el consumidor “*tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*”. Que sea capaz de comprender la carga económica y jurídica de la cláusula¹⁸. Y esta comprensibilidad real no se consigue, por un lado, solo con el primer control de incorporación, que lo único que garantiza al consumidor es la mera posibilidad de conocimiento del contenido del clausulado. Tampoco es suficiente, como hemos visto, con el cumplimiento de los requisitos de información específicos que impone la normativa bancaria sectorial (en aquel momento, OM de 5 de mayo de 1994): se trata de una normativa administrativa con la que las entidades de crédito deben cumplir pero que no impide que sigan siendo aplicables a los contratos de préstamo hipotecario las disposiciones de la LCGC y el TRLC¹⁹.

2.2.2.– ¿Qué comportamiento tenían que haber observado, pues, las entidades financieras? El Tribunal Supremo aporta en la sentencia una serie de razones por las que, en el supuesto de hecho concreto, entiende que las cláusulas suelo no son transparentes. Teniendo en cuenta esto y *a sensu contrario*, se puede deducir que son criterios para entender que este tipo de cláusulas superan el control de transparencia reforzado, los siguientes: que estas cláusulas se resalten de una forma especial y proporcional a la importancia que revisten (por ser un elemento definitorio del objeto principal del contrato) y que no se enmascaren entre una abrumadora cantidad de datos; que no se inserten de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas²⁰; que se incorporen simulaciones de los distintos escenarios que pueden darse con las variaciones de los tipos de interés (en función del comportamiento previsible en el momento de contratar) y que expliquen qué supondría en ellos la inclusión de esa cláusula suelo; que se incluya información sobre un producto similar en la misma entidad pero con un tipo de interés fijo para que el consumidor pueda comparar el coste.

Preguntado el Tribunal sobre el funcionamiento de estos criterios²¹, su contestación median-

¹⁸ Por todas, la STJUE de 23 de abril de 2015 (caso *Van Hove*) condicionaba en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que “*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*” (§ 41).

¹⁹ Así lo señala, entre otras, la STS de 2 de marzo de 2011 al afirmar que la protección del consumidor no puede quedarse limitada a una Orden Ministerial.

²⁰ Es más, el hecho de que exista una cláusula techo en el contrato de préstamo (es decir, un máximo por encima del cual nunca va a subir el tipo de interés con independencia de cómo varíe el índice de referencia) hace la cláusula suelo todavía menos transparente porque genera en el consumidor una falsa sensación de reciprocidad. Es decir, hace pensar al prestatario que, como contrapeso a la cláusula suelo, está protegido frente a subidas de los tipos de interés cuando, en realidad, los máximos que los bancos solían fijar como cláusulas techo eran tal altos que, a la vista de la evolución de los tipos de interés, era prácticamente imposible que llegaran a entrar en juego y, por tanto, que supusieran una protección en la práctica para el consumidor.

²¹ Literalmente, en el fallo, el TS había declarado la nulidad de las cláusulas por: “*a) La creación de la apariencia*



te el Auto de 3 de junio de 2013 no aclaró mucho acerca del comportamiento que debía seguir una entidad de crédito para asegurarse que una cláusula suelo superara el control de transparencia reforzado, pues se limitó a señalar que “*las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas*” sin que se trate de “*una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra*” ni “*tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo*”. “*No existen*”, concluyó, “*medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado*”²².

Dentro de esta indefinición acerca de los requisitos del control de transparencia material, la doctrina ha criticado ampliamente el nivel tan exigente impuesto por el Tribunal Supremo. Se ha dicho que, según la práctica habitual en la comercialización de contratos de préstamo hipotecarios con cláusula suelo en nuestro país, será casi imposible para una entidad de crédito demostrar que consiguió informar a ese nivel al consumidor²³. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la normativa bancaria vigente en la actualidad –aun de carácter administrativo y no excluyente, como sabemos, de la aplicación de la LCGC y del TRLC– ha aumentado los requisitos protectores del cliente de servicios bancarios respecto de la OM de 5 de mayo de 1995: así, el art. 25 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, recoge obligaciones precontractuales adicionales en el caso de que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés (deben recogerse estos detalles “*en*

de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA [Banco Bilbao Vizcaya Argentaria]. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”.

²² En la misma línea argumenta el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de marzo de 2017. El órgano jurisdiccional resalta que no es necesario que en el análisis del control de transparencia se tengan que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia de 9 de mayo de 2013. 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 (FJ 2º, 7).

²³ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, en *InDret*, nº 3, 2013, 15. En sentido similar se pronuncia E. VALPUESTA GASTAMINZA (*El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, dirigido por L. M. Miranda y J. Pagador, Marcial Pons, 2017, 462). El autor señala cómo una buena parte del contrato tendría que estar destacada si se piensa en cumplir con todo lo que el Tribunal Supremo parece exigir, con la consiguiente consecuencia de que, por esta saturación, se logre el efecto contrario, es decir, que nada esté realmente destacado. Para conseguir que el consumidor esté informado, según J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo*, 14 de enero de 2017, <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es>, sería suficiente con que la cláusula estuviera claramente redactada y se incluyera en el contrato junto con y con la misma relevancia que la cláusula que determina el tipo de interés.

JUS CIVILE



un anexo a la Ficha de Información Personalizada”) mientras que el art. 6 de la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, exige para estos casos²⁴ que la escritura pública “incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita [...] por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato”.

De hecho, en la reciente STS de 9 de marzo de 2017 el propio Tribunal ha fallado a favor de entender superado el control de transparencia de una cláusula suelo valorando, entre otras circunstancias, que la cláusula estaba resaltada en negrilla o que había sido advertida por el Notario a los consumidores. Es cierto que probablemente el argumento de mayor peso es la inclusión como suelo de un tipo de interés diferente al que venía usando la entidad, lo que da pie a pensar que los prestatarios conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la cláusula²⁵. Pero también lo es que alude expresamente a estos otros dos criterios, que no habían tenido la mayor relevancia en la STS de 9 de mayo de 2013.

2.2.3. – Así las cosas y una vez hechas estas primeras apreciaciones sobre el control de transparencia al que se ven sujetas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, debemos detenernos en el análisis de la naturaleza jurídica y fundamento de este control, cuestión, adelantamos, bastante controvertida en la doctrina.

El Tribunal Supremo califica a las cláusulas suelo que no superan el control de transparencia reforzado como “abusivas” pero en realidad, no existe, normativamente hablando, una regulación jurídica completa y clara del control al que se someten las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, ni desde el punto de vista de su configuración ni en cuanto a sus consecuencias jurídicas. El único texto al que se puede recurrir es el ya citado art. 4.2 Directiva 93/13/CEE (no transpuesto al ordenamiento jurídico español). Por su interés, lo reproducimos a continuación:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Literalmente, *a sensu contrario*, parece que debe entenderse que estas cláusulas pasan un primer filtro de transparencia y claridad y, en el caso de que no lo superaran, podría entrar a va-

²⁴ En concreto, en la Ley de 2013, para los casos en los que “se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza”.

²⁵ Es más, aunque la predisposición e imposición de la cláusula nunca fue cuestionada por las partes, la sentencia que se recurre ante el Tribunal Supremo declara acreditada la existencia de una negociación entre los consumidores y la entidad financiera (lo que excluiría la aplicación del régimen de las cláusulas abusivas, solo previstas para la contratación no negociada). Aquí tendría sentido el debate acerca de la fina línea que separa el concepto de cláusula pre-dispuesta referida a los elementos esenciales transparentemente introducida y el de cláusula negociada individualmente (al respecto, ver J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *La próxima*, cit.)



lorarse la abusividad de su contenido. Parte de la doctrina, sin embargo, ha entendido que la lectura en sentido contrario no es la única posible (y no es la correcta) y, además, que hay una laguna respecto de este control pues la Directiva 93/13/CEE se limita a hacer una mención en el art. 4.2 sin desarrollar su régimen jurídico, vacío que todavía se acrecienta más al no realizar el legislador español mención alguna al respecto en la normativa nacional²⁶.

En todo caso y antes de entrar en las distintas posiciones doctrinales, debemos poner de relieve el error al que incita la parte final del art. 4.2 Directiva al referirse a una redacción clara y comprensible de las cláusulas. Entendido textualmente, parecería que la transparencia con la que deben cumplir las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato es una mera transparencia formal, equivalente a la del control de inclusión (es decir, que su redacción sea clara), cuando respecto de estos elementos no accesorios hay que procurar un verdadero conocimiento del consumidor y no una simple posibilidad de conocimiento. Por eso se ha considerado un error residenciar lo que el Tribunal Supremo ha denominado como un segundo filtro de transparencia (distinto del meramente formal de inclusión) en el art. 80.1 TRLC, tal y como hace en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (§ 210). Y es un error porque, como señalamos antes, este artículo no hace sino regular el control de incorporación: recoge también el requisito de transparencia y claridad en la redacción de las cláusulas pero desde un punto de vista meramente formal, sin añadir nada respecto de su equivalente en la LCGC. Es decir, no se puede extraer a la vez del art. 80.1 TRLC un control de transparencia cualificado para las cláusulas referidas a elementos esenciales y distinto del otro, formal, aplicable a toda cláusula, sea elemento esencial o accesorio²⁷.

¿Cuál es, pues, la naturaleza jurídica del control de transparencia al que se somete a estas cláusulas y sus consecuencias? ¿Forma parte del control de incorporación? ¿Está incluido en el de abusividad, tal y como se configura para las cláusulas que regulan elementos accesorios del contrato? ¿Se trata de un tercer control distinto a los otros dos?

Una primera postura, entre la que se encuentra doctrina autorizada²⁸, ha señalado el *control*

²⁶ Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017 (Caso *Banco Primus*), en contra de esta idea, ha venido a advertir que el examen del carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato sí está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6.1 de ésta en particular (§51).

²⁷ Así lo ha señalado mayoritariamente la doctrina. Entre otros, S. CÁMARA LAPUENTE, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, 2017, 91 s. Este autor (S. CÁMARA LAPUENTE, *La nulidad*, cit., 18) encuentra un posible fundamento normativo para este deber de transparencia de los elementos que definen el objeto principal en el art. 60 TRLC, en la medida en que recoge unas obligaciones de información al consumidor de manera previa a quedar vinculado al contrato: obligaciones de facilitar de forma clara y comprensible la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

²⁸ Como exponente de esta postura, S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias*, cit., 606 ss.; *Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia "abusiva" de las cláusulas suelo no*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2017, vol. 9, nº 1, 392. Asimismo señala E. VALPUESTA GASTAMINZA, *El control*, cit., 464 s. que una cláusula que no es clara ni comprensible ya no está incorporada al contrato. Defendiendo también esta tesis, I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *El control de transparencia de la cláusula suelo en la contratación hipotecaria es inaplicable a los empresarios/as o profesionales por no ser consu-*

JUS CIVILE



de incorporación como la ubicación más adecuada para este filtro específico de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Así, una cláusula de este tipo que no fuera transparente no superaría el control de incorporación y, por lo tanto, se tendría por no puesta en el contrato, sin que haya lugar a que se pueda declarar abusiva. Partiendo de la idea de que no se contrataría a la Directiva 93/13/CEE –pues, según esta postura, la Directiva no liga el art. 4.2 con la sanción de la abusividad-, se alega que es la solución más sencilla para alcanzar el resultado de expulsar la cláusula del contrato y la más protectora para el consumidor, pues no es preciso entrar a valorar su carácter abusivo, lo que puede resultar complejo. Además, por otra parte, esta opción permitiría proteger también en nuestro ordenamiento jurídico a los empresarios adherentes frente a cláusulas definitorias del objeto principal no transparentes: como veremos y a diferencia de lo que ocurre con el control de abusividad, que no es de aplicación a los contratos entre empresarios, todo adherente, con independencia de su naturaleza, se ve protegido por el control de incorporación.

Sin embargo, nos parece que la Directiva 93/13/CEE sí que conecta el filtro al que se deben sujetar las cláusulas definitorias del objeto principal con la noción de abusividad. Y lo hace en el propio art. 4.2, al señalar que no se apreciará respecto de ellas el carácter abusivo *siempre que* –es decir, *en todos los casos en que, con tal de que*²⁹– dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Es decir, es plausible entender que en los casos en los que esto no ocurra, sí que puede entrar en juego esta segunda valoración, precisamente porque no se ha cumplido con los requisitos de transparencia necesarios. Esto es, si el consumidor tiene un conocimiento completo de estas cláusulas, como están referidas a elementos esenciales, aquí se acabaría todo control. Representan un elemento que tiene en cuenta el consumidor al tomar su decisión de contratar y, por tanto, garantizado el consentimiento pleno respecto de ellas, es irrelevante su contenido y no es necesaria una mayor protección. Pero, por el contrario, en aquellos casos en los que no se cuenta con la garantía del consentimiento –consentimiento entendido en su acepción más plena-, tiene sentido que la protección se garantice a través de una segunda valoración.

Por lo tanto, esta otra posición en la que nos detendremos a continuación (y a la que nos adscribimos), parte del propio texto del art. 4.2 Directiva que, aunque es cierto que no contiene una regulación autónoma completa del control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, sí que parece vincularlo al ámbito del *control de abusividad* en la medida en que, faltando la transparencia exigible, se sujeta a dichas cláusulas a una segunda valoración, la del control de contenido³⁰, con todas las matizaciones que haremos en las líneas siguientes.

midores. Comentario a la STS, Pleno (Quinta), de 3 de junio de 2016, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 103, enero – abril 2017.

²⁹ Siguiendo la definición de “*siempre que*” en el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (<http://dle.rae.es/?id=XpgXJLL>)

³⁰ Entre otros, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, en *InDret*, núm. 3, 2013; *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, 2017, 75 ss.; A. CAÑIZARES LASO, *Control de incorporación y transparencia de las con-*



Una postura similar es la que ha adoptado el Tribunal Supremo, tras una cierta evolución en sus razonamientos. Efectivamente, en su primera sentencia de 9 de mayo de 2013 de forma expresa afirma el órgano jurisdiccional que “*la interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible*” (§ 207). Ya hemos visto en epígrafes anteriores cómo las cláusulas suelo enjuiciadas en esta sentencia no superaban, a juicio del Tribunal, el control de transparencia cualificado que les es exigible (la comprensibilidad real por parte del consumidor respecto de la carga económica y jurídica que juega la cláusula en el contrato). Procedería, por tanto, valorar el carácter abusivo de las cláusulas. Así las cosas, acto seguido, realiza el Tribunal una pequeña reflexión sobre los elementos a tener en cuenta para valorar ese carácter abusivo, señalando muy brevemente que las cláusulas suelo enjuiciadas supondrían un desequilibrio en el reparto de riesgos porque siempre dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad de crédito pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratar el crédito, convirtiendo un interés variable casi en fijo –dado lo previsible que era que entraran en juego, a la vista de la evolución a futuro de los tipos de interés-. Sin embargo, finalmente no hay mayor mención al respecto ni rastro del carácter abusivo de la cláusula en el fallo del Tribunal, que únicamente cita los motivos relacionados con una falta de advertencia e información respecto de las cláusulas suelo para justificar su nulidad, sin explicación alguna de la regla jurídica en la que fundamenta la nulidad de las cláusulas suelo, más allá de una falta de transparencia³¹.

En posteriores sentencias, sin embargo, el Tribunal Supremo ahonda más en la naturaleza jurídica del control de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. No lo hace en los razonamientos de la STS de 8 de septiembre de 2014, pero sí en la STS de 24 de marzo de 2015, que avanza un poco más señalando expresamente la conexión, a través del art. 4.2 Directiva, de esta transparencia con el juicio de abusividad porque “*la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la*

diciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio – septiembre 2015, 92 ss.; J. M. DE TORRES PEREA, *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*, en *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, 2014, 28 ss.

En contra, entre otros, se muestran I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 80*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2015, 1077 s. así como J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *De nuevo sobre la STJUE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte*, 13 de febrero de 2017, <http://derechomercantiles.espana.blogspot.com.es>. Este último autor señala como desaconsejable “*meter por la ventana (el control de contenido) lo que se acaba de expulsar por la puerta (control de contenido)*”. Creemos, no obstante, que algunas de las objeciones que realiza se podrían entender subsanadas con el enfoque del control de abusividad que se recogerá después en el texto principal.

³¹ Así lo ha puesto de manifiesto A. CAÑIZARES LASO, *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio – septiembre 2015, 92 s.

JUS CIVILE



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”. “Por tanto”, señala el Tribunal Supremo, “estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración 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” (FJ 3º, § 3). Es decir, el Tribunal conecta aquí la falta de transparencia con un posible desequilibrio que perjudica al consumidor³².

Por su parte, también el TJUE vincula la falta de transparencia con la abusividad. El órgano jurisdiccional europeo ha venido finalmente a clarificar la configuración del control al que están sujetas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato en su reciente sentencia de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*). No al hilo de una cláusula suelo, sino de una relativa al cálculo de intereses ordinarios de un préstamo, afirma que las cláusulas de esta naturaleza, según lo dispuesto en el art. 4.2 Directiva, 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. Y cuando esto no haya ocurrido, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”. Es decir, las cláusulas no son directamente abusivas por no transparentes sino que el órgano jurisdiccional deberá comprobar si esa falta de transparencia ha generado una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor³³.

Ahora bien, llegados a este punto, debemos realizar a nuestro juicio algunas matizaciones respecto de este juicio de abusividad al que se sujetan las cláusulas sobre elementos esenciales no transparentes. Para su valoración, la citada sentencia del TJUE remite, sin más, a los concep-

³² Y este criterio se confirma en la STS de 29 de abril de 2015 (FJ 14º, § 3).

³³ La reciente STS de 9 de marzo de 2017 recoge de forma más clara respecto de sus antecesoras esta configuración del control de transparencia como “abusividad ponderada” –es decir, la falta de transparencia da lugar a entrar a valorar la abusividad de una cláusula– y no “abusividad directa” –la falta de transparencia hace la cláusula directamente abusiva– (las expresiones son utilizadas por S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias*, cit., 562 s.). Es cierto que el Tribunal Supremo en alguna sentencia anterior podía dar la sensación de que el control que aplicaba era una equiparación automática entre abusividad y falta de transparencia *per se*, sin una ulterior valoración de los efectos de esa no transparencia. En esta última resolución, posiblemente por influencia de la doctrina del TJUE (la citada sentencia de 26 de enero de 2017), que por primera vez se pronuncia de forma abierta sobre ello, el Tribunal Supremo subraya que “el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación” (FJ 2º, 4, último párrafo).

Contrario a esta “abusividad ponderada” de las cláusulas relativas a elementos esenciales se muestra J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *De nuevo sobre la STJUE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte*, 13 de febrero de 2017, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es>.

JUS CIVILE



tos de “*desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato*” y la contrariedad “*a las exigencias de la buena fe*”, contenidos en el art. 3.1 Directiva. En nuestro Derecho nacional, es el art. 82.1 TRLC el precepto equivalente encargado de recoger esta cláusula general de abusividad (el control de contenido) y en el que tendría que encontrar el fundamento jurídico la nulidad, en su caso, de una cláusula no transparente que define el objeto principal del contrato. Pero, como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 2015, lo que se debe enjuiciar no es el equilibrio objetivo entre precio y prestación, que no es controlable por el juez³⁴. Lo que debe valorarse es si el defecto de transparencia ha provocado una alteración subrepticia del equilibrio entre el precio y la prestación, tal y como legítimamente se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato (precio, prestación) y las que regulan el contenido accesorio (ej. una cláusula penal, una limitación de responsabilidad) tienen distinta naturaleza en cuanto a su control en contratación predispuesta³⁵. En el caso de las segundas, su abusividad trae causa de un defecto intrínseco a la propia cláusula, un desequilibrio, que no se eliminaría por mucho que el predisponente lo resaltara en el contrato (ej. unos intereses moratorios desproporcionados). Por eso, respecto de ellas, a pesar de existir un control de incorporación, existe otro de control de contenido: la idea que se le transmite al consumidor es que puede contratar sin leer el clausulado –no es eficiente porque sería mayor el coste de hacerlo que las ventajas³⁶– porque la ley le protege frente a posibles contenidos abusivos (frente a posibles contenidos que sean desequilibrados). De este modo, las cláusulas predispuestas accesorias tienen eficacia en la medida en que coincidan con una distribución equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, el comportamiento del consumidor respecto de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato es diferente porque estos elementos sí que son los que influyen en su decisión de contratar o no contratar. El consumidor solo tiene en cuenta la relación entre el precio y la prestación y por eso respecto de ellos hay que procurar un pleno conocimiento. Que sepa lo que realmente está contratando para que pueda comparar y elegir entre las distintas opciones en el mercado, esto es, para que pueda funcionar la competencia. Por lo tanto, no cabe una intervención aquí en el mismo sentido que respecto de los elementos accesorios porque no se trata de valorar si existe un equilibrio o no en la relación precio-

³⁴ De hecho, la mención en el texto legal al equilibrio entre las prestaciones fue suprimido y sustituido por el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, para dejar claro que era éste y no un control de precios lo que pretendía el artículo.

³⁵ Sobre el fundamento de los distintos controles desarrollado en este párrafo, ampliamente *vide*. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones*, cit., 52 ss.; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario*, 2011, cit., 715 ss. Asimismo, A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010, 773; J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones*, 2011, cit., 1407 ss.

³⁶ Acerca del comportamiento eficiente del adherente nos remitimos al profundo análisis de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones*, cit., 70 ss.

JUS CIVILE



prestación (esto lo debería garantizar, en su caso, la existencia de competencia en el mercado) sino de valorar si el consumidor ha podido tener un conocimiento pleno de los mismos en su toma de decisión. A diferencia de los elementos accesorios, aquí el problema no es el contenido sino que si éste no es efectivamente conocido, el consumidor no puede saber qué está contratando y realizar las comparaciones oportunas.

Estas razones justifican que el enfoque en la aplicación del art. 82 TRLC sea, necesariamente, distinto en el caso del enjuiciamiento de las cláusulas respecto del objeto principal del contrato, pues distinta es su naturaleza y los problemas que plantean en la contratación predisuelta.

Pues bien, siendo cierto que el art. 82.1 TRLC se refiere a un desequilibrio *en los derechos y las obligaciones de las partes*, nos parece afortunada la argumentación que plantea PERTÍÑEZ para entender que encaja en este precepto la abusividad de una cláusula, no solo por contener una distribución asimétrica de los aspectos jurídicos del contrato, sino también por una falta de transparencia que altere la razonable percepción del consumidor sobre el precio y su relación con la prestación: al ser el art. 82 TRLC una cláusula general y, por definición, indeterminada, ofrece un marco jurídico abierto en el que el juez pueda ir subsumiendo distintos supuestos que no representen sino concreciones del concepto general de “abusividad”. En el caso concreto de las cláusulas suelo, la contrariedad a la buena fe vendría de la mano de la ausencia de advertencia especial al consumidor por parte de la entidad de crédito respecto de la importancia de la cláusula en su decisión de contratar, aprovechándose de su desconocimiento típico en este sector. En cuanto al requisito de la existencia de un desequilibrio perjudicial, entiende el autor que también tienen cabida las hipótesis de desequilibrio relativas a los intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en este caso, económicos, y que el perjuicio no es el carácter excesivo o desproporcionado de la cláusula, sino su carácter sorpresivo³⁷.

De esta manera, se descarta que el control aplicado sea un control de precios: no se está controlando si el consumidor paga un precio muy alto o muy bajo, es decir si el precio que paga es desequilibrado respecto “del que debería pagar”³⁸, sino si es desequilibrado respecto del que legítimamente podía esperar, a la vista de las circunstancias y la información recibida³⁹.

³⁷ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta*, cit., 23 s.; *La nulidad*, cit., 101 ss. (obra, esta última, en la que desarrolla en profundidad estas ideas).

³⁸ Entre otras cosas, porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control, tal y como señaló el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014.

³⁹ Nos parece interesante hacer un último apunte acerca del papel de los vicios del consentimiento como vía de control de las cláusulas suelo. Aunque *a priori* el mecanismo más adecuado para la nulidad de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores sería el creado *ad hoc* para ello, la nulidad al amparo del TRLC, no podemos olvidar la figura del error como falso conocimiento de la realidad y que conlleva la sanción de anulabilidad. Dado que estamos ante un supuesto de falta de información, sería posible encauzarlo a través de este vicio si cumpliera los requisitos correspondientes para invalidar el consentimiento (según el art. 1266 C.c., error esencial –parece que sí por referirse al objeto del contrato– y excusable). Sin embargo, el impedimento que se ha encontrado por parte de la doctrina es el relativo a las consecuencias de la anulabilidad: ésta afectaría, no solo a la cláusula suelo sino a todo el contrato con lo que sería precisa la devolución de las prestaciones, solución perjudicial y lejos de los intereses del consumidor (en este sentido, ampliamente argumentado, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*



2.3. – Pero posiblemente el tema más espinoso en relación con las cláusulas suelo y la doctrina del Tribunal Supremo ha sido el relativo a las consecuencias de la nulidad de este tipo de cláusulas, en particular, a la retroactividad o no de sus efectos.

Antes de profundizar en ésta, la cuestión principal, queremos sin embargo detenernos brevemente en otro aspecto de la nulidad en relación con las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que trae causa del epígrafe anterior. Y es que la controversia acerca de la naturaleza del control de transparencia cualificado al que se somete a este tipo de cláusulas no se ciñe a su configuración sino que también tiene consecuencias en cuanto a los efectos de la nulidad. Como vimos, la solución adoptada por el TJUE y el TS ha sido la de fundamentar, en su caso, la nulidad de este tipo de cláusulas que no sean transparentes en los arts. 3.1 Directiva 93/13/CEE y 82 TRLC, respectivamente, es decir, en su consideración como abusivas, con las matizaciones correspondientes hechas. Esto conlleva en el ordenamiento español la sujeción al régimen del art. 83 TRLC, que regula los efectos de la nulidad por abusividad. En su redacción actual y tras una reforma para corregir una supuesta transposición incorrecta de la Directiva 93/13/CEE, este precepto señala que las cláusulas abusivas “*serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*”. Para aumentar el “efecto útil” de la Directiva en cuanto a la protección a los consumidores, no se permite, como sí se hacía antes de la reforma, que el juez modere la cláusula considerada abusiva hasta un nivel en el que ésta dejara de serlo. La cláusula debe ser eliminada sin posibilidad de que sea sustituida por otra, sin posibilidad de integrar el vacío recurriendo, por ejemplo, a normas nacionales de Derecho supletorio. La razón de fondo es desincentivar a los predisponentes a incluir cláusulas desproporcionadas porque, de lo contrario, les saldría rentable introducirlas ya que, aun en el peor de los casos –que fuera declarada nula por abusiva–, la máxima penalización que sufrirían es que la cláusula tuviera el contenido jurídicamente aceptable, es decir, el que tenía que haber tenido desde el inicio⁴⁰.

dad, cit., 125 ss.). Alguna voz autorizada en la doctrina (sin reflejo en la jurisprudencia hasta el momento) ha planteado de forma reciente la posibilidad de salvar esta anulabilidad total acudiendo a la figura del dolo incidental (art. 1270 C.c.), esto es, las palabras o maquinaciones insidiosas que no inciden en la voluntad de celebrar el contrato sino en las condiciones del mismo, en la medida en que su apreciación conlleva una indemnización de daños y perjuicios (F. PANTALEÓN PRIETO, *10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato*, 12 de marzo de 2017, <http://almacenederecho.org/>)

⁴⁰ De este modo, la STJUE de 14 de junio de 2012, Caso *Banco Español de Crédito*, declaró la antigua redacción del art. 83 TRLC –que permitía al juez integrar la cláusula declarada nula por abusiva– contraria a la Directiva ya que no garantizaba una protección eficaz al consumidor: “*la mencionada facultad [de moderación] contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales*” (§69). Como consecuencia de esta sentencia, el citado artículo se modificó en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, para su correcta transposición. La cuestión se ha planteado en especial con algunas cláusulas en concreto, como las de intereses moratorios: siguiendo la actual redacción del art. 83 TRLC, el juez que declara abusiva una cláusula de intereses moratorios no podría dejar la cláusula vigente pero reformulada con un tipo de interés más bajo, sino que debería eliminar, sin más, esa cláusula (interés moratorio cero por cierto). Al respecto nos remitimos a I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 83*, cit., 1162 ss.

JUS CIVILE



En el caso que nos ocupa, la cláusula suelo, esta ineficacia implica simplemente que la limitación inferior al tipo de interés se elimina y éste irá variando a lo largo de la vida del préstamo en función del tipo de referencia, sin ningún tope. Sin embargo, la solución puede no ser tan sencilla para otras cláusulas del mismo tipo. De ahí que algunas voces en la doctrina que ya se posicionaban en contra de que el régimen jurídico de la abusividad fuera el aplicable a las cláusulas no transparentes definitivas del objeto principal del contrato, se hayan reafirmado cuestionando la adecuación de la solución que conlleva este régimen (nulidad sin posibilidad de sustitución). Destacamos a ALFARO⁴¹, quien plantea qué ocurriría en el caso de que fuera la cláusula que propiamente regula el precio de la prestación (en su ejemplo, se refiere al precio de una habitación en un contrato de hospedaje) la que fuera intransparente (siguiendo con el ejemplo, porque “a hurtadillas” fijara el precio de una forma totalmente inusual y contraviniendo las expectativas razonables del consumidor). Si, aplicando el juicio de abusividad, resultara nula de pleno derecho, señala el autor que la cláusula del precio tendría que desaparecer sin ser sustituida por ninguna otra de manera que el contrato se quedaría sin precio, mientras que la solución que sería a su juicio sensata, conforme a Derecho, sería reducir la cláusula intransparente hasta el precio habitual de una prestación semejante.

Pues bien, consideramos que un resultado similar podría alcanzarse igual aun aplicando el régimen de nulidad por abusividad del art. 82 TRLC. Y es que hay que tener en cuenta que existe una excepción a la no moderación de las cláusulas declaradas abusivas: tal y como señaló el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 (Caso *Kásler*), en aquellos casos en los que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no pueda subsistir, en perjuicio de este último, tras la supresión de una cláusula abusiva, no es contrario a Derecho que el juez nacional subsane la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional (§85)⁴².

En todo caso y volviendo al inicio del epígrafe, no podemos hacer una exposición de las cuestiones jurídicas que se han planteado al hilo de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo sin hacer mención al aspecto temporal de las consecuencias de su nulidad.

La nulidad por abusiva de una cláusula es una nulidad de pleno derecho, una nulidad con efectos *ex tunc*, como si nunca hubiera existido (*quod nullum est nullum effectum producit*). Esto conllevaría la devolución por parte de la entidad de crédito predisponente de todas las cantidades indebidamente percibidas desde la conclusión del contrato, esto es, de todas aquellas cantidades que los predisponentes han cobrado de más porque entró en juego la cláusula suelo que impidió a los consumidores beneficiarse de todas las bajadas de tipos de interés⁴³. Sin embargo,

⁴¹ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *De nuevo*, cit.

⁴² Apunta el Tribunal que si en algunos casos no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse (§83).

⁴³ La Directiva de 1993, en su art. 6, establece que las cláusulas abusivas “no vincularán” a los consumidores y



el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 limita esta retroactividad total de los efectos de la nulidad al declarar que esta regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad “*no puede ser impermeable a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica–*”. Efectivamente, el órgano jurisdiccional acude a una serie de valoraciones, entre las que destacamos:

Por una parte, lo que el Tribunal denomina la “*buena fe de los círculos interesados*”. Buena fe de las entidades de crédito que incluyeron cláusulas suelo y que se justifica, a su juicio, entre otros, por el hecho de que las cláusulas suelo son cláusulas lícitas en sí mismas, no son cláusulas inusuales, su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado y la condena a cesar en su uso se basa en la falta de transparencia, no por su oscuridad interna, sino por la insuficiencia de información.

Por otra parte, y posiblemente como argumento más relevante, el Tribunal acude al aludido principio general de seguridad jurídica y al riesgo de “*trastornos graves con trascendencia al orden público económico*” que generaría la retroactividad.

De esta forma, declara la irretroactividad de la sentencia, “*de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*” (§294). Es decir, solo cabe aplicar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo a partir de la fecha de la sentencia, sin que pueda pedirse el reembolso de cantidades indebidamente cobradas entre la conclusión del contrato y el 9 de mayo de 2013.

Esta solución ha sido, por un lado, ampliamente criticada por la doctrina española⁴⁴. Por otra parte, la tendencia de los tribunales de instancias inferiores tras el fallo no fue homogénea pues algunos Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales se resistieron a aplicar este criterio. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantuvo su postura pues en las sentencias de 25 de marzo y de 29 de abril de 2015 se reafirma en la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad⁴⁵.

hay consenso en entender que la figura que tiene mejor encaje en nuestro ordenamiento jurídico es la nulidad de pleno derecho del art. 1303 Código civil, que impone la regla de la restitución íntegra de las prestaciones (“*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 [...]*”).

⁴⁴ Entre otros muchos, véase J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Condiciones*, cit., 249 ss.; S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias*, cit., 629; E. CORDERO LOBATO, *Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, 5; A. CAÑIZARES LASO, *Control*, cit., 98. F. PERTÍÑEZ VILCHEZ (*La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013*, en *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013) señala con acierto que “[U]na cláusula es abusiva y, por lo tanto contraria a la buena fe, o no lo es, pero no puede ser sólo un poco abusiva como parece querer justificar la sentencia, de manera que en atención a esta supuesta abusividad atenuada se dulcifiquen los efectos de la declaración de abusividad”.

⁴⁵ En el caso de la sentencia de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor. Así, hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013, que conocía de una acción colectiva.

JUS CIVILE



Así las cosas y como era de esperar, la controversia llegó al TJUE a través de dos cuestiones prejudiciales que planteaban la compatibilidad de la solución adoptada por el Tribunal Supremo (esto es, que los efectos restitutorios derivados de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotrajeran a la fecha de celebración del contrato sino a una posterior) con el Derecho comunitario (recordemos que el art. 6 Directiva 93/13/CEE señala que las cláusulas abusivas “no vincularán” a los consumidores)⁴⁶. El TJUE resolvió esta cuestión en sentencia de 21 de diciembre de 2016 pero antes, el 13 de julio de 2016, se publicaron las conclusiones del Abogado General del TJUE, que tienen la función de proponer al Tribunal una solución jurídica al asunto. El Abogado General entendió que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo era compatible con el Derecho de la Unión Europea pues corresponde a cada ordenamiento jurídico interno precisar las condiciones en las que un órgano jurisdiccional puede limitar los efectos de abusividad de una cláusula. Por otro lado, entendía justificada una limitación en el tiempo tras ponderar el binomio “protección de los consumidores” con las “repercusiones macroeconómicas” de una retroactividad total.

Las conclusiones del Abogado general tienen importancia porque, aunque no son vinculantes, en la práctica y en una buena parte de los procesos, el fallo final del Tribunal acaba coincidiendo con el sentido de las mismas. No ha sido el caso de las cláusulas suelo. El 21 de diciembre de 2016 el TJUE dictó sentencia (Caso *Francisco Gutiérrez Naranjo*) y falló a favor de la retroactividad total de los efectos de la nulidad. Partiendo del carácter de norma imperativa y de orden público del art. 6 Directiva, subraya que la declaración como abusiva de una cláusula contractual debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido (esto es, que no le vinculen esas cláusulas). A juicio del Tribunal europeo, la jurisprudencia nacional española solo permitía garantizar una protección limitada a los consumidores, que resulta incompleta e insuficiente. Por tanto, concluye, la limitación temporal de los efectos no resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea (§§ 53 y ss.)⁴⁷.

Tras esta resolución del TJUE, los tribunales españoles han comenzado a aplicar la doctrina sobre la retroactividad total de las cláusulas suelo⁴⁸, siendo la sentencia de 24 de febrero de 2017 la primera del Tribunal Supremo en la que adapta su jurisprudencia a la doctrina del órgano comunitario.

⁴⁶ Cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (auto de 25 de marzo de 2015) y por la Audiencia Provincial de Alicante (auto de 15 de junio de 2015).

⁴⁷ Llama la atención, no obstante, cómo el TJUE incluye de forma reiterada la expresión “*en principio*” antes de algunas de estas afirmaciones, suponemos que dejando la puerta abierta para posibles matizaciones futuras (“[...] *procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido* [...]”; la consecuencia de la abusividad debe ser “*en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho* [...]”; esto genera “*en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes*”).

⁴⁸ Las primeras, entre otras, las Audiencias Provinciales de Sevilla (sentencia de 29 de diciembre de 2016), de Lugo (sentencia de 4 de enero de 2017) y de Pontevedra (sentencia de 11 de enero de 2017).



Ante un potencial aumento de procedimientos judiciales reclamando la devolución de lo indebidamente percibido por los bancos en aplicación de la cláusula suelo, se aprueba el 20 de enero de 2017 mediante un procedimiento de urgencia el Real Decreto-Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. En la propia Exposición de Motivos se alude a la STJUE de diciembre de 2016 como la justificación para arbitrar un cauce previo al judicial, de carácter voluntario para el consumidor y “obligatorio” para la entidad de crédito, que facilite que ambas partes puedan llegar a un acuerdo y solucionar sus diferencias mediante la restitución de las correspondientes cantidades (Considerando III). Esta norma obliga a las entidades de crédito a implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales al que pueda acudir el consumidor que así lo desee. Se fija un plazo máximo de tres meses para que ambas partes alcancen un acuerdo sobre la procedencia de la devolución y, en su caso, sobre la cuantía de la misma (art. 3). Nótese que se trata de un procedimiento que preceptivamente tiene que habilitar y atender la entidad pero que, sin embargo, no impone a la misma la devolución de cantidades en todos los casos, sino solo en aquellos en los que considere que efectivamente es pertinente, a la vista del supuesto concreto. No podía ser de otra manera, pues, a falta de acuerdo entre las partes, solo un juez tiene la facultad de poder entrar a valorar el contrato. De ahí que se trate de una vía alternativa para la solución de conflictos que no elimina, obviamente, el recurso posterior a los tribunales en el caso de que el consumidor no haya visto atendida su reclamación o no lo haya hecho en los términos que satisfacen sus intereses⁴⁹.

Por último y antes de cerrar esta sinopsis sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, nos parece pertinente dejar apuntados los problemas que este cambio de doctrina del TJUE respecto de la del TS ha abierto de cara al futuro. Y es que surgen multitud de interrogantes procesales en relación con las resoluciones anteriores con valor de cosa juzgada y que fallaron a favor de la retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo. ¿Qué ocurre con aquellos consumidores a los que les fueron devueltas las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito, pero solo hasta mayo de 2013? ¿Podrían reclamar ahora el reembolso del resto (es decir, desde la conclusión del contrato hasta mayo de 2013) teniendo en cuenta que, según la doctrina que ha sentado el TJUE, era la solución jurídicamente correcta?

Sin entrar en estas cuestiones, simplemente señalamos que la doctrina ha destacado que, mientras que los recursos frente a sentencias no firmes se verán afectados por la solución del TJUE, es complicado cambiar los efectos de sentencias que ordenaron la devolución de las cantidades indebidas solo desde el 9 de mayo de 2013 y que ya sean firmes⁵⁰. Se ha dicho que no cabe el recurso de revi-

⁴⁹ Sí que se limita la posibilidad de que las partes ejerciten entre sí acción judicial o extrajudicial alguna en relación con el objeto de la reclamación durante el tiempo en que esta se sustancia (art. 3.6).

⁵⁰ En estos casos, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 196 ss., cree necesario diferenciar entre el efecto de cosa juzgada en las sentencias resolviendo que acciones individuales y en las que han resuelto sobre acciones colectivas de cesación. En el primer caso, no podrá el consumidor interponer una nueva demanda con el mismo objeto –esto es, solicitando la devolución con fundamento en la nulidad de la cláusula suelo por abusiva– porque se daría una tri-

JUS CIVILE



sión del art. 510 LEC⁵¹ y, además, hay que tener en cuenta que el TJUE, quizá previendo los problemas prácticos que podía conllevar el sentido de su fallo, se afana en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 por dejar claro que la protección al consumidor no es absoluta y que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13/CEE (§68).

Esta misma postura, aludiendo a la importancia del principio de cosa juzgada, ha sido de hecho la mantenida por el Tribunal Supremo en su reciente Auto de 4 de abril de 2017, en el que inadmite a trámite una demanda que pretendía revisar una sentencia firme dictada por un Juzgado de Primera Instancia.

También se ha cuestionado la validez de los acuerdos a los que algunos consumidores llegaron con sus entidades de crédito renunciando al ejercicio de acciones para reclamar intereses indebidamente cobrados en el futuro a cambio de ventajas en el contrato de préstamo⁵². En el caso de ser nullos –como así lo han considerados algunas resoluciones– no serían un impedimento para reclamar judicialmente.

Por otra parte, y ante la incertidumbre de los efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 sobre las situaciones ya resueltas mediante sentencia, se ha planteado incluso en la doctrina la posibilidad de que los consumidores vean resarcidos sus intereses reclamando responsabilidad patrimonial al Estado español por una infracción por parte del Tribunal Supremo de la normativa europea. Es decir, por los daños causados a los particulares como consecuencia de una incorrecta aplicación del Derecho de la Unión Europea. Parece que esta vía no está exenta tampoco de obstáculos pues en el momento en el que el Tribunal Supremo dictó sus sentencias no existía doctrina al respecto por parte del TJUE y, por lo tanto, es complicado hablar de una infracción manifiesta que pueda acarrear responsabilidad.

En este sentido, señaló el TJUE en su sentencia de 30 de septiembre de 2003 (Caso Köbler) que para exigir responsabilidad a un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables se deben cumplir varios requisitos, entre ellos, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que la vio-

ple identidad (de partes y de objeto). Sin embargo, en el caso de la acción de cesación, recuerda cómo la STS de 25 de marzo de 2015 negó que la STS de 9 de mayo de 2103 produjera efecto de cosa juzgada negativa para todos los prestatarios que tuvieran concertados préstamos hipotecarios con la entidad condenada: el Tribunal Supremo pecó de incongruente en la sentencia de 2013 porque, a pesar de que en su fallo incluyó pronunciamientos sobre todas las cuestiones, la acción ejercitada era solo la acción de cesación sin que se le había acumulado la pretensión accesorio de devolución de las cantidades indebidamente cobradas (nos remitimos al epígrafe siguiente). De ahí que, a juicio del autor y aludiendo a la citada sentencia de marzo de 2015, no se extendieron los efectos de cosa juzgada negativa sobre esta segunda pretensión.

⁵¹ S. CÁMARA LAPUENTE, *Un examen*, cit., 394; M.J. ACHÓN BRUÑÉN, *Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no*, en *Diario La Ley*, núm. 8904, 19 de enero de 2017, 13 s.

⁵² S. CÁMARA LAPUENTE, *Un examen*, cit., 394; M.J. ACHÓN BRUÑÉN, *Efectos*, cit., 11 ss. No entiende nullos estos acuerdos con tanta facilidad y en todos los casos F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 202 ss.



lación esté suficientemente caracterizada (que se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, atendiendo al grado de claridad y precisión de la norma, el carácter intencional de la infracción y el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho) (§§ 51 y ss.) A la vista de la oscuridad existente en torno al régimen jurídico al que están sometidas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, es altamente dudoso que la actuación del Tribunal Supremo pueda subsumirse dentro de ese supuesto de hecho⁵³.

2.4.– Dos últimos aspectos a reseñar respecto de la STS de 9 de mayo de 2013, son los relativos a la correspondencia entre el pronunciamiento del Tribunal, la naturaleza del control aplicado y la acción ejercitada. ¿Tiene sentido el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la (irr)retroactividad de los efectos de la nulidad a la vista de la acción ejercitada? Y, por otra parte, ¿cabe enjuiciar la falta de transparencia de las cláusulas suelo a través de una acción colectiva?

Como señalábamos al inicio, la STS de 9 de mayo de 2013 trae causa de una acción colectiva de cesación planteada contra tres entidades financieras por una asociación de consumidores. El Tribunal, en el fallo, declara nulas las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos por las entidades demandadas y las condena a eliminar aquellas cláusulas con el mismo tenor de sus contratos y a cesar en su utilización. Ningún problema hasta aquí pues a través de la acción de cesación se pretende, precisamente, la condena al demandado y la prohibición de una determinada conducta.

Sin embargo, y centrándonos en la primera cuestión, el Tribunal Supremo en su razonamiento también se pronuncia sobre los efectos de la nulidad, en su caso, de las cláusulas sujetas al control de transparencia⁵⁴. Como sabemos, inesperadamente se declara la no retroactividad total de la nulidad, de tal modo que los consumidores afectados solo podrán reembolsarse las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras a partir de la fecha de sentencia. Pero, como ha señalado la doctrina,⁵⁵ este pronunciamiento sobre la restitución fue incongruente en la medida en que la acción ejercitada era solo la de cesación, sin que se le hubiera acumulado una acción restitutoria con carácter accesorio. Efectivamente, la acción de cesación por sí sola no da derecho a la restitución de cantidades con lo que el pronunciamiento en este sentido era innecesario⁵⁶.

⁵³ S. CÁMARA LAPUENTE, *Un examen*, cit., 394 s.; M.J. ACHÓN BRUÑÉN, *Efectos*, cit., 7 ss.

⁵⁴ Lo cierto es que el Ministerio Fiscal le solicita que precise el elemento temporal de la sentencia. En este sentido, el Ministerio Fiscal realiza una sorprendente –y no muy imparcial– afirmación señalando que “*Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas*”, añadiendo que “*no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso*”.

⁵⁵ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 201; A. CAÑIZARES LASO, *Control*, cit., 96 s.; J. M. DE TORRES PEREA, *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*, en *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, 2014, 32 ss.

⁵⁶ Regulan los efectos de la acción de cesación y la posibilidad de acumular otras acciones, entre ellas, la de “restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes”, el art. 53 TRLC (así como el art. 12.2 LCGC).

JUS CIVILE



También ha recibido críticas la declaración de no transparencia de las cláusulas suelo a través de un procedimiento que resolvía una acción colectiva –como es la de cesación-. Si la nulidad tiene su fundamento en el hecho de que el consumidor, a la vista de la información recibida por la entidad financiera, no ha podido realmente conocer las implicaciones de la cláusula, resulta complicado entender cómo el Tribunal Supremo pudo concluir que en ningún caso los bancos demandados habían cumplido con los comportamientos que harían que una cláusula suelo –lícita en sí misma– superase el control de transparencia. Es una valoración que se ha hecho “en abstracto”, sin tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso a pesar de que son las únicas que pueden determinar si se cumplió o no con la obligación de transparencia. El hecho de que una cláusula sea no transparente por tener una redacción oscura es algo enjuiciable de forma general pero no ocurre lo mismo cuando la no transparencia deriva del cumplimiento de una serie de actos previos y coetáneos a la celebración del contrato, en cuyo caso habrá que estar, necesariamente, al supuesto de hecho concreto⁵⁷.

3.– Antes de cerrar este breve recorrido por algunos de los aspectos más relevantes surgidos en torno a las cláusulas suelo, nos parece pertinente hacer referencia a una última cuestión. A lo largo del trabajo nos hemos centrado en las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo hipotecario con consumidores. Se trata de contratos a los que les son aplicables los mecanismos protectores previstos en la Directiva 93/13/CEE y en su correspondiente transposición a la legislación nacional de consumo. Sin embargo, en la práctica diaria no podemos obviar que también las entidades de crédito contratan con adherentes que no reúnen la condición de consumidor⁵⁸. Y, del mismo modo, también en los contratos de préstamo hipotecario con empresarios las entidades de crédito han incluido cláusulas suelo. En este sentido, cabe preguntarse si la protección mediante el control de transparencia especial para las cláusulas que definen el objeto principal del contrato que hemos desarrollado en epígrafes anteriores también le es de aplicación a un adherente empresario. Es decir, ¿es posible declarar una cláusula suelo nula por no superar el control de transparencia en contratos entre empresarios?

Para responder a este interrogante es necesario previamente realizar una advertencia sobre el exiguo marco normativo al que están sujetos los contratos mediante condiciones generales de la contratación entre empresarios en el ordenamiento jurídico español. El único texto aplicable a estos contratos es la LCGC (no así la Directiva 93/13/CEE ni el TRLC al que hemos venido ha-

⁵⁷ Así lo señala J. M. DE TORRES PEREA, *Nulidad*, cit., 46. Asimismo, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 71 ss.; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *¿Y ahora qué?*, en *InDret*, núm. 1, 2017, 6 s.

⁵⁸ Según el art. 3 TRLC, son consumidores “*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”. Acerca del concepto de consumidor, ver A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coordinado por F. Blasco; M. Clemente; J. Orduña, et. al., tomo I, Tirant lo Blanch, 2011; S. CÁMARA LAPUENTE, *El concepto*, cit., 85 y ss.

JUS CIVILE



ciendo referencia, que tienen como ámbito subjetivo de aplicación únicamente los contratos de consumo⁵⁹). La LCGC prevé para todo adherente –también, por tanto, para el empresario– la protección que supone el control de incorporación, esto es, el cumplimiento de unos requisitos meramente formales (incorporación de las cláusulas al contrato con firma del adherente, claridad y sencillez en la redacción, etc.; todos ellos recogidos en los arts. 5 y 7 LCGC). A esto añadimos la sujeción de estas cláusulas no negociadas a las reglas de interpretación *contra proferentem* y de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales (art. 6 LCGC). Y, para el caso de los adherentes empresarios, aquí acaba la protección dispensada por la norma, pues el art. 8, regulador del control de contenido, se limita a remitir a la vulneración de las normas imperativas o prohibitivas para poder declarar la nulidad de las condiciones generales cuando el adherente no sea un consumidor. Es decir, no existe un control de abusividad para las cláusulas desequilibradas entre empresarios, que tendrán como únicos límites los propios y generales de la autonomía de la voluntad para todo contrato, sea o no negociado (ley imperativa, moral y orden público, en virtud del art. 1255 Código civil)⁶⁰.

Así las cosas, como vemos, no está contemplada de forma expresa una solución para el control de aquellas cláusulas que definen el objeto principal del contrato en contratos no negociados entre empresarios. El Tribunal Supremo ha venido a dar una respuesta y a unificar el criterio jurisprudencial en su sentencia de 3 de junio de 2016⁶¹. En ella, el órgano jurisdiccional aclara que el control de transparencia definido a partir de su sentencia de 9 de mayo de 2013 está reservado solo a la contratación con consumidores y no es de aplicación a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. La solución parece coherente con el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en su momento acerca de la naturaleza jurídica del control de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato: recordemos que había conectado este control con el de abusividad. “*Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad*”, indica el Tribunal, “*es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor*”⁶² pues, como destacá-

⁵⁹ La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas no negociadas individualmente en contratos entre un profesional y un consumidor, solo afecta a los consumidores aunque es una Directiva de mínimos, es decir, no impide que los países que quieran extiendan la protección en este tipo de contratación a los adherentes empresarios (como hacen, en mayor o menor medida, una buena parte de los ordenamientos jurídicos vecinos). No es el caso de España, como veremos a continuación.

⁶⁰ Recoge una crítica a la ausencia de control de contenido en la contratación predisuelta entre empresarios, J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario al artículo 8*, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigido por A. Menéndez; L. Díez-Picazo, Civitas, 2002, 446 ss. En profundidad, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, 2009; M. N. MATO PACÍN, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Boletín Oficial del Estado, 2017.

⁶¹ Comentan esta sentencia F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Buena fe ex art. 1258 Cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios*, en *InDret*, núm. 4, 2016; I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *El control*, cit.

⁶² Continúa el Tribunal con su argumentación: “*Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de*

JUS CIVILE



bamos en el párrafo anterior, no existe control de contenido en los contratos predispuestos entre empresarios en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, y a pesar de que de un modo claro excluye el Tribunal Supremo la posibilidad de –al igual que sí ocurre en los contratos de consumo– residenciar este control en el fundamento jurídico de la abusividad, la resolución contiene otros pronunciamientos nada desdeñables. Y es que esta sentencia podría suponer un primer paso para abrir una suerte de vía de control protectora de los empresarios adherentes en la medida en que parece reconocer, casi por primera vez, por parte del Tribunal Supremo, un posible papel al principio general de buena fe como “*norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato*”⁶³. En este caso, la contrariedad a la buena fe vendría dada por una cláusula que sea sorpresiva en el sentido de que comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente⁶⁴.

Tras esta resolución, de momento, algunas sentencias de instancias inferiores han recurrido a este principio de buena fe, entre otros argumentos, para declarar nulas cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario concluidos con adherentes no consumidores⁶⁵. A tal efecto, es de resaltar la paradójica situación que se habría producido de haber fallado el TJUE a favor de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la retroactividad limitada de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo en contratos de consumo: los consumidores afectados solo podrían recuperar las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito desde mayo de 2013 mientras que los empresarios adherentes cuyas cláusulas suelo fueran declaradas nulas, por fundamentarse tal nulidad en una contravención del principio de buena fe y no en el control de transparencia por abusividad que desarrolla el Tribunal Supremo, podrían reembolsarse todas las cantidades, sin limitación (nulidad de pleno de derecho del art. 1303 Código civil).

4.– Recapitulando, no se puede negar la trascendencia que ha tenido en España, en el sistema jurídico y en la sociedad, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Como he-

ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores” (FJ 4º, apartado 4º).

⁶³ Buena fe contenida en el art. 1258 Código civil, donde tiene, según el tenor literal del precepto, una función integradora (“*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”).

⁶⁴ En el supuesto de hecho concreto no se entiende finalmente que haya habido un comportamiento de la entidad prestamista que contrarie una legítima expectativa porque se declara probado que hubo negociaciones intensas entre las partes.

⁶⁵ Sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 15 julio de 2016 y de la Audiencia Provincial de Álava, de 15 de marzo de 2017; sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jaén, de 4 noviembre 2016.

JUS CIVILE



mos visto, son múltiples las controversias que han ido surgiendo en torno a la nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario y pocas las que se pueden afirmar como resueltas sin fisuras en la actualidad. Como punto de partida, la propia naturaleza del control de este tipo de cláusulas –respecto de la que hay una línea jurisprudencial cada vez más clara pero cuestionada, a la vez, por parte de la doctrina-. Por otro lado, y con una incuestionable repercusión práctica para consumidores –y entidades financieras-, las consecuencias temporales de la nulidad. Si bien el TJUE ha venido recientemente a señalar el camino en esta cuestión para la adecuada protección de los prestatarios consumidores –declarando que la nulidad de pleno derecho lo es con efectos *ex tunc* y que no caben limitaciones-, el cambio de doctrina respecto de la que ha venido siendo aplicada en los últimos años por el Tribunal Supremo ha generado una situación de incertidumbre. Por último, nos parece que la cuestión del control en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios ha irrumpido por primera vez de forma significativa en escena, y ha venido para quedarse. En este sentido, será interesante ver cómo se desarrolla jurisprudencialmente el recurso a la buena fe, entre otros mecanismos, como norma “*modeladora del contenido contractual*”.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, es evidente que la ausencia de una regulación completa y *transparente* en la materia a la que los tribunales puedan acudir ha contribuido significativamente a generar las diversas controversias jurídicas. De hecho, y tal y como señalábamos al inicio de la exposición, no son las cláusulas suelo las únicas que en el ámbito de los contratos bancarios han copado los tribunales españoles en los últimos tiempos. Tampoco son las únicas respecto de las que ha habido pronunciamientos del TJUE puntualizando –cuando no directamente corrigiendo– la doctrina de los tribunales nacionales o la transposición de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico español. Las cláusulas de intereses moratorios y las de vencimiento anticipado son otros dos claros ejemplos de alta litigiosidad y de necesidad de una mayor seguridad jurídica. En cualquier caso y aunque el efecto práctico, entre otros, de la forma de proceder por parte del Tribunal Supremo respecto del control de las cláusulas suelo pueda ser el de una eliminación o reducción considerable y generalizada de las mismas, no nos parece que una eventual regulación debiera ir en esa línea: como se ha reiterado a lo largo del trabajo, el problema no ha sido la cláusula en sí sino la forma de comunicarla al prestatario.