

CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. LAS CLÁUSULAS SUELO*

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN: Los controles a los que deben ser sometidas las condiciones generales de la contratación han respondido desde siempre a la manera especial que supone este tipo de contratación y por tanto a la necesidad de que estas condiciones generales traspasen unos controles especiales innecesarios, o no tan necesarios, cuando el contrato se celebra sin condiciones generales. Frente al estudio del denominado control de contenido al que ha venido dándose respuesta ha adquirido mayor relevancia en los últimos años el denominado control de transparencia incardinado o no dentro del también llamado control de inclusión. En realidad, su mayor relevancia se deba a la máxima difusión de los problemas derivados de la conocida cláusula suelo, aunque son muchas otras las cláusulas que podrían tener el mismo análisis e igual necesidad de estudio. La respuesta que en los dos últimos años viene dando el Tribunal Supremo y sobre todo la repuesta que se deba dar actualmente debe analizarse en relación a de la declaración de nulidad de estas cláusulas y los efectos que deben derivarse de dicha declaración.

ABSTRACT: *Controls that the general terms of standard form contracts must be submitted responded always to the special way that involves this type of hiring and therefore to the need that these general terms have passed through special controls unnecessary, or not needed, when the contract is concluded without general terms. Against the study of the so-called content control that answer has been giving, it has acquired great relevance in recent years so-called transparency control incardinated or not within also called control of incorporation. Actually, greater relevance due to the maximum diffusion of the problems derived from the known ground clause, although many other clauses that could have the same analysis and just need to study. Respond which in the past two years taking the Supreme Court and especially the answer to be given today should be analysed the effects of the declaration of invalidity of such provisions and effects that should arise from such a declaration.*

PALABRAS CLAVE: Condiciones generales de la contratación, control de inclusión y control de contenido, incorporación, información y transparencia, cláusula suelo, nulidad, efectos de la declaración de nulidad.

KEY WORDS: *General conditions of contract, control of incorporation and content control, incorporation, information and transparency, ground clause, declaration of invalidity, effects of the declaration of invalidity.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. NORMAS DE INCORPORACIÓN Y NORMAS DE TRANSPARENCIA. 3. CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS RELATIVAS A ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO. 3.1. *El artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE de 5 de abril del Consejo UE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.* 3.2. *Breve referencia a la STJUE de 30 de abril de 2014.* 4. DELIMITACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013 SOBRE CLÁUSULAS SUELO. 5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA. 5.1. *La falta de transparencia de la cláusula conduce a su necesario control de contenido.* 5.2. *Restitución de cantidades cobradas indebidamente*

* Este artículo, se enmarca en el Proyecto I+D+i del MINECO con referencia DER2012-32742, «Mercado Hipotecario y Vivienda: Propuestas de reforma». Así como en el grupo de investigación ACTUALIZA.

como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula. STS de 25 de marzo de 2015 (Pleno).
BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 adquiere protagonismo el denominado control de transparencia de las condiciones generales de la contratación. Se retoman las opiniones doctrinales que, desde la originaria Ley de Consumidores y Usuarios y posteriormente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se habían ocupado esencialmente del control de contenido con el afán de delimitar cuándo una cláusula podía ser calificada de abusiva. La doctrina no se había ocupado especialmente, salvo excepción¹, del control de inclusión y sobre todo de poner de relevancia el control de consentimiento necesario en la contratación con condiciones generales.

Tras la STS de 9 mayo, con el precedente de la STS de 18 de junio de 2012 en la que ya se ponía alguna idea de manifiesto, la cuestión ha radicado fundamentalmente, en primer lugar, en señalar con base en qué se declara la nulidad de una cláusula dentro de un contrato celebrado con condiciones generales que afecta a un elemento esencial y, lo que además es fundamental, en cuáles son las consecuencias que deben derivarse de dicha declaración de nulidad.

A partir de la mencionada STS de 9 de mayo, en la que, como a continuación se verá, se declara en el caso enjuiciado la nulidad de la cláusula suelo, señalándose que se trata de una cláusula abusiva, la cuestión se ha complicado aún más a partir de la Sentencia del Tribunal de 25 de marzo de 2015 (Pleno) en la que se confirma el fallo de la de 9 de mayo de 2013 y se sostiene que no se pueden recuperar los intereses cobrados por los bancos en virtud de cláusulas-suelo que se hubieran devengado y pagado antes de la Sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013.

Como también analizamos en este trabajo, la STS de 25 de marzo de 2015 se ocupa de determinar si el banco, en este caso el BBVA, sólo está obligado a eliminar la cláusula y a devolver los intereses cobrados en exceso desde mayo de 2013 o ha de devolver todos los intereses cobrados desde que el «suelo» empezó a aplicarse. En el fallo el TS señala, lo que por otra parte se fija como doctrina:

“Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 [Rc. 1217/2013] y la de 24 de marzo de 2015 [Rc. 1765/2013] se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la

¹ En especial GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Comentarios arts. 5 y 7», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 139-192 y 235-258.

restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

Además de lo anterior, las cosas siguen complicándose aún más, como no podía ser de otro modo ante la doctrina fijada por el TS en la última sentencia, al no aplicarse las consecuencias que el Código civil anuda a la declaración de nulidad en su artículo 1303. La Audiencia Provincial de Alicante (sección octava) ha dictado dos autos de 10 y 15 de junio de 2015 en los que han planteado cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Básicamente, sobre lo que volveremos, respecto de si es compatible con el principio de no vinculación (art. 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamos no se retrotraiga a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior.

Trataremos de analizar en estas líneas la importancia que necesariamente debe darse al estudio de la ineficacia contractual de algunas condiciones generales de la contratación que hacen referencia esencialmente a la configuración del precio. En el momento actual es el caso de la denominada cláusula suelo o la de los intereses remuneratorios, entre otras, en el marco de préstamos hipotecarios contratados por consumidores y usuarios, planteándose que se trata de cláusulas nulas que deberían suprimirse de los formularios de condiciones generales predispuestos por las entidades bancarias. Y finalmente y tras su supresión las consecuencias derivadas precisamente de su nulidad.

En realidad, es a partir de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso *Aziz*)², cuando públicamente se pone de manifiesto la situación en la que se encuentran los deudores ante una ejecución hipotecaria y la multitud de cláusulas abusivas insertas en los contratos de préstamo con el consiguiente abuso por parte de las entidades financieras. No obstante, es evidente que los problemas que plantean los controles que, necesariamente, deben traspasar las condiciones generales de la contratación no son nuevos y han venido estudiándose, como acabamos de señalar, desde hace ya muchos años. Sin embargo, es cierto que a veces hasta que los problemas no tienen pública relevancia no se hace caso a lo que algunos con mucha razón venían señalando.

Las páginas que siguen responden, en alguna medida, al análisis de lo que se viene denominando un control de transparencia, tomando en consideración la conocida cláusula suelo, es decir, aquella estipulación que en los créditos y préstamos hipotecarios a interés variable impone un límite a la bajada de los tipos, de manera que el prestatario ha de pagar un interés mínimo (interés suelo) aunque baje el Euribor.

² Vid. MIQUEL GONZALEZ, J.M., «Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios», *RJUAM* nº 27, 2013-I, pp. 223-252.

Como es sabido, aunque no por ello menos esencial, la contratación con condiciones generales implica una especial forma de contratar en la que una de las partes en el contrato predetermina el contenido contractual excluyendo a la otra de la elaboración de dicho contenido.

A partir de la distinción entre el contrato como acto y el contrato como norma, la libertad contractual se bifurca en dos aspectos: libertad de decisión (celebrar o no el contrato) y libertad de configuración (establecer unas reglas u otras). Como viene señalando MIQUEL GONZÁLEZ³, autoridad en la materia desde sus iniciales estudios de la contratación con condiciones generales, en estos contratos los problemas proceden de la exclusión de una de las partes de la libertad de configuración del contenido contractual. En lo que se refiere al acto de celebración del contrato en nada difiere que el contrato contenga o no condiciones generales, sin embargo respecto de su contenido si existe una marcada diferencia en el sentido de que las condiciones generales las predispone una de las partes limitándose la otra a consentir dicha regulación establecida unilateralmente⁴.

Esta manera especial de contratar requiere necesariamente que la ley disponga y regule unos especiales controles que no tienen que traspasar aquellos contratos en los que no existen condiciones generales⁵. Por ello los controles legales deberían haberse previsto sólo porque es una especial manera de contratar la que se realiza con condiciones generales y no sobre la base de los contratantes. Los especiales controles deberían haberse dispuesto en todo caso y con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, esto es, siempre que el contrato se realice incorporando condiciones generales de la contratación.

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación reguló precisamente la contratación con condiciones generales mientras que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actual TRLDCU de 2007), modificada posteriormente por la LCGC, recogió un especial grado de protección al consumidor como parte que no interviene en la regulación del contenido del contrato, estableciendo un especial control de contenido y un régimen de nulidad de cláusulas abusivas, control de

³ MIQUEL GONZALEZ, J.M. «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV; «Comentarios a la DA 1ª de la LCGC», en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002), p. 911 y ss.; «Comentarios al art. 8 LCGC», en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002), p.429 y ss.; «Comentarios al art. 7.1 CC», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia 1993; La nulidad de las condiciones generales en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor 2007, pp. 193-223; «Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios», *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252; «Comentario al art. 84 TR-LGDUCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (dir.), Madrid 2011, pp. 768-788.

⁴ Como señala el autor, se aceptan «típicamente en blanco y en bloque...», en *Reflexiones...*, cit., p. 4947.

⁵ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», Madrid 1996.

contenido que ha sido excluido por la LCGC para el caso de la contratación con condiciones generales entre empresarios⁶.

En este sentido lo que debiera haber sido el núcleo de una Ley de condiciones generales, es decir, una cláusula general para efectuar un control específico del contenido distinto del que generalmente es aplicable a todos los contratos nuestra Ley no lo tiene⁷, estableciendo únicamente este especial control para el contrato celebrado con un consumidor (art. 8.2 LCGC)⁸.

Como sabemos, en ambos textos legales (LCGC y TRLDCU) se disponen, en realidad, dos tipos de controles: de una parte un control de incorporación o inclusión que deberán traspasar las condiciones generales con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios; y un control de contenido que únicamente deberán traspasar aquellas condiciones generales incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor, por ello sólo merecen el calificativo de cláusulas abusivas aquellas condiciones generales que no traspasen el control de contenido que se establece.

Como dice MIQUEL⁹, en los contratos con condiciones generales los problemas proceden de la exclusión de una de las partes de la libertad de configuración del contenido contractual. Desde este punto de vista es fácil entender el control al que se someten las condiciones generales y la relación entre las cláusulas prohibidas y el criterio general de la buena fe y equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Y es importante excluir la lógica contractualista clásica para reemplazarla por una nueva imagen de un contrato en el que el derecho dispositivo es sustituido por una regla contractual elaborada por una sola de las partes y por ello sometido a un control de contenido de validez diferente al que se somete a los demás contratos.

⁶ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Civitas, 2009.

⁷ Como inicialmente decía ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, p.81: «Hablar de régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido.» Una ley de condiciones generales que eluda este control es un cascarón vacío.

⁸ Como señala MIQUEL en especial referencia a este diverso grado de protección «La confianza es eficiente porque simplifica la complejidad de la negociación o, en su defecto, ahorra la regulación que la Ley debería establecer. La confianza del consumidor es una exigencia de la sociedad de consumo, pero también la del adherente-empresario lo es en el tráfico entre comerciantes o empresarios en general. Se protege a los consumidores como agentes esenciales de un proceso económico y esa protección consiste en la protección de la confianza que un tráfico eficiente les exige. Pero también los empresarios en cuanto adherentes merecen protección, aunque en grado diverso, porque también entre ellos las condiciones generales son necesarias y plantean problemas semejantes. La exigencia de cierta autorresponsabilidad a los empresarios en cuanto adherentes y otras razones, como posibilidad de calcular y dominar riesgos, permiten disminuir correlativamente el grado de control, pero se trata de disminuir no de privar de un mecanismo esencial en este tipo de contratación» («Comentario al art. 8», cit., pp. 439 y ss.)

⁹ «Comentario al art. 8», cit., 2002, pp. 432 y ss.

La LCGC se ha preocupado de distinguir entre condiciones generales y cláusulas abusivas¹⁰. Uno de los problemas más importantes en materia de condiciones generales es precisamente el que afecta a su aplicación con consumidores y usuarios. Así las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio dentro de las relaciones con consumidores, y que pueden darse tanto en cláusulas predispuestas dentro de un contrato particular, al que el consumidor se limita a adherirse, como dentro de las cláusulas predispuestas en las condiciones generales. Así, también es importante resaltar que la LCGC no incluye el control de contenido de las condiciones generales para el supuesto en el que el contrato se ha celebrado entre empresarios, de acuerdo con el artículo 8 LCGC¹¹.

El artículo 8 LCGC es el único precepto aplicable a la nulidad de las condiciones generales entre empresarios y cumple una función de dejar libre de control de contenido específico a estas condiciones generales. Es decir, el control de contenido que omite este artículo es justamente lo más destacable¹². A diferencia de lo que ocurría en los antecedentes de esta ley, falta en ella un específico control de contenido aplicable a todas las condiciones generales con independencia de quien sea el adherente.

Es lamentable que las condiciones generales en la contratación, aun cuando se trate de empresarios no tengan que traspasar un control de contenido que en general se debe propugnar no por los sujetos que contratan sino por la especial manera de contratar, esto es, contratación con condiciones generales predispuestas por una de las partes. No obstante, como tantas veces ha recordado MIQUEL, es una elección de política legislativa criticable no establecer un control de contenido específico de las condiciones generales en los contratos entre empresarios¹³. Desconocer, como señala el autor, que la contratación mediante condiciones generales exige una protección de los adherentes, aunque deba ser más intensa para los consumidores que para los empresarios, pero distinta, por superior, de la que proporcionan las normas imperativas y prohibitivas aplicables a todos los contratos, es desconocer el mecanismo de los contratos de adhesión.

¹⁰ En este sentido la Exp. de Motivos de LCGC señala que «Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares».

¹¹ El art. 8 LCGC dispone: «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

¹² MIQUEL, «Comentario art. 8», cit., p.432.

¹³ «Comentario al art. 8», cit., p. 434.

Siguiendo al autor, la igualdad de las partes ante la Ley difícilmente es compatible con que la Ley acepte que una de las partes dicte o imponga las reglas contractuales a la otra. El Ordenamiento Jurídico no puede permitir que la regla contractual así creada vincule sin más a quien simplemente se adhiere a ella. Esa adhesión ha de ser entendida como aceptación de una regla que todavía ha de ser homologada por el Ordenamiento Jurídico. El cliente no puede ser sometido por el cumplimiento de una mera fórmula a reglas que no correspondan a los valores del Ordenamiento, sino solamente a los intereses del predisponente. Su adhesión únicamente puede significar vinculación dentro del respeto de los principios del Ordenamiento¹⁴.

Tomando por base lo dicho es importante resaltar, previamente, dos ideas que se irán desarrollando en estas líneas. De una parte que en principio el legislador exige para el caso de la contratación con condiciones generales que se traspasen dos controles, llamados inicialmente de inclusión y de contenido. De otra que el control de contenido sólo procede cuando una de las partes en el contrato sea un consumidor, por lo que en principio sólo puede hablarse de cláusulas abusivas, es decir de aquellas condiciones generales que no han traspasado el mencionado control de contenido, en el supuesto de que una de las partes sea un consumidor.

Es general, como acabamos de ver, mencionar los especiales controles a los que deben someterse los contratos celebrados con condiciones generales y distinguir entre un control de inclusión y un control de contenido, exigidos con carácter general por los artículos 5 y 7 LCGC y 80, 82 y ss. TR-LGDCU. El control de inclusión o de incorporación, también llamado control del consentimiento¹⁵, supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato¹⁶. El control de contenido, sin embargo, significa un control de legalidad que comprueba la validez de las condiciones generales incluidas en el contrato por contraste, como señala MIQUEL¹⁷, con unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales. Se tratará de una cláusula abusiva si la condición general no traspasa ese control. Para que se pueda hablar de cláusula abusiva debe tratarse, en primer lugar de una condición general, esto es, de una cláusula predispuesta no consentida expresamente; de una condición general inserta en un contrato celebrado entre consumidor y empresario; y de una condición general que no traspase el especial control de contenido establecido por el artículo 82. I TR-LGDCU.

En los últimos tiempos se ha venido desarrollando el planteamiento de que el denominado control de transparencia suponga, en realidad, un tercer control distinto

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 438.

¹⁵ CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas abusivas...*, cit., pp. 123 y ss.

¹⁶ Vid. GETE-ALONSO, M.C., «Comentario al art. 7», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (dir. Arroyo-Miquel), Madrid 1999, pp. 71 y ss.

¹⁷ «Reflexiones...», cit.

de los controles que en principio son especiales en el caso de la contratación con condiciones generales.

El planteamiento de la cuestión tiene consecuencias importantes al hilo de las consideraciones que hemos realizado anteriormente. Este planteamiento debe proceder en dos direcciones: respecto de si la transparencia se encuentra en el marco del control de incorporación o inclusión y en ese caso, y en segundo lugar, si entendiendo que el denominado control de transparencia está integrado en el control de inclusión debería traspasarlo todo contrato con condiciones generales con independencia de los contratantes, es decir, con independencia de que se trate de consumidores o empresarios, esto es, de que en el contrato haya intervenido o no un consumidor. En cambio y en una segunda dirección, en el sentido de entender que su régimen debe responder no tanto a una especie de control de contenido, sino que tratándose de una especialidad dentro del control de incorporación la consecuencia de la falta de transparencia sea la de tener que traspasar un control de contenido precisamente porque la falta de transparencia se predique de algún elemento esencial del contrato. En este último caso si nos adentráramos en el control de contenido con la finalidad de dilucidar si la cláusula es abusiva o no, estaríamos dejando al margen la posibilidad de valorar la eficacia este tipo de cláusulas cuando ambas partes en el contrato sean empresarios. Al análisis de estas cuestiones responden estas líneas.

2. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. NORMAS DE INCORPORACIÓN Y NORMAS DE TRANSPARENCIA

Para establecer cuáles son los criterios para que determinada condición general quede incorporada a un contrato, es decir, cuales son los requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, hay que acudir a tres artículos distintos: al 5 LCGC; al 7 LCGC y al 80 TRLDU. Son las consecuencias de la técnica de legislación especial, remisiones en ocasiones innecesarias, dificultad en la selección de la normativa aplicable, etc. De un lado la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el artículo 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el artículo 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato. De manera que en dos preceptos regula la condición positiva para la incorporación y la negativa para la no incorporación. Junto a esta regulación, el artículo 80 TRLDU establece, también, los requisitos que deben reunir las condiciones generales.

La Ley, en principio, exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual.

Hace ya bastante años que GONZÁLEZ PACANOWSCA¹⁸ subrayaba como la doctrina había relativizado la utilidad de los requisitos de incorporación para la lucha contra las cláusulas abusivas y ponía de manifiesto que no podía olvidarse su importancia así como que el legislador había introducido algo más que un simple control formal. Señalaba la autora, lo que hoy debe resaltarse especialmente, que lo recogido en el artículo 5 LCGC es un control del consentimiento que se manifiesta en dos aspectos, un consentimiento formal y un consentimiento material. Al consentimiento formal harían referencia los requisitos formales establecidos en el artículo 5 «de necesario cumplimiento para entender que la oferta y la aceptación se integran con las condiciones generales predispuestas por una de las partes». Más allá de ese consentimiento formal «se trataría de procurar que el alcance de las declaraciones de voluntad no se valore con parámetros exclusivamente formales, sino teniendo en cuenta la protección de la libre y consciente decisión del aceptante». Y en ese sentido señala la autora que «la voluntad común no se extiende a cláusulas no transparentes».

En el mismo sentido, hay que subrayar que inicialmente se debe distinguir entre esos requisitos formales de inclusión y ese requisito, de alguna manera independiente y distinto, de transparencia que especialmente se va a referir a los elementos esenciales del contrato, aunque se denominen requisitos de incorporación en general. Ese consentimiento prestado a partir de un conocimiento del objeto del contrato, de la prestación y contraprestación elegida, a partir de una posible comparación de las distintas ofertas del mercado. Esa comparación, como veremos, solo se puede hacer a partir de que las ofertas sean transparentes y por tanto permitan la elección del adherente.

De hecho se trata, de alguna manera, de una distinta exigencia de transparencia respecto de esos requisitos de inclusión y de aquellos que se refieren a los elementos esenciales del contrato, tratándose en cualquier caso de requisitos de inclusión, más bien formulados por el legislador como requisitos de incorporación.

Ciertamente ambos aspectos son esenciales a los efectos de la protección del adherente frente a cláusulas predispuestas en las que no ha intervenido en cuanto a su preparación. Comparativamente es esencial que el adherente conozca que el contrato se celebra bajo condiciones generales, como no puede ser de otra manera, aunque tenga una eficacia reducida porque no sirve este conocimiento ni para la prestación del consentimiento puesto que se consentirá aquello que sea conforme con el ordenamiento, ni tampoco para un análisis de las mismas que se va a manifestar más en el momento de la ejecución del contrato.

Efectivamente el consentimiento formal se manifiesta porque se exigen determinados requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas y se

¹⁸ «Comentario art. 5 y 7», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999 (dir. Bercovitz), p. 142.

entienda que forman parte del acuerdo contractual, pero unos más formales que otros, como por ejemplo la claridad en la redacción que además sea esencial a efectos de la transparencia en cuanto a lo que se consiente en función de la posible comparación con otras ofertas. Pero no sólo se trata de un consentimiento formal, lo que podría ser en un primer momento, sino que además se trata de un control que protege la libertad de decisión del aceptante, que recae sobre lo que está consintiendo lo que es especialmente importante en lo que se refiere al objeto del contrato, y en general, a los elementos esenciales.

En general y pese a que la transparencia se incluya en el ámbito de la claridad y comprensibilidad de una cláusula en alguna medida se trata de controles distintos. Un control de transparencia no es un control de inclusión en el contrato cuando las cláusulas son claras y comprensibles. Una cláusula puede ser clara y comprensible y sin embargo determinar que su referencia a la carga económica del contrato, es decir lo que representa el contrato para el consumidor no sea transparente.

DURANY PICH¹⁹, ponía de manifiesto esa relativización doctrinal de las normas de incorporación. La justificación de las reglas de inclusión, dice el autor, se ha formulado desde los postulados contractualistas, para los cuales estos requisitos cumplen una función de transparencia: tratar de controlar el procedimiento de formación del contrato con condiciones generales para garantizar la libertad de decisión negocial. Sin embargo, señalaba que en la práctica había sido un fracaso. En primer lugar porque las reglas de inclusión tienen un papel muy secundario en la mayoría de regulaciones comparadas en la materia. Y, en segundo lugar, porque las reglas de inclusión juegan un escaso papel en la práctica contractual con condiciones generales, pues los adherentes no las leen ni las compran, lo que por otra parte es lo racional.

En ese sentido se justifican las reglas de inclusión en una función de publicidad. Para ello hay que distinguir entre la fase de celebración del contrato y su fase de ejecución. En la fase de celebración del contrato, los requisitos de incorporación garantizan que el adherente conoce que el contrato está regulado por condiciones generales y en concreto la posibilidad de conocer cuáles sean éstas. Mientras que en la fase de ejecución, los requisitos cumplen una función de publicidad, porque el adherente tiene un interés jurídicamente protegido en conocer las condiciones generales detalladamente cuando se produce el hecho que regulan. En definitiva, la función de publicidad se manifiesta en la celebración del contrato por ser información y en la de ejecución por su conocimiento²⁰.

La Ley exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se

¹⁹ «Comentario al art. 5 LCGC», en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002) MENÉNDEZ, A., DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), p. 274

²⁰ DURANY PICH, ob.cit., pp. 274-275. Una «especie de libro de instrucciones», las denominaba PASQUAU LIAÑO, en *Comentarios a la LCGC*, (dir. Bercovitz), p. 281

entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía.

La distinción antes utilizada entre acto y regla contractuales, como señala MIQUEL, explica también que las condiciones de inclusión no deban considerarse como requisitos para el consentimiento del cliente sobre el contenido de las condiciones generales sino sólo sobre su existencia. Como ya se ha dicho, se presta el consentimiento a un contrato en el que se sabe que hay condiciones generales, pero no se consiente el contenido de cada una de ellas cualquiera que éste sea²¹. Sin embargo la transparencia es esencial a los efectos del consentimiento del adherente respecto de los elementos esenciales del contrato.

Esa idea se manifiesta especialmente en el supuesto de cláusulas sorprendentes, supuesto del que la ley hace alguna aplicación concreta aunque el legislador lo dejó de lado²², ya que no incluyó la regla de las cláusulas sorprendentes. Esta regla tiene su origen en la jurisprudencia alemana de principios de los años setenta y suele ser calificada como requisito negativo de inclusión²³, pues niega la incorporación al contrato a aquellas cláusulas cuya existencia provoca una sorpresa al adherente. Pese a que el legislador no la ha incluido, en general se defiende la posibilidad de aplicarla en la solución de conflictos, siendo cierto que no se ha expresado pero siendo también cierto que no se ha prohibido su utilización.

En verdad los clientes no leen las condiciones generales y, como ha señalado ALFARO²⁴, es correcto que no las lean, porque los costes de información para tomar una decisión en función de las diferentes condiciones generales son superiores a las ventajas que podrían obtenerse de su atenta lectura. Desde el punto de vista de un análisis económico del Derecho, su conducta es razonable y consiguientemente no se puede imputar a los consumidores una negligencia por no leer las condiciones generales y menos aún considerar a esas reglas como producto de su voluntad. Los requisitos de inclusión tratan de fijar cuáles son las condiciones generales aplicables a cada contrato.

²¹ DE CASTRO ponía de relevancia este aspecto fundamental. Decía que el consentimiento «se requiere sobre el objeto y la causa del contrato (arts. 1261 y 1262 del CC) y no sobre cada uno de los pactos, cláusulas o condiciones del mismo (comp. arts. 1255 y 1647 del CC), respecto de las que bastará una referencia general» [«Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 1053].

²² PERTIÑEZ VILCHEZ, F. *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Cizur Menor, 2004, especialmente pp. 193 y ss.

Ni la LCGC ni el TRLGDCU hacen referencia expresa a las cláusulas sorprendentes. En el texto del proyecto de la LCGC se las denominaba como aquellas que «de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia». Lo que significan en realidad este tipo de cláusulas en cuanto que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia es que exige determinar las legítimas expectativas del adherente, analizar el contenido de la cláusula y determinar el grado de discrepancia.

²³ PAGADOR, ob. cit., p.454 y ss., va más allá a partir de la calificación como un requisito negativo de inclusión que da lugar a su «desincorporación o exclusión».

²⁴ *Las condiciones generales de la contratación...*, cit.

Su finalidad es fijar la regla contractual para evitar dudas y cambios posteriores. Es esencial partir de la base de que las condiciones generales deben ser claras pero no tanto con la finalidad de que el cliente pueda entenderlas previamente a la celebración del contrato sino más que nada para que después de celebrarlo y si surgen los problemas pueda saber fácilmente a qué atenerse, en el sentido de saber cuál es el contenido de su prestación y el de la otra parte.

Por ello, la claridad es imprescindible para que el adherente pueda tener en su conjunto la idea sobre el contrato celebrado, en el sentido de poder exigir sus derechos y ejercitar sus facultades y de la misma manera no se le pueda exigir ninguna prestación que no le corresponda. Esta claridad proporciona la necesaria transparencia a las condiciones en el desarrollo de la vida contractual.

Junto a la claridad en el sentido expuesto se exige también para el traspaso de este control de incorporación al contrato la transparencia en lo que se refiere sobre todo a los elementos esenciales del contrato. Por ejemplo, como señala MIQUEL²⁵, la claridad también persigue proporcionar transparencia a los precios y evitar que se oculten en las condiciones generales partes integrantes de ellos²⁶, para que el cliente pueda conocer con seguridad y rapidez el precio y su relación con la prestación, porque son los más importantes parámetros de la competencia en la economía de mercado. La transparencia, como dice el autor, respecto de los elementos esenciales, como se verá inmediatamente, «cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él».

El consentimiento del adherente se refiere pues fundamentalmente a la existencia de condiciones generales, no a su contenido, y a los elementos esenciales del contrato. Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA la transparencia se pide a todas las cláusulas pero resulta especialmente importante para las condiciones generales que sirven a la descripción, determinación o posible alteración de los elementos esenciales del contrato, en particular del objeto²⁷.

3. CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS RELATIVAS A ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

3.1. *El artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE de 5 de abril del Consejo UE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*

²⁵ *Comentarios LCGC...*, cit., pp. 914 y ss.

²⁶ En igual sentido GONZALEZ PACANOWSKA, «Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *Comentarios al TRLGDCU* (dir. Bercovitz), Aranzadi 2007. Señala la autora que «de lo que se trata es de preservar la libertad del consumidor para elegir de forma consciente entre las distintas opciones del mercado y lo que, a la vista de las circunstancias, pueda estimarse determinante para la formación de la voluntad dirigida a celebrar el contrato».

²⁷ GONZALEZ PACANOWSKA, *Comentarios LCGC...*, cit., p. 186

El análisis del control que deben traspasar las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales del contrato debe partir necesariamente de lo previsto en la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril del Consejo UE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores²⁸.

Según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, «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»²⁹. Si bien este precepto, que no se incluyó previamente en la Directiva, finalmente se recoge por un temor a que ésta habilitara a los jueces para controlar el equilibrio de los precios³⁰, como sabemos, el legislador español no transpuso esta excepción, esencial por otra parte, por un error en la tramitación parlamentaria que parece que no fue otro que una equivocación al votar³¹.

Como es sabido también, la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas generó desde el principio muchas dudas no sólo en la doctrina sino que también ha venido provocado soluciones judiciales contradictorias acerca de una posible autorización para el control judicial como abusivas de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

Mayoritariamente la doctrina ha entendido que no cabe aplicar los criterios de control de contenido a los elementos esenciales³². Partiendo de la base de que los pactos que existan en el contrato sobre elementos esenciales quedan excluidos de control si han sido objeto de acuerdo individual, si constan en condiciones generales quedan también

²⁸ (DOCE, L95, de 21 de abril de 1993).

²⁹ Texto que recoge básicamente la jurisprudencia alemana sobre el deber de transparencia (*Transparenzgebot*). Se entiende que las cláusulas que sin recoger directamente las prestaciones principales del contrato, no obstante inciden en su cálculo o determinación pueden ser abusivas conforme al control de contenido del §9 AGB-G, si por falta de transparencia en su redacción provocan un efecto encubierto sobre el precio o su relación con la contraprestación pues la falta de transparencia provoca en ese caso un perjuicio material para el adherente, consistente en la privación de poder comparar las diferentes opciones del mercado. Vid. ULMER, en ULMER, P., BRANDNER, H.E., HENSEN, H.D., y SCHMIDT, H., *Kommentar zum Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 8 Auflage, Colonia 1997.

³⁰ Vid. PERTIÑEZ, «Falta de transparencia...», cit., p.7

³¹ Un buen resumen de lo ocurrido en la votación lo realiza GONZALEZ PACANOWSCA, com. art. 5 en *Comentarios...cit.*, p.250 nota 48. Parece ser que una de las enmiendas presentadas por el Grupo parlamentario de izquierda unida a las que se había opuesto el Grupo popular expresamente «porque el objeto y el precio de los productos, de los bienes y de los servicios quedan expresamente excluidos del ámbito de la directiva», luego fue votada favorablemente por este. Vid. MIQUEL GONZALEZ, «Comentario DA 1ª en *Comentarios a la LCGC...*, cit., pp. 893-894 y 908 y ss.; También, CAMARA LAPUENTE, *El control...cit.*, pp.61 y ss.; PERTIÑEZ, *Las cláusulas...*, cit., pp. 63 y 136.

³² ALFARO, *Las condiciones generales...* cit.; MIQUEL GONZALEZ, *ob. cit.*; CAMARA LAPUENTE, *ob. cit.*; PERTIÑEZ, *ob. cit.*; PAGADOR, *ob. cit.*

excluidos de ese control³³ por aplicación integradora de la ley³⁴. Sin embargo y minoritariamente algún autor³⁵ ha sostenido que la excepción del artículo 4.2 de la Directiva no era aplicable en Derecho español fundamentándose especialmente en que el legislador ha querido ampliar la protección del consumidor, o que la interpretación del silencio legal debe ser favorable al consumidor o en que el sistema económico constitucional no prohíbe un control de los precios favorable al consumidor.

Hay que entender que estas cláusulas que se refieren a los elementos esenciales están exentas de control de acuerdo con la Directiva, en el sentido de no intervención, pero que también de acuerdo con la Directiva están sometidas a control de inclusión y de transparencia.

A partir de ahí el problema que ha venido planteándose es la aplicación de la Directiva³⁶, en el sentido de que este tipo de cláusulas que afectan a los elementos esenciales del contrato estén sometidas a control de contenido precisamente en el supuesto de que no sean claras y transparentes, a lo que mayoritariamente la doctrina viene respondiendo que sí.

Efectivamente cualquier cláusula que se refiera a elementos esenciales no queda excluida del control de contenido. Cita MIQUEL³⁷ la discusión sostenida en la doctrina alemana al existir diversas fórmulas generales para fundamentar por qué las cláusulas que se refieren al precio y a la contraprestación están libres de control de contenido y delimitar las controlables. Se trata de fórmulas distintas que fundamentan la exclusión del control de contenido en algunos casos y que permiten de forma muy útil valorar si

³³ CAMARA LAPUENTE, en «¿De verdad puede controlarse...», cit., p. 758-760, hace un buen resumen de las razones que da la doctrina mayoritaria para fundamentar que no cabe aplicar a los elementos esenciales los criterios de control de las cláusulas abusivas.

³⁴ La razón es que funcione la competencia. Como señala MIQUEL, «Comentario D.A. 1ª», cit., p. 911, la idea básica que justifica esa exención de control no es que el precio, por ejemplo, haya sido negociado o no, sino que respecto de él debe funcionar la competencia.

³⁵ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo» en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dir. Nieto Carol) Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 485-486 y CARRASCO PERERA, A., «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», en *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución* (dir. Delgado), Aranzadi, 2007, p. 182; también en *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2011, p. 801 y ss.

³⁶ Recoge prácticamente en los mismos términos y por tanto se excluyen del control de contenido las cláusulas relativas al objeto principal del contrato siempre que su redacción sea clara y comprensible, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) (II-9:406) y el art. 80 de la Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea (CESL), Documento COM (2011), 635 final.

³⁷ Vid. inicialmente en *Comentarios LCGC*, com. DA 1ª (2002)...cit., después en *Comentarios TRLGDCU*, com. art 82, cit. Con cita, en general, de DYLLA-KREBS, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Nomos, Baden-Baden, 1990, últimamente en *Comentarios a las normas de protección...*, cit., pp. 728-729, pero con anterioridad desde «Reflexiones...» ya lo recogía. Específicamente, cita también sobre las distintas fórmulas aportadas por la doctrina alemana a WOLF en *Kommentar zum AGB-Gesetz*, Beck, München 1999 y BRANDNER, en ULMER, P., BRANDNER, H.E, HENSEN, H.D. (DIRS.) *AGB-Gesetz Kommentar*, 9ª ed., Köln, 2001. Posteriormente PERTIÑEZ, «Falta de transparencia...», cit., también lo recoge en p. 9

una condición general está sometida o no al específico control de contenido. Por lo que nos ocupa en este momento resulta relevante que desde cualquier opinión se debe resaltar una de las fórmulas que es bastante expresiva, de acuerdo con la cual «no se controlan los elementos esenciales por no ser necesario, ya que los consumidores dirigen o deben dirigir su atención a los factores que configuran el mercado, lo que es coherente con la exigencia de transparencia de los elementos esenciales». Ésta es la cuestión, la transparencia es decisiva precisamente porque es lo que debe ser³⁸, si funciona la transparencia no hay necesidad de controlar los elementos esenciales sobre todo las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación. En ese sentido la transparencia es algo añadido y diferente en el control de incorporación³⁹.

En definitiva, desde hace ya algunos años y a partir de la doctrina alemana que marcó las pautas probablemente del inciso final del artículo 4.2 de la Directiva comunitaria, se propuso también para el derecho español⁴⁰, en realidad, una especie de tercer control, el control de transparencia o *Transparenzgebot*, en cierto modo independiente de los controles de inclusión y de contenido. Respecto de los elementos esenciales del contrato se entiende que las cláusulas que se refieran a éstos además de estar redactadas de forma clara y comprensible no deben infringir un especial deber de transparencia porque de hacerlo las cláusulas pueden ser declaradas nulas por abusivas, al provocar una alteración de los derechos y obligaciones de las partes en realidad y como veremos.

A mi juicio en todo este debate se entrecruzan problemas distintos. Como dice MIQUEL, refiriéndose a lo que debe hacer un jurista, debemos distinguir, distinguir y distinguir⁴¹. La primera cuestión es que posiblemente no sea necesario decidir si el control de transparencia constituye o no un tercer control, porque no se trata de una cuestión de denominación o numeración. Probablemente la transparencia se encuentra en ese control de incorporación o inclusión del contrato con condiciones generales no tratándose en definitiva de un control meramente formal, como venimos sosteniendo,

³⁸ PERTIÑEZ (*Reflexiones...*, cit., p. 6), sin embargo, señala respecto del control de las cláusulas relativas al precio, que ha de ser un control de transparencia y dice que poca importancia tiene a estos efectos que la redacción de una cláusula concreta sea clara y comprensible. Por eso critica la redacción del art. 4.2 de la Directiva y dice que es deficiente al sujetar al estándar de transparencia de las cláusulas relativas al precio a una mera obligación de redacción clara y comprensible. Parece que con posterioridad ha cambiado de opinión porque entiende que lo determinante no es valorar la transparencia de la cláusula en si misma considerada, sino de manera más global, como repercute la misma en una fijación transparente del precio (vid. «Falta de transparencia...», cit.). No obstante, en el mismo trabajo (p. 10) critica el art. 4.2 en igual sentido.

³⁹ Esta consecuencia es lo más destacable, como veremos inmediatamente, de la ya famosa STS de 9 de mayo de 2013.

⁴⁰ PERTIÑEZ, *Las cláusulas abusivas...*cit. pp. 52 y 162 entre otras; INFANTE RUIZ, «La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto», *RDPat*, 15, 2005, pp. 159 y ss.

⁴¹ «La transmisión de la propiedad y la autonomía privada», *Diario La Ley*, nº7765, de 29 de diciembre de 2011.

sino que supone también un control del consentimiento material en el sentido visto. La segunda cuestión es que, en principio, los elementos esenciales no están sometidos a un control de contenido pero sí a un control de inclusión y transparencia. La tercera cuestión a distinguir es la consecuencia de la falta de transparencia cuando esa falta afecta a un elemento esencial, es decir, qué consecuencia tiene en el contrato el que una cláusula que afecta un elemento esencial no traspase el control de transparencia.

Sabemos que la consecuencia que conlleva no traspasar un control de inclusión es la no incorporación al contrato y la consecuencia de que una cláusula no traspase el control de contenido es que será nula por tratarse de una cláusula abusiva. Sin embargo y aquí quizá resida la mayor complicación es que la consecuencia de que una cláusula que afecta a elementos esenciales no sea clara es que debe traspasar el control de contenido. En ese sentido, como vemos inmediatamente, el resultado no es la nulidad de la cláusula, sino la obligación de traspasar un control de contenido no previsto para el caso, precisamente, de que la cláusula sea clara y transparente. Precisamente porque lo que está exento de control de contenido debe someterse a control de consentimiento y viceversa. Es decir los elementos esenciales, en principio están exentos de traspasar un control de contenido precisamente porque se encuentran sometidos a un especial control de consentimiento, un consentimiento material aun dentro de las normas de incorporación al contrato.

Si entendiéramos que no se trata de un tercer control sino que simplemente forma parte del control de inclusión la consecuencia sería precisamente la no incorporación de la cláusula en el contrato⁴². Distinto sería que la falta de transparencia de la cláusula, de acuerdo con el 4.3 de la Directiva suponga que dicha cláusula deba traspasar el control de contenido. Es decir no que la consecuencia sea la nulidad por ser abusiva sino que deba traspasar el control de contenido y sólo en el caso de no traspasarlo estaríamos en presencia de una cláusula abusiva y por consiguiente nula. Distinto es que directamente, como en el derecho alemán, se considere que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de la cláusula nula por abusiva porque se entienda que implica un desequilibrio entre derechos y obligaciones contrario a la buena fe directamente, es posible incluso que pueda tratarse de una presunción de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a

⁴² Era mayoritaria la doctrina que entiende la falta de transparencia no conduce a la abusividad de la cláusula de que se trate sino que los requisitos de comprensibilidad y claridad del 4.2 de la Directiva deben reconducirse al control de inclusión del art. 5, por lo menos era la opinión de los primeros comentarios a la LCGC. Así, BERCOVITZ, «Comentarios a la Disposición adicional primera», en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999., pp. 753 y ss.; GONZALEZ PACANOWSCA, I., Comentario al artículo 7. No incorporación en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 235 y ss.; PAGADOR LOPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1998, pp. 53 y ss.

la buena fe que lleve a la conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad⁴³.

3.2. Breve referencia a la STJUE de 30 de abril de 2014

La STJUE de 30 de abril de 2014 vino a aclarar algunas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa, por lo que debe traerse a colación. Se dicta a partir de la petición de decisión prejudicial, por Hungría, que tenía por objeto la interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁴⁴. En el contrato se estipulaba que: «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo»; y que «el importe del préstamo, los intereses convenidos y los gastos de tramitación, así como los intereses de demora y demás gastos, se determinarán en la divisa extranjera, una vez realizada la entrega.»⁴⁵.

Además, lo que era lo más importante, de conformidad con la cláusula III.2 del contrato, «el prestamista fijará el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa [extranjera] aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento».

En definitiva, la cláusula no era ni clara ni comprensible porque no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución.

Los prestatarios ejercieron una acción contra Jelzálogbank, alegando el carácter abusivo de la cláusula III.2 del contrato. Adujeron que dicha cláusula, en la medida en que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa aplicada por Jelzálogbank, mientras que el

⁴³ Recuérdese que el control de contenido supone un análisis de la cláusula cuyo parámetro de juicio es la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

⁴⁴ Dicha petición se produce en el marco de un litigio entre el Sr. Kásler y la Sra. Káslerné Rábai («prestatarios»), por una parte, y OTP Jelzálogbank Zrt, por otra, acerca del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera.

Concretamente, El 29 de mayo de 2008 los prestatarios habían celebrado con Jelzálogbank un contrato de «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca», por un importe de 14.400.000 forintos húngaros (HUF).

⁴⁵ (Sobre la base de la cotización de compra del franco suizo (CHF) aplicada por Jelzálogbank el día de la entrega del préstamo, el importe de éste en francos suizos ascendía a 94 240,84 CHF. Los prestatarios debían devolver esa suma en veinticinco años, mediante cuotas mensuales que vencían el cuarto día de cada mes.), y según la cláusula II del contrato, el préstamo devengaba un tipo de interés nominal del 5,2 % que, incrementado en los gastos de tramitación a un tipo del 2,04 %, suponía una Tasa Anual Equivalente (TAE) del 7,43 % en la fecha en la que se concluyó el contrato de préstamo.

importe del préstamo entregado se fijó por este último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del artículo 209 del Código civil.

En el caso es que se plantearon distintas cuestiones, fundamentalmente si debía interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva en el sentido de que, en el caso de una deuda por un préstamo denominado en una divisa extranjera pero entregado en la moneda nacional y que ha de ser devuelto por el consumidor exclusivamente en la moneda nacional, la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa, que no ha sido objeto de negociación individual, podía formar parte de «la definición del objeto principal del contrato» y si de no ser así, sobre la base del segundo inciso del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, si había de entenderse que la diferencia entre el tipo de cambio de compra y de venta [de la divisa] constituía una retribución cuya adecuación al servicio prestado no podía ser analizada para apreciar su carácter abusivo, y si tenía alguna incidencia, al respecto, la cuestión de si se ha producido efectivamente una operación de cambio de divisas entre la entidad financiera y el consumidor.

Además si se debía interpretar el artículo 4, apartado 2, de la Directiva en el sentido de que el tribunal nacional también pudiera examinar, con independencia de lo dispuesto en su Derecho nacional, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales siempre que dichas cláusulas no estén redactadas de manera clara y comprensible, y si en este supuesto debía entenderse que las cláusulas contractuales debían ser por sí mismas claras y comprensibles para el consumidor desde el punto de vista gramatical o si, además, también debían ser claros y comprensibles los motivos económicos del empleo de la cláusula contractual y su relación con las demás cláusulas contractuales.

Finalmente y respecto de la integración en el caso de la nulidad se cuestionaba si ha de interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional no puede eliminar, en beneficio del consumidor, las causas de invalidez de una cláusula abusiva incluida entre las condiciones generales de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, modificando la cláusula contractual de que se trate e integrando el contrato, ni siquiera si, de no obrar así, en caso de que se suprima dicha cláusula, el contrato no puede subsistir sobre la base de las cláusulas contractuales restantes. A estos efectos, se cuestionaba si tiene relevancia que el Derecho nacional contenga una norma supletoria que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule en su lugar la cuestión jurídica de que se trate.

Ante las cuestiones señaladas interesa fundamentalmente en el caso, en lo que se refiere al Derecho de la Unión, que se parte de que «a los efectos de la Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debía referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio»

De la misma manera que «los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas». Por supuesto con cita de los distintos preceptos de la Directiva que se tienen en consideración, entre ellos evidentemente el artículo 4.2 de acuerdo con el que como sabemos el carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución... Ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida..., siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles.

Es muy importante en la sentencia, por lo que se refiere al derecho húngaro, que se cita el artículo 209.2 de su Código civil en la versión que era de aplicación en el momento de la celebración del contrato, coincidente con nuestra legislación que señalaba a partir de lo que se consideran cláusulas abusivas, que «Las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación»⁴⁶. Por lo dicho son evidentes las similitudes que existen entre el supuesto planteado y la regulación española. En definitiva lo importante, es que el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara lo siguiente:

«1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que:

– los términos “objeto principal del contrato” únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza;

– tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva

⁴⁶ A partir del 22 de mayo de 2009, se reforma el mencionado precepto que en la actualidad dispone:

«4. El hecho de que las condiciones generales de la contratación y las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que no hayan sido negociadas individualmente no estén redactadas de manera clara o comprensible fundamentará de por sí su carácter abusivo.

5. Las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones contractuales que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación, siempre que dichas estipulaciones estén redactadas de manera clara y comprensibles.»

de una “retribución” cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

3) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.»⁴⁷

Debe decirse que con posterioridad y en esta línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado dos sentencias: la Sentencia de 26 de febrero de 2015, caso *Matei*, y más recientemente, la Sentencia de 23 de abril de 2015, caso *Van Hove*.

En la primera se señala, con cita de la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, que «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan».

En la Sentencia del caso *Van Hove* el TJUE, con cita tanto de la sentencia *Kásler* como de la sentencia *Matei*, vuelve a señalar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical, sino que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se

⁴⁷ Importante declaración que se debe resaltar pese a no poder ocuparnos de este problema de integración de las cláusulas contractuales en esta ocasión. No se trata de integrar sino de aplicar el derecho vigente, el que deba aplicarse al suprimir la cláusula en cuestión.

halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y además que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor no sólo la información sobre las condiciones del compromiso facilitada con anterioridad a la celebración del contrato, sino también la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad aseguradora se hace cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario, así 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.

4. DELIMITACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013 SOBRE CLÁUSULAS SUELO

La bien conocida STS 241/2013, de 9 de mayo⁴⁸, sobre la validez e invalidez de las cláusulas suelo, ha tenido gran trascendencia y ha sido de gran importancia porque, además, se trata de una sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala Primera), por consiguiente, muestra el lógico fin de crear por sí misma jurisprudencia. Una de las cuestiones fundamentales de esta sentencia, en conexión con lo anterior, es que se pone de manifiesto que la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no significa que en nuestro Derecho esté permitido un control material de las cláusulas que se refieran a elementos esenciales. Y en lógica conexión lo que tal calificación como *ratio decidendi* implica y las consecuencias a las que conduce, puesto que define las cláusulas suelo como objeto principal del contrato⁴⁹.

⁴⁸ Y Auto de aclaración de la Sentencia de 31 de mayo de 2013. Vid. ORDUÑA MORENO, F.J., «Las cláusulas suelo: el control de transparencia (Comentario a la STS de Pleno, 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel González*, Aranzadi 2014, pp. 2363 y ss.

⁴⁹ Con anterioridad el TS, en su sentencia de 18 de junio de 2012 ya había iniciado la tendencia de diferenciación del control de transparencia como un control distinto y fuera del control de inclusión y de contenido. En el caso se trataba de resolver el carácter abusivo de un préstamo que se contrató a un interés muy superior al habitual, que se justificaba en las circunstancias singulares de refinanciación de esa operación y en los riesgos que asumía el prestamista, uniéndose la cuestión de que el prestatario conocía perfectamente el alto tipo de interés, asumiéndolo expresamente. Aunque no se trate de un supuesto similar, ya en esa sentencia, aunque como *obiter dictum*, el TS empieza a delimitar «el control de transparencia» como un control separado y distinto. En esta sentencia se subraya «que el control de inclusión» y el «control de transparencia» pueden proyectarse, a diferencia del «control de contenido» o «control de abusividad», sobre elementos esenciales del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Sostiene el TS que el «control de inclusión, particularmente el referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer (aquellas condiciones generales de la contratación que afectan a) la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte».

En el caso, la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios interpuso demanda de juicio verbal en ejercicio de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar-Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorro de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG, Banco S.A.U.), solicitando, entre otros extremos, la nulidad de las denominadas cláusulas suelo⁵⁰.

La sentencia resuelve la acción de cesación entablada sobre la base de la inclusión en sus contratos de préstamo hipotecario de límites mínimos a las variaciones del tipo de interés (cláusulas suelo), considerando que estas cláusulas son abusivas por un defecto de transparencia y no por un desequilibrio excesivo entre la cláusula suelo y el límite máximo a la variación del tipo de interés (cláusula techo).

En principio, el TS declara de entrada que las cláusulas suelo son lícitas, lo que significa que no siempre y en todo caso la inclusión de esta cláusula en un contrato puede conducir a la nulidad de la misma. No obstante, se declara la nulidad relativa de la cláusula suelo, lo que supone que dicha cláusula se tenga por no puesta, pero sin afectar a la validez del resto del contrato de préstamo hipotecario a interés variable que subsiste sin la citada cláusula. Y se fundamenta su nulidad en su inclusión en el contrato sin que el consumidor adherente fuese específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tenía dicha cláusula como elemento definitorio del objeto principal del contrato, ya que un contrato de tipo de interés variable se transformaba en la práctica en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de dicha cláusula.

Lo más importante de la STS de 9/5/2013 es el planteamiento de un control de transparencia separado e independiente. El TS señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión. En ese sentido en la

⁵⁰ La Sentencia de Primera Instancia rechazó la falta de legitimación de AUSBANC y estimó que las denominadas «cláusulas suelo» existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las «cláusulas techo», las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y a abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo.

En apelación, la Audiencia rechaza la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

Sentencia se señala que «admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores».

En realidad, y de acuerdo con lo recogido en la Sentencia, la contratación bajo condiciones generales está sujeta a una doble exigencia de transparencia⁵¹. De una parte se distingue una exigencia de transparencia a efectos de incorporación al contrato, equivalente al control de inclusión o de incorporación de los artículos 5.5 y 7 b) LCGC, cualidad que sería predicable del contrato de hipoteca en el que se hubieran cumplido los estándares establecidos en el proceso de contratación diseñado en las normas especiales sobre transparencia en la contratación de hipotecas (la Orden de 5 de mayo de 1994, vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011)⁵². Y de otra, es preciso que las condiciones ya incorporadas al contrato superen «el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta [...] tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la “carga jurídica” del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»⁵³.

La importancia de esta sentencia se muestra en el análisis que se realiza respecto de ese segundo examen, importante también, como luego se dirá, respecto del diferente

⁵¹ En el Fundamento Jurídico Décimo Segundo de la sentencia se plantea la cuestión: «1. Planteamiento de la cuestión.

204. Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.»

⁵² Vid. CORDERO LOBATO («El control de transparencia de las cláusulas suelo», *CCJC 94* pp.565 y ss.); también PERTIÑEZ, «Falta de transparencia...», cit.

⁵³ 210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que «[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido». Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

tratamiento de la condición de consumidor al efecto de estos contratos. Como se recoge en la Sentencia (211):

“En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.»

En esa línea entiende el TS que en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas.

Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Se resalta, así, que no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

A partir de un exhaustivo análisis concluye el Alto Tribunal: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

El análisis que realiza el Tribunal Supremo se resume en lo siguiente:

- Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.
- La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así

engañoso y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

- Pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas «*no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios*», lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

Lo que lleva a concluir, en definitiva, que las cláusulas analizadas, no son transparentes por las siguientes razones:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Como puede observarse, no se entra en un posible control de contenido aunque se realizan diversas consideraciones más bien doctrinales sobre el mencionado control que pudiera conducir a una declaración de la cláusula suelo como cláusula abusiva, sin embargo, no va más allá pese a la extensión de la sentencia. Señala el TS que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad —este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato—. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

A partir del artículo 8 LCGC y del artículo 3.1 de la Directiva el TS hace un extenso estudio doctrinal de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, sin embargo, no se pronuncia al respecto dado que ya resuelve en función de la falta de transparencia lo que conlleva, según la sentencia, no entrar en un posible análisis de abusividad de la cláusula lo que supondría entrar a realizar un control de contenido de la mencionada cláusula suelo.

Si tomamos en consideración las ideas expuestas en estas líneas necesariamente hay que decir que esta sentencia carece de la importante conclusión de que la falta de transparencia conduce a que la cláusula en cuestión deba traspasar un control de contenido precisamente en aplicación del artículo 4.3 de la Directiva con la finalidad de que de no traspasar ese control deberá declararse abusiva y por consiguiente nula.

5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA

Las consecuencias de que una cláusula adolezca de falta de transparencia se manifiestan en dos planos distintos. Se trata de analizar las consecuencias que se derivan de la declaración de que una cláusula no es transparente, esto es, los efectos que se derivan de que una determinada cláusula no ha traspasado ese denominado control de transparencia. Estas consecuencias se manifiestan de una doble manera. En primer lugar se debe poner de manifiesto si la nulidad de la cláusula, que afecta a elementos esenciales del contrato, se deriva directamente del hecho de no haber traspasado dicho control de transparencia o la consecuencia es la necesidad de traspasar, debido a la falta de transparencia, el control de contenido y en su caso ser declarada nula por abusiva. En segundo lugar las consecuencias que se deriven de la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión a los efectos de la necesaria restitución de las prestaciones.

5.1. *La falta de transparencia de la cláusula conduce a su necesario control de contenido*

De acuerdo con lo dicho, debe hacerse una comparación entre las consecuencias a las que el Tribunal Supremo llega en su sentencia de 9 de mayo de 2013 y aquellas a las que se debería haber llegado a partir del análisis de los distintos controles que deben traspasar las condiciones generales de la contratación cuando afectan a elementos esenciales del contrato.

Básicamente, como vemos inmediatamente, el TS declara la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y además declara una especie de irretroactividad de las consecuencias de la nulidad.

En la sentencia no se explica cuáles son las consecuencias de la falta de transparencia «sustancial» de la cláusula incorporada. Si nos fijamos el TS en un primer momento parece considerar que la falta de transparencia sustancial de la cláusula incorporada tiene como consecuencia su sometimiento al control de su abusividad, es decir, al control de contenido que, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no

estaría excluido con respecto a cláusulas referentes a elementos esenciales no transparentes⁵⁴. Sin embargo, el Tribunal declara la nulidad parcial del contrato sin declarar la abusividad por no traspasar el mencionado control de contenido y sin explicación de la razón en la que basa la nulidad, es decir la regla jurídica en la que se fundamenta la nulidad de las cláusulas suelo, salvo la falta de transparencia⁵⁵.

Si distinguimos entre los diferentes controles que deben traspasar las condiciones generales de la contratación precisamente porque en alguna medida suponen una especial forma de contratar, se deben diferenciar también las consecuencias que se anudan para el caso de que la cláusula en cuestión no traspase los distintos controles, esto es, en principio control de inclusión y control de contenido.

Los elementos esenciales no están sometidos a un control de contenido pero sí a un control de inclusión y transparencia. Se trata de determinar cuál es la consecuencia de la falta de transparencia cuando esa falta afecta a un elemento esencial, es decir, que consecuencia tiene en el contrato el hecho de que una cláusula relativa a un elemento esencial no traspase el control de transparencia.

Sabemos que la consecuencia que conlleva no traspasar un control de inclusión es la no incorporación al contrato mientras que la consecuencia de que una cláusula no traspase el control de contenido es que será nula por tratarse de una cláusula abusiva. Sin embargo, y aquí quizá resida la mayor complicación, debemos preguntarnos si la consecuencia de que una cláusula que afecta a elementos esenciales no sea clara es que debe traspasar el control de contenido o si existe una ineficacia automática. Distinto sería, y es lo que parece hacer la sentencia comentada, que la consecuencia de la falta de transparencia respecto de elementos esenciales fuese la no incorporación, consecuencia prevista más bien para determinadas cláusulas que no sean claras y transparentes desde un punto de vista meramente formal. Si el efecto cuando se trata de elementos esenciales fuese el mismo que el previsto para el caso de la no incorporación llevarían razón los autores que señalan que la única regla jurídica que pudiera ser el fundamento previsible podría ser el error vicio⁵⁶. Sin embargo, no es eso lo previsto por el artículo 4.3 de la Directiva.

En ese sentido, insistimos, la consecuencia no es la nulidad automática de la cláusula, sino la obligación de traspasar un control de contenido no previsto para el caso, precisamente, de que la cláusula sea clara y transparente. La razón no es otra que lo

⁵⁴ &&207 y 215 a) de la sentencia.

⁵⁵ Fundamento 16, &265 y ss. de la Sentencia.

⁵⁶ Vid. CORDERO LOBATO («El control de transparencia de las cláusulas suelo», *CCJC 94* pp.565 y ss.); Señala la autora, (p. 580) refiriéndose al consentimiento existente pero viciado por error o dolo que «para ello ha de darse una sustancialidad cuya concurrencia es cuestionable».

Tampoco consigue una fundamentación PERTIÑEZ, «Falta de transparencia...», cit., pp. 4 y 18, que intenta basarse en los deberes generales de información precontractual del art. 60 TRLGDCU que en definitiva se refiere a la obligación de informar.

que está exento de control de contenido debe someterse a control de consentimiento y viceversa. Es decir los elementos esenciales, en principio están exentos de traspasar un control de contenido precisamente porque se encuentran sometidos a un especial control de consentimiento, un consentimiento material aun dentro de las normas de incorporación al contrato.

Si entendiéramos que no se trata de un tercer control sino que forma parte del estricto control de inclusión la consecuencia sería precisamente la no incorporación de la cláusula en el contrato⁵⁷. Es distinto que la falta de transparencia de la cláusula, de acuerdo con el 4.3 de la Directiva suponga que dicha cláusula deba traspasar el control de contenido. Es decir no que la consecuencia sea la nulidad por ser abusiva sino que deba traspasar el control de contenido y sólo de no traspasarlo se trataría de una cláusula abusiva y por consiguiente nula. Distinto es que directamente, lo que si sucede en el derecho alemán⁵⁸, se considere que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de la cláusula nula por abusiva porque se entienda que implica un desequilibrio entre derechos y obligaciones contrario a la buena fe. Es posible incluso que pueda tratarse de una interrelación directa entre falta de transparencia y abusividad de la cláusula de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a la buena fe que lleva a esa conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad⁵⁹. Como señala PERTIÑEZ, recogiendo la doctrina alemana, existe entre la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y el control de contenido una conexión, puesto que la falta de transparencia de las cláusulas sobre las que el cliente funda típicamente su decisión de contratar, puede ser causa de un perjuicio para el consumidor consistente en la alteración de la onerosidad⁶⁰ o —en términos de la STS 9 de mayo de 2013— de la carga económica del contrato.

⁵⁷ Era mayoritaria la doctrina que entiende la falta de transparencia no conduce a la abusividad de la cláusula de que se trate sino que los requisitos de comprensibilidad y claridad del 4.2 de la Directiva deben reconducirse al control de inclusión del art. 5, por lo menos era la opinión de los primeros comentarios a la LCGC. Así, BERCOVITZ, Comentarios a la Disposición adicional primera en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999., pp. 753 y ss.; GONZALEZ PACANOWSCA, I., «Comentario al artículo 7. No incorporación», en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 235 y ss.; PAGADOR LOPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1998, pp. 53 y ss.

⁵⁸ Vid. explicación de las distintas opiniones doctrinales en Alemania de PERTIÑEZ, «Falta de transparencia...», cit., pp. 20 y ss. y extensamente en *Las cláusulas abusivas...*, cit., p.113-124.

WESTERMANN, H.P., «Das Transparenzgebot ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?», *Festschrift für Steindorft*, Berlín 1990, pp. 827-856.

⁵⁹ Vid. resumidamente STADLER, A. *Jauernig BGB Kommentar*, 15 ed., Beck, München 2014 & 307 pp. 361 y ss.; con mayor amplitud, vid. KIENINGER, E.V. &307 en *Münchener Kommentar*, Band 2, 5ª ed., pp. 1116 y ss.

⁶⁰ WESTERMANN, «Das Transparenzgebot...», cit., p. 818.

A mi juicio esta es la argumentación correcta a efectos de la declaración de abusividad de la cláusula, en este caso de la cláusula suelo. Lo que parece dudoso es la alternativa entre tener que traspasar ese control de contenido al que remite la falta de transparencia o bien entender que en determinados casos, como sería desde luego la cláusula suelo, la falta de transparencia automáticamente conduce a un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por cuanto para el consumidor supone una alteración de la onerosidad. No obstante, esta última no parece que deba ser la solución en todo caso. Por ello no parece que se deba establecer este automatismo de anudar a la falta de transparencia la condición de cláusula abusiva, puesto que el control de contenido supone un análisis de la cláusula cuyo parámetro de juicio es la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que quizá no toda falta de transparencia provoque.

Finalmente se debe subrayar el perjuicio que ocasiona una legislación como la nuestra en materia de condiciones generales. Como reiteramos, esta manera especial de contratar implica que la ley haya tenido que regular unos especiales controles que no tienen que traspasar aquellos contratos en los que no existen condiciones generales. Por ello los controles legales deberían haberse previsto sólo porque es una especial manera de contratar la que se realiza con condiciones generales y no sobre la base de los contratantes. Los especiales controles deberían haberse dispuesto en todo caso y con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, esto es, siempre que el contrato se realice incorporando condiciones generales de la contratación.

En este sentido lo que debiera haber sido el núcleo de una Ley de condiciones generales, es decir, una cláusula general para efectuar un control específico del contenido distinto del que generalmente es aplicable a todos los contratos nuestra Ley no lo tiene, estableciendo únicamente este especial control para el contrato celebrado con un consumidor (art. 8.2 LCGC).

Como también reiteramos en ambos textos legales (LCGC y TRLDCU) se prevén dos tipos de controles: un control de incorporación o inclusión que deberán traspasar las condiciones generales con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios; y un control de contenido que únicamente deberán traspasar aquellas condiciones generales incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor, por ello sólo merecen el calificativo de cláusulas abusivas aquellas condiciones generales que no traspasen el control de contenido que se establece.

Ante esta legislación, sólo los consumidores pueden pretender la nulidad de condiciones generales que afecten a elementos esenciales por ser abusivas⁶¹. Un

⁶¹ En la SAP Pontevedra 14 octubre 2014 se señala que la actora no ostenta la condición de consumidora, por lo que no le es de aplicación la normativa especial de protección de los consumidores y usuarios, en particular el Texto Refundido. Lo que se traduce, según la Sala, en que «el control de incorporación en su primer grado resulta plenamente aplicable; no así lo que el TS ha denominado “doble control de

control de contenido de aquellas condiciones generales que aun refiriéndose a elementos esenciales tengan que traspasarlo por falta de transparencia, de acuerdo con el artículo 4.3 de la Directiva, sólo podrá afectar a contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, no entre empresarios⁶². Para estos últimos quedará únicamente la posibilidad de alegar el artículo 8.1 LCGC, por consiguiente, la posibilidad de que se trate de una condición general contraria a ley imperativa, además por supuesto de que sean aplicables las normas generales de los contratos.

Estamos ante otra llamada de atención de una legislación que no responde a las necesidades de la contratación con condiciones generales. Esta forma de contratar no sólo afecta a los consumidores, no sólo debe responder a una protección de la transparencia desde el punto de vista de los sujetos. Debe responder de una manera objetiva por tratarse de una especial forma de contratar donde una de las partes predispone la oferta, incluye sus condiciones en la misma y dispone todas y cada una de las cláusulas que van a regir la vida del contrato, esto es, dispone y predispone el contenido contractual.

5.2. *Restitución de cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula. STS de 25 de marzo de 2015 (Pleno)*

En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS además de declarar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, declara una especie de irretroactividad de las consecuencias de la nulidad, innecesaria declaración probablemente, en principio, al tratarse de una acción colectiva y no haberse acumulado la solicitud de devolución de cantidades e indemnización de daños⁶³. De hecho no se dio suficiente relevancia a la

transparencia”, limitado a los contratos con consumidores»; y a «que el control de contenido no puede extenderse a los supuestos de abusividad de las cláusulas contractuales previsto en la legislación especial de consumidores y usuarios. Por tanto este control debe detenerse en el análisis, dentro del ámbito del art. 8.1 LCG, de la posible vulneración por la cláusula en cuestión de leyes imperativas o prohibitivas. Entre ellas, claro está, las generales de las obligaciones y contratos contenidos en el Código Civil.

Vid. SAP Madrid 27 febrero 2015 La promotora pidió, a un Juzgado de lo Mercantil, la declaración del carácter abusivo y nulo de la cláusula-suelo y la condena a la devolución de los intereses cobrados en exceso. Aunque en realidad se recoge un problema de competencia del Juzgado, la Sala recuerda en su sentencia que el art. 8.1 LCGC prevé la posibilidad de ejercitar acciones de nulidad a propósito de condiciones generales de la contratación que contradigan en perjuicio del adherente normas imperativas o prohibitivas, lo cual abarca tanto a consumidores (para los que se reserva, además, el ámbito de protección contra estipulaciones abusivas del no 2 del mencionado artículo 8) como a la contratación entre empresarios.

⁶² Defiende PLAZA, ob. cit., la posible aplicación a contratos entre empresarios si se parte de la base de un especial control de transparencia.

⁶³ De acuerdo con el art. 12.2 LCGC, a la acción de cesación se podría haber acumulado como accesoria «la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones», sin embargo y por la razón que fuere, la asociación de consumidores demandante no acumuló a la acción de cesación, la acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas.

cuestión en un principio pues se había dejado claro que no afectaba ni a los pagos realizados ni a los procesos finalizados. Sin embargo, cabía la duda de que pasaría en los casos en los que se demandase a los bancos para dejar de pagar las cuotas del préstamo de conformidad con el suelo y a la solución del caso por caso. El pronunciamiento de la irretroactividad de la STS 9 de mayo de 2013 parece que se refiere exclusivamente a «su» sentencia. Es decir, no hay un pronunciamiento sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en general, sino solamente sobre la irretroactividad de la sentencia, lo que no impedía la posibilidad de decidir en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si se aplicaría o no la excepción a la regla general de la restitución de las prestaciones prevista en el artículo 1303 CC.

El Tribunal Supremo parte de «la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad»; sin embargo, advierte que esa retroactividad no opera con carácter absoluto y automático. Para fundamentar la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad se recurre a la seguridad jurídica, textualmente «no puede[n] ser impermeable[s] a los principios generales del Derecho —entre ellos, de forma destacada, la seguridad jurídica (artículo 9.3)—»; es necesario para limitar los efectos retroactivos «que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves» (cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Sala Primera] de 21 de marzo de 2013, caso *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalene, V.*, apdo. 59).

En definitiva se trata de fundamentar que resulte posible limitar o modular judicialmente los efectos restitutorios de la nulidad en función de las circunstancias concretas del caso. Y para ello el Tribunal Supremo atiende al principio de seguridad jurídica y, más en particular, a los criterios que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinan la prevalencia de ese principio en determinados casos: los criterios de buena fe y el riesgo de trastornos graves, es decir, la salvaguardia del orden público económico. En esta línea el Tribunal Supremo identifica hasta once circunstancias concurrentes en el caso de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo que determinan su falta de eficacia retroactiva respecto de los pagos realizados con anterioridad a la declaración de nulidad (& 293).

Con base en lo señalado se concluye finalmente que «procede declarar la irretroactividad de la presente 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). Por tanto, en el caso resuelto, no se da eficacia retroactiva a la declaración de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo, todo ello con base el orden público económico que aquí se anuda en definitiva a los graves trastornos que pueden producirse en la economía nacional. Y por tanto la consecuencia es que no cabe la reclamación de las cantidades abonadas por el deudor por intereses en aplicación de esa cláusula antes de la declaración de nulidad y el acreedor legitima, por consiguiente, la no restitución de lo que cobró indebidamente.

No se puede estar de acuerdo con una decisión que impida la devolución de las cantidades que indebidamente se cobraron. Con independencia de que la restitución, de acuerdo con el artículo 1303 CC es la consecuencia necesaria de la nulidad, se trata de no colaborar en la legitimación de consecuencias injustas. Si no debieron cobrarse cantidades porque la cláusula de acuerdo con la que procedía su cobro era nula, no se puede sostener que con posterioridad el que las cobra pueda quedarse con las cantidades injustamente cobradas y no devolverlas. Se reconoce, como dice con toda razón PERTIÑEZ⁶⁴ efectos vinculantes a las cláusulas suelo cuando son abusivas, lo que es absolutamente sorprendente.

A partir de la mencionada sentencia las resoluciones judiciales de los distintos Juzgados y Audiencias⁶⁵ adoptaron distintas soluciones a casos esencialmente iguales. Nulidad de la cláusula y restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma o bien nulidad de la cláusula sin restitución de las cantidades, por tanto y en estos casos dotando de unas consecuencias distintas a las generales de la nulidad, cual es la restitución de las prestaciones.

En medio de toda esta complicación judicial se esperaba algún pronunciamiento claro por parte del Tribunal Supremo, lo esperaban los particulares y lo esperaban los jueces que debían resolver los casos concretos. Sin embargo, el Tribunal Supremo lo ha complicado más aún si cabe.

⁶⁴ «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 nº 8154*, 23 de septiembre de 2013. «Una 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.»

⁶⁵ El seguimiento que se ha hecho por Juzgados y Audiencias Provinciales por la doctrina fijada por el TS en la sentencia ha sido muy dispar. Se pueden diferenciar dos grupos de sentencias de las Audiencias Provinciales y citamos sólo algunas de las inmediatamente posteriores a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 que indican la importancia de la cuestión que de hecho ha llevado a que la Audiencia de Alicante haya planteado sendos autos al TSJUE en 2015. De un lado, están las que, siguiendo los fundamentos y resolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, han mantenido que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, han desestimado las pretensiones de restitución de las cantidades cobradas por causa de su aplicación (entre otras, Sentencias de la AP de Córdoba (Secc. 3.ª) de 12 de junio, 8 de junio y de 31 de octubre de 2013; Sentencias de la AP de Cáceres (Secc. 1.ª) de 22 de mayo, de 3 de junio y 18 de junio, 2 de octubre, 5 de noviembre, 8, 14, 18 y 19 de noviembre de 2013; Sentencias de la AP de Cádiz (Secc. 5.ª) de 13 y 17 de mayo de 2013; Sentencia de la AP de Granada (Secc. 3.ª) de 18 de octubre de 2013; Sentencia de la AP de Alicante (Secc. 8.ª) de 12 de julio de 2013 y Sentencia de la AP de Madrid (Secc. 28.ª) de 23 de julio de 2013.

Frente a la anterior solución se muestra otra posición en las sentencias de Audiencias Provinciales que han entendido que debía aplicarse de forma literal el artículo 1.303 del Código Civil y, en consecuencia, declaran el carácter retroactivo de la nulidad y estiman las pretensiones restitutorias de los actores (Sentencia de la AP de Alicante (Secc. 8.ª) de 23 de julio de 2013; Sentencia de la AP de Murcia, Sentencia de la AP de Álava (Secc. 1.ª) de 9 de julio de 2013; Sentencia de la AP de Ciudad Real (Secc. 1.ª) de 11 de julio de 2013; Sentencia de la AP de Madrid (Secc. 25.ª) de 18 de septiembre de 2013 y Sentencia de la AP de Barcelona (Secc. 15.ª) de 16 de diciembre de 2013).

En su sentencia de 25 de marzo de 2015, también del Pleno, el Tribunal Supremo confirma el fallo de la de 9 de mayo de 2013 y sostiene que no se pueden recuperar los intereses cobrados por los bancos en virtud de cláusulas-suelo que se hubieran devengado y pagado antes de la Sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013. En el caso se trataba de determinar si el banco, en este caso el BBVA sólo está obligado a eliminar la cláusula y a devolver los intereses cobrados en exceso desde mayo de 2013 o debía devolver todos los intereses cobrados desde que el «suelo» empezó a aplicarse. En el fallo el TS señala, lo que por otra parte se fija como doctrina:

“Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

El núcleo de la sentencia, en un intento por parte del TS de coherencia con la de 9 de mayo de 2013, se encuentra en la justificación que realiza de la eficacia *ultra partes* de dicha sentencia de 2013⁶⁶, lo que a nuestro juicio resultaría admisible directamente en un sistema de *common law* con los requisitos necesarios por supuesto, pero no en un sistema como el nuestro⁶⁷. El análisis necesariamente debía realizarse respecto de las dos cuestiones, respecto de la nulidad de la cláusula suelo y respecto de la restitución de cantidades.

Se analiza la eficacia *ultra partes* en el sentido de que cualquier cliente de BBVA —condenado a eliminar la cláusula-suelo por aquella sentencia en el marco de una acción de cesación colectiva emprendida por una asociación de consumidores— puede pedir, en el marco de un pleito individual, que se le «aplique» la sentencia y, por tanto, que se considere nula la cláusula-suelo incluida en su contrato de préstamo hipotecario. Pero además, si se puede pedir que se condene a BBVA a devolverle las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de dicha cláusula y, en concreto, de *todas* las cantidades cobradas en virtud de dicha aplicación y no sólo las cobradas a partir de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 que estableció, expresamente, que sus pronunciamientos no tenían carácter «retroactivo».

Ante ese planteamiento lo que el Tribunal Supremo sostiene es que «la sentencia de 9 de mayo de 2013 no puede ser alegada parcialmente». Si el particular lo que pretende es beneficiarse de los pronunciamientos que hizo el TS en su sentencia de 2013, sin tener que entrar a analizar la falta de transparencia en su caso concreto, el Juez

⁶⁶ De acuerdo con ALFARO, blog Almacén de Derecho de 17 de abril de 2015, en el análisis que hace de la STS de 25 de marzo de 2015.

⁶⁷ Como es sabido, la eficacia de una sentencia viene delimitada por la fuerza de la cosa juzgada, una sentencia no es más que un acto de aplicación de la ley y carece de fuerza normativa general.

declarará nula la cláusula sin pronunciarse en nada más y en ese caso sólo procederá la restitución de las cantidades indebidamente cobradas a partir de la STS de 9 de mayo de 2013. Como gráficamente describe ALFARO, que «lo que no puede hacer el cliente es estar a las maduras —la nulidad de la cláusula-suelo del BBVA— y no a las duras —recuperar sólo los intereses cobrados en su virtud desde la sentencia de 2013—.»

Consecuentemente con lo que explica ALFARO habrá que entender que los tribunales de instancia podrán seguir condenando a los bancos a devolver «todos los intereses cobrados» en aplicación de la cláusula-suelo si, en el pleito correspondiente, se discutió y se afirmó por el tribunal la «intransparencia» de la cláusula en el caso concreto.

Habrà que entender entonces que el enfoque a los efectos de obtener la nulidad de este tipo de cláusulas será doble. Si lo único que se pretende es la declaración de nulidad de la cláusula y recuperar las cantidades indebidamente cobradas a partir del 9 de mayo de 2013 pues sólo habrá que alegar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la de 25 de marzo de 2015. Si lo que se pretende es hacer un verdadero análisis de transparencia de la cláusula en cuestión y obtener la declaración de nulidad y así las consecuencias que deben derivarse de la misma, en ese caso tendremos un pleito completamente distinto. La única cuestión a pensar es el probable aumento de litigiosidad si se trata de recuperar todas las cantidades indebidamente cobradas en su totalidad. Por otra parte no deja de sorprender que las consecuencias que se deriven de la nulidad se hagan finalmente depender de la eficacia *ultra partes* de la sentencia.

Disconforme con la doctrina establecida por el Pleno en esta sentencia de 25 de marzo de 2015 se formula voto particular por el Magistrado Orduña Moreno al que se adhiere el Magistrado O'Callaghan Muñoz. En el voto particular se desarrolla: la inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados y la necesidad de concretar el fundamento técnico de la cuestión en el ámbito del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente; el control de transparencia y la razón de la ineficacia contractual; la diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto de la retroactividad; la concreción de la ineficacia: razón del efecto restitutorio y su alcance *ex tunc* en el ejercicio de acciones individuales; control de transparencia y proyección del principio de buena fe.

Respecto del voto particular emitido sólo vamos a resaltar que efectivamente era necesaria la diferenciación entre el ejercicio de acciones colectivas e individuales máxime si en las primeras no se acumula la reintegración como consecuencia de la nulidad. Por otra parte y también necesario el análisis de las consecuencias de la nulidad que no pueden ser otras, de acuerdo con el artículo 1303 CC, que la restitución desde la celebración del contrato. Sin embargo, innecesario a nuestro juicio, volver sobre la cuestión del control de transparencia y la declaración de la abusividad de la cláusula, pues salvo que se realice un posterior control de contenido como

consecuencia de la falta de transparencia no procede mayor explicación. Siempre además dando por hecho que el control de transparencia requiere un análisis del caso especial y no igual en ningún supuesto puesto que la información difícilmente será idéntica en todos los casos.

Decíamos anteriormente que en medio de esta situación de complicación judicial tanto los particulares como los jueces esperaban alguna respuesta por parte del TS. La respuesta se ha dado tal y como acabamos de exponer en estas líneas.

Las dudas no se han resuelto y quizás la cuestión aún se complique un poco más. Lo demuestra que en los últimos meses la Audiencia Provincial de Alicante haya decidido traspasar la doctrina del TS y formular cuestión prejudicial al TJUE de fecha 10 y 15 de junio de 2015. Se plantean por la Sala varias cuestiones pero sin duda la central es la formulada respecto de dos cuestiones en concreto:

- «¿Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraiga a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?».
- «El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?» De responderse afirmativamente, «el riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando solo en consideración el que se pueda producir para el profesional o también se deben tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?».

En poco tiempo obtendremos respuesta por parte del TJUE que, quizá como en el caso *Aziz*, volverá a llamar la atención sobre la indefensión en que se encuentran los deudores hipotecarios ante cláusulas abusivas. No puede admitirse la denominada irretroactividad de la declaración de nulidad. Volverá a decir el TJUE, de nuevo, que la nulidad la declara la ley y que no es necesaria una sentencia. Como recuerda MIQUEL⁶⁸

⁶⁸ Refiriéndose a la STS de 9 de mayo de 2013, señala que «El Tribunal Supremo mezcla directamente Derecho Privado y Economía, ignorando, aunque conscientemente, que no puede excusar la aplicación de la ley porque los deudores –en este caso los Bancos– experimenten al cumplirla dificultades económicas. Es una decisión sorprendente, pues a pesar de razonar que la nulidad se produce desde el momento de la celebración del contrato, invoca la seguridad jurídica de los Bancos para eximirlos de devolver lo que cobraron indebidamente», en *Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios*, cit., p. 249.

«Las sentencias no son constitutivas de la nulidad, ni tampoco fuente del Derecho, por lo que no pueden suplantar a la ley».

BIBLIOGRAFÍA:

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Civitas, 2009.

ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

ALFARO AGUILA-REAL, J., «Blog Almacén de Derecho cláusula suelo» (entradas 17 de abril de 2015).

ÁLVAREZ OLALLA, P., «No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», 1 *Aranzadi Civil-Mercantil*, 11 (2013), pp. 51- 60.

ARROYO MARTÍNEZ, I., «Comentario al artículo 1 LCGC», en ARROYO, I. y MIQUEL, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 31.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentarios al artículo 87 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, S., «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?», *Libro Homenaje al prof. José María Miquel*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CÁMARA LAPUENTE, S., «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusula suelo», *CESCO*, 6, 2013.

CAÑIZARES LASO, A., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.

CAÑIZARES LASO, A., «Comentario a la disposición adicional 1.14», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (dir. Menendez/Diez-Picazo), Civitas, Madrid, 2002.

CARRASCO PERERA, A., «invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», en *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución*, (dir. Delgado), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 1053.

CORDERO LOBATO, E., «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?», *CESCO*, 5 (2013), pp. 26-34.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, 1996.

DURANY PICH, S., «Comentario al artículo 5 LCGC», en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), Madrid: Civitas, 2002.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo» en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dir. Nieto Carol), Valladolid: Lex nova, 2000.

DYLLA-KREBS, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Nomos, Baden-Baden, 1990.

GETE-ALONSO, M.C., « Comentario al artículo 7, pp. 71 y ss.», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (dir. Arroyo-Miquel), Madrid, 1999.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a la STS 17 junio 2010», *CCJC* 86 (2011), pp. 799-812.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., « Comentario al artículo 5 y 7», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999 (dir. Bercovitz).

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Condiciones generales y cláusulas abusivas» en *Comentarios al TRLGDCU*, (dir. Bercovitz), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

INFANTE RUIZ, F., «La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto», *RDPat*, 15, 2005, pp. 159 y ss.

KIENINGER, E.V., «& 307», en *Münchener Kommentar*, Band 2, 5ª ed., pp. 1116 y ss.

MICKLITZ, H., (1999), «Obligation de clarté e intepretation favorable au consommateur», *The «unfair terms” Directive, five years on. Evaluation and future perspectives*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, pp. 159-173.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudio Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol IV.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios al artículo 8 LCGC», en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002), p. 911.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios a la DA 1a de la LCGC», en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.).

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios al artículo 7.1 CC», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La nulidad de las condiciones generales», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 193-223.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios», *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art, 82 TR-LGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (dir.), Madrid, 2011, pp. 768-788.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La transmisión de la propiedad y la autonomía privada», *Diario La Ley*, nº7765, 2011.

ORDUÑA MORENO, F.J., «Las cláusulas suelo: el control de transparencia (Comentario a la STS de Pleno, 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel González*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 2363 y ss.

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 280-281.

PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 5 (2011), pp. 125-147.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario al artículo 80», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. Cámara), Colex, 2011, pp. 696 y ss.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Aranzadi Civil-mercantil*, num.9/2012.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, 2013.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «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*, nº 8154, 2013.

PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8112, 2013.

SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario a la STS 22 diciembre 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 85 (2011), pp. 78 y ss.

STADLER, A., «& 307», en JAUERNIG, *BGB Kommentar*, 15 ed., Beck, München, 2014.

WESTERMANN, H.P., «Das Transparenzgebot ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?», *Festschrift für Steindorft*, Berlín, 1990, pp. 827-856.

Fecha de recepción: 31.08.2015

Fecha de aceptación: 15. 09.2015