

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2014 (3903/2014)**

**El control de transparencia de las cláusulas suelo
como causa única y directa de su carácter abusivo
(crítica y reconducción
hacia el control de incorporación)**

Comentario a cargo de:
Sergio Cámara Lapuente
Catedrático de Derecho civil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2014**

ID CENDOJ: 28079119912014100017

PONENTE: *EXCMO. SR. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO*

Asunto: Se trata de la segunda sentencia plenaria sobre las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable tras la STS de 9 de mayo de 2013 (derivada ésta de una acción colectiva) e incide particularmente en el desarrollo del expediente de la transparencia como posible causa de declaración del carácter abusivo directo de tales cláusulas. En esta ocasión, el Tribunal Supremo refrenda para varias acciones individuales acumuladas la naturaleza de condición general sobre la contratación de la cláusula suelo, a la que considera elemento esencial del contrato; refina los rasgos del control de transparencia, que caracteriza como un subtipo del control general de abusividad y no del de inclusión o incorporación; y, sin entrar en las consecuencias de la nulidad de la cláusula (retroactividad/irretroactividad), estima que las cláusulas de los casos planteados son abusivas por falta de

transparencia, en lo que discrepa –en la aplicación al caso, no en el diseño del control de transparencia– el voto particular del Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. La cláusula suelo como condición general del contrato y como elemento esencial del mismo. 5.2. El control de transparencia de las cláusulas abusivas. 5.3. Recapitulando el aspecto más discutible: falta de transparencia igual a “cláusula abusiva” para el TS, cuando debería ser “cláusula no incorporada”. 5.4. Aplicación del control de transparencia al caso y discrepancia del voto particular al respecto. 5.5. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

Ante el Juzgado de lo Mercantil de Segovia se interpuso una demanda en la que se acumularon ocho acciones individuales solicitando la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia (Caja Segovia, después absorbida por la entidad Bankia, quien actuó en todas las instancias como la parte demandada). La cláusula, incluida en una más amplia y extensa que regulaba el interés variable, era similar en los ocho contratos suscritos por los consumidores y tenía el siguiente tenor literal: *“No obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo en los “períodos de interés” siguientes al inicial del % anual [según cada contrato, oscilaba entre el 2,75% y el 3,45%], de forma que, si del procedimiento de revisión descrito en los apartados anteriores para un “período de interés determinado” resultara un tipo de interés nominal inferior al mínimo pactado anteriormente, se aplicará en su lugar este tipo mínimo durante dicho período de interés”*.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Segovia de 21 de septiembre de 2012 estimó parcialmente las demandas, declaró la nulidad de la cláusula pero no condenó a la demandada al pago de cantidad alguna. El Juzgado entendió que la estipulación era una condición general del contrato por no haberse probado la negociación y la consideró abusiva por falta de reciprocidad al no haber establecido una correspondiente cláusula techo. La resolución no accedió a la petición de la devolución de las cantidades cobradas por conside-

rar que la solicitud no se ajustaba al art. 219 LEC en cuanto a concreción de la cuantía en ejecución de la sentencia.

3. Soluciones dadas en apelación

La sección 1ª de la Audiencia Provincial de Segovia, en su sentencia de 28 de diciembre de 2012 estimó el recurso de apelación de Bankia, revocó la sentencia de instancia y rechazó el carácter abusivo de la cláusula con base en los siguientes argumentos: existencia de información suficiente pese a no destacarse la cláusula suelo como específica, pero sí destacar en negrita los tipos de interés; falta de prueba de que la entidad bancaria conociera y previese la bajada de los tipos de interés; existencia de indicios de negociación al haber diversidad de tipos en cada escritura; legalidad de las cláusulas suelo al estar autorizadas por la OM de 5 de mayo de 1994 y ausencia de desequilibrio pese a la falta de límites máximos al techo, pues el tipo de interés diferencial no era superior al 0,90%.

4. Los motivos de casación alegados

Los demandantes estructuraron su recurso de casación en cuatro motivos –1º) Infracción de los arts. 216 y 217 LEC y el art. 82.2 TR-LGDCU; 2º) Errónea valoración de la prueba; 3º) Infracción del art. 1 LCGC; 4º) Infracción de los arts. 80 y 82 TR-LGDCU y art. 8.2 LCGC–, de los cuales se admitieron los dos últimos. En concreto, en el *motivo tercero* se aducía la infracción del art. 1 LCGC en orden a la consideración de la cláusula suelo como una condición general de la contratación. En el *motivo cuarto* se denunciaba la infracción de los citados preceptos del TR-LGDCU y de la LCGC por ausencia de reciprocidad que compensase la limitación de la cláusula suelo y la ausencia de buena fe en el comportamiento de la entidad bancaria, al ocultar en la fase precontractual la existencia de esas limitaciones a la variación de los tipos de interés.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Tras el impacto producido por la (incierto) solución y la (novedosa) argumentación de la STS de 9 de mayo de 2013, el pleno del Tribunal Supremo tuvo ocasión con esta STS de 8 de septiembre de 2014 de ratificarse en las líneas esenciales del discurso de la primera sentencia y, en particular, de refinar los perfiles y fundamentos del nuevo “control de transparencia” de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato de consumo. Para ello nuevamente hubo de apartarse en alguna medida de los raíles que le ofrecían

unos motivos de casación forjados con razonamientos previos a la STS de 2013 (desequilibrio por falta de reciprocidad, carácter de condición general o no de las cláusulas que guardan relación con el precio) y optar con firmeza por transitar el nuevo camino –para algunos un atajo cuestionable, como se vería con la alegación de incongruencia y alteración del sistema de fuentes resuelta por el Auto del TS de 6 de noviembre de 2013– del filtro de transparencia.

La solución de esta sentencia es que las cláusulas suelo que no cumplen algunos de los parámetros rotulados en la sentencia de 9 de mayo de 2013 merecen la calificación de cláusulas abusivas por falta de transparencia. Ninguna novedad hasta ahí, más allá de comprobar el nivel de exigencia del Alto Tribunal sobre los deberes informativos; más bien pura consolidación de la doctrina jurisprudencial sentada en 2013, que contaba con algunos antecedentes más difusos (como las SSTS de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010, 25 de noviembre de 2011 y, sobre todo, 28 de junio de 2012). Tampoco habrá avance en esta sentencia en lo relativo a las consecuencias de la declaración de la nulidad de la cláusula (ausencia de efectos retroactivos al momento de conclusión del contrato con devolución de cantidades en caso de acciones individuales, finalmente resuelto por la posterior STS de 25 de marzo de 2015), pues la última frase de la argumentación del Tribunal (FD 2º.10 *in fine*) trata de justificar que “esta Sala no ha podido entrar” en ello “dado que la parte demandante se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia (bajo el imperio del principio dispositivo), quedando, por tanto, firme”.

El mayor interés del fallo y su valor en la construcción jurisprudencial del régimen jurídico de las cláusulas abusivas, por tanto, se condensa en su esfuerzo por delimitar la *naturaleza, fundamento y consecuencias* de no superar el nuevo *control de transparencia*. Y ahí, no sin ciertas ambigüedades, se decanta por considerar ese control como parte del control de contenido de las cláusulas no negociadas, esto es, del control de abusividad, y no como una derivación del previo control de incorporación. En la tesitura de incardinar la transparencia entre la abusividad y la incorporación, el Alto Tribunal opta por lo primero y, a mi juicio, ahí radica el yerro que será fuente de futuros problemas que podrían haberse evitado. Al hilo de esa decisión, la sentencia sobrevuela algunos problemas capitales, que después se abordarán, como la distinción con otros expedientes como los vicios del consentimiento, el carácter objetivo o subjetivo de este control (comprensibilidad de ese concreto contratante o de un adherente medio), el papel de las normas sectoriales sobre deberes de información reforzados o el resultado del carácter abusivo directo por falta de transparencia sin necesidad de comprobar el desequilibrio sustancial de acuerdo con otras circunstancias del contrato. Pero antes de adentrarnos en todas estas cuestiones es preciso seguir el orden argumentativo de la sentencia y comenzar por el alegato de parte de que las cláusulas suelo no constituyen una condición general de la contratación y, por ende, no estarían sometidas a ese régimen especial de protección.

5.1. *La cláusula suelo como condición general del contrato y como elemento esencial del mismo*

La STS de 9 de septiembre de 2014 aborda esta primera cuestión básica bajo el rótulo “*valoración de la cláusula suelo como condición general de la contratación*” (FD 2º, apartado 2). Ese título y los párrafos que se dedican a abordarlo resultan un tanto confusos, pues entran cuando menos dos cuestiones interrelacionadas pero distintas, no debidamente deslindadas en la sentencia: por una parte, (a) si la cláusula suelo es realmente una condición general por no haber sido negociada individualmente y, por otra parte, (b) si la cláusula suelo, al estar relacionada con el precio del préstamo, constituye un elemento esencial de ese contrato, de manera que (i) no podría ser considerada como una cláusula abusiva en cuanto a su contenido (argumento *ex art.* 4.2 de la Directiva 93/13), pero (ii) sí podría estar sometida a un control reforzado de transparencia que la convierta en abusiva (como sostuvo la STS de 9 de mayo de 2013, sin una base clara en el citado precepto comunitario, como se explicará). La segunda de las cuestiones trazadas (b, la cláusula suelo es elemento esencial) es prácticamente dada por supuesta por los razonamientos de la sentencia y se aborda y sintetiza con más claridad en el voto particular.

a) *La cláusula suelo como condición general por falta de negociación.* Dado que los razonamientos de que parten los contendientes se basan en argumentos doctrinales y jurisprudenciales previos a la STS de 9 de mayo de 2013, aflora con este apelativo un aserto que hoy cabe considerar como periclitado. Al entender que el objeto principal del contrato se negocia por definición, bien con el propio empresario respecto de cuya oferta nuclear se emite un consentimiento real y no una mera adhesión como en cambio ocurre con otros aspectos accidentales e impuestos del contrato (al respecto, *cfr.*, por todos, Alfaró Águila Real, 2008, p. 227 y *ss.*), bien como negociación en el contexto del mercado, al poder aceptar ofertas distintas de otros empresarios, el rasgo de “imposición” y la ausencia de negociación individual (art. 1 LCGC) estaría ausente y de ahí el silogismo conduciría a que ese tipo de cláusulas no serían condiciones generales del contrato, por faltar sus presupuestos. Dejando de lado ahora que una de las premisas del silogismo puede fallar (cláusula suelo = elemento esencial u objeto principal, *vid. infra*), aunque no a juicio del Tribunal Supremo, lo cierto es que éste correctamente descarta el argumento acogido en parte de la jurisprudencia menor (*ad ex.*, SAP Jaén de 14 de mayo de 2013; en contra, casi coetáneamente, con mejores argumentos, *v. gr.*, SAP Álava de 9 de julio de 2013 o SJMercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2015) y lo hace mediante la pura transcripción de los párrafos 144 y 165 de la STS de 9 de mayo de 2013. En síntesis, en éstos se arguye: una cláusula referida al objeto principal puede ser calificada como condición general de la contratación (“ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo”, *sic*); conocer una cláusula es requisito previo al consentimiento; el

cumplimiento por el empresario de los deberes sectoriales de información no excluye la naturaleza de condición general; la imposición de una cláusula predispuesta se produce “cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido”, pues o se adhiere a ella o debe renunciar a contratar; y los argumentos más afinados: “*No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios*”.

Ciertamente, algunas de esas ideas o la forma de exponerlas podría mejorarse y, de hecho, existen sentencias más acabadas al efecto, como la modélica, en este punto, STS (Pleno) de 22 de abril de 2015 (ponente Excmo. Sr. Rafael Sarazá; del mismo ponente, sobre la misma cuestión desde la óptica más procesal de a quién corresponde la carga de esta prueba, es la STS de 29 de abril de 2015, FD 7º); su FD 3º, apartados 2 y 3, añade a las expuestas algunas enjundiosas declaraciones sobre cuándo no se considera negociada una cláusula: basta que la cláusula esté predispuesta e impuesta en el sentido del art. 3.2 de la Directiva 93/13 (que “*el consumidor no haya podido influir sobre su contenido*”); el carácter impuesto “*no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio*”; ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa pese a la cual vea rechazado su intento de negociar; es irrelevante que existan otros empresarios oferentes en el sector pues no se precisa posición monopolística del predisponente; una cosa es prestar el consentimiento de forma individualizada y libre, donde incide la intervención notarial, y otra identificar el consentimiento en el contenido con la negociación del mismo; “*no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de ‘condiciones particulares’ o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (...) vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (...) es preciso que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es sólo una fórmula retórica carente de contenido real*”.

Sea como fuere, la falacia de entender que existió negociación con la simple presentación ante los tribunales de modelos contractuales diversos o disparidad de los tipos de interés fijados en contratos similares, que tantas zozobras suscitó hace años a diversos órganos jurisdiccionales, ha sido finalmente desmascarada en estas sentencias. También las cláusulas sobre el objeto principal habrán sido prerredactadas, predispuestas, impuestas y no negociadas en sentido estricto, por lo que merecerán la consideración de condiciones generales (si se emplean para una pluralidad de contratos) o de cláusulas no negociadas

individualmente (contratos de adhesión particulares); y por eso también sobre ellas se practica el control de incorporación (y de transparencia), la interpretación *contra proferentem*, etc.; cuestión distinta es que si superan esos filtros no puedan ser consideradas cláusulas abusivas por su contenido (como bien establece el art. 4.2 de la Directiva 93/13) ya que constituyen el núcleo (*core terms*) del auténtico y debidamente informado consentimiento contractual a la oferta planteada.

A continuación la sentencia objeto de este comentario se detiene en tratar de apuntalar definitivamente dos cuestiones alegadas por la entidad bancaria para argüir que no se trata de una condición general:

— Por una parte, insistiendo y acentuando la carga probatoria que en este aspecto de la negociación corresponde al predisponente (cuestión que sería refrendada y tratada *in extenso* como aspecto central del recurso de infracción procesal en la citada STS de 29 de abril de 2015), se rechaza el criterio de la Audiencia de que la *diversidad de los tipos mínimos aplicados* en los contratos supone negociación; según el TS, “*la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente*”.

— Por otra parte, la Sala se enfrenta con el arduo problema, tantas veces abordado en las sentencias sobre contratación de diversos productos bancarios, de la *existencia de normas administrativas sectoriales* de los diversos reguladores que *presuponen la validez de determinadas cláusulas* y establecen requisitos informativos para garantizar la transparencia del sector. ¿Cuál es la trascendencia e impacto de esas normas en el plano sustantivo civil de la emisión del consentimiento contractual? ¿Basta su cumplimiento para superar el control de transparencia de las cláusulas predisuestas? El Tribunal Supremo se reafirma en la respuesta negativa a la última cuestión y separa ambos planos (control administrativo de los deberes de información precontractual *ad hoc* y control judicial del impacto de su infracción en el consentimiento y de su incidencia en el canon de la incorporación y la transparencia propios de la LCGC y el TR-LGDCU). Y lo hace en estos escuetos pero claros términos, en relación con la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aplicable a los contratos en litigio: “*el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial no excluye la naturaleza de condición general de la cláusula predispuesta*” —como similarmente dijera la STS de 9 de mayo de 2013—, “*sino, sobre todo, porque dicho planteamiento conduce a una consecuencia del todo incompatible con la legalidad vigente: que la regulación sectorial, de naturaleza administrativa, impida la aplicación normativa de la legislación sustantiva en la materia desnaturalizando, de esta forma, el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe de ser aplicado o contrastado en sede judicial*”. Criterio de subordinación que se contempla en el art. 2 de la propia Orden Ministerial (“con independencia

de lo dispuesto en la Ley 26/1984”, LGDCU) y que fue declarado, antes, en la STS de 2 de marzo de 2011; en parecidos términos habría de valorarse la posterior OM EHA/2899/2011, de 28 de octubre (que obliga a recoger en el anexo a la ficha de información personalizada el interés mínimo y máximo y otros extremos). Todas las SSTs posteriores corroboran esta separación entre la normativa administrativa y la civil, recordando que el cumplimiento de los deberes de esas órdenes ministeriales no garantiza, por sí sólo, la necesaria transparencia de las cláusulas suelo a la luz de los rasgos que la jurisprudencia le ha dado (comprensibilidad real y no meramente gramatical de la carga jurídica y de la carga económica): en este sentido, por ejemplo, *vid.* la STS (Pleno) de 24 de marzo de 2015 (FD 5°).

Por lo tanto, las cinco sentencias plenas del TS sobre las cláusulas suelo (de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo de 2015, 25 de marzo de 2015 y 23 de diciembre de 2015) y la STS (no plenaria) de 29 de abril de 2015 sobre la misma estipulación concluyen, con similares argumentos, más o menos desarrollados según sentencias, que sí se trata de una condición general, pues concurren todos los requisitos legales para ello, incluido el capital de la falta de negociación. Algunas de las sentencias, además, entran a deslindar el otro aspecto que podría poner en duda esa conclusión, esto es, si al estimar que la cláusula suelo es un elemento esencial del contrato perdería el carácter de condición general (examen que, como antes se apuntó, está más ausente o velado en esta STS de 9 de septiembre de 2014, pero sí aflora en su voto particular).

b) *La cláusula suelo como elemento esencial del contrato y las consecuencias de esa categorización.* Todas las sentencias del Tribunal Supremo desde la de 9 de mayo de 2013 (v. gr., §§ 189, 190, 196 y 156) parten del siguiente presupuesto, así enunciado en el voto particular (§ 2) de la resolución objeto de este comentario: “*la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato*”. Esta idea se ha convertido en un dogma o axioma con el que el Alto Tribunal evita entrar a valorar si por su propio contenido (y principalmente por posible falta de reciprocidad en ausencia de un techo o con techos de ilusoria aplicación) la cláusula suelo causa un desequilibrio importante que la convierta en abusiva. Sin embargo, el presupuesto es altamente dudoso, cuando no decididamente incorrecto, pues no todas las cláusulas que afectan al precio, guardan relación con él o se refieren a él constituyen el objeto principal del contrato ni son uno de sus elementos esenciales (sobre ello, *in extenso*, Cámara Lapuente, 2006, p. 109 y ss.), en la interpretación restrictiva que merece esa categoría a la luz de la excepción que introduce el art. 4.2 de la Directiva 93/13 (de manera que las formas de pago, los sistemas de cálculo, las facultades de modificación unilateral del precio, etc. no caerían necesariamente en tal categoría); y, en particular, si la cláusula suelo fuese verdaderamente un elemento esencial del contrato, eliminada

aquella, éste no podría subsistir, cosa que no sucede, al quedar operativo el interés variable (*vid.* Cámara Lapuente, 2015, p. 560).

En todo caso, siguiendo a efectos dialécticos la premisa del Tribunal Supremo, lo que es indudable y éste correctamente constata es, como bien formulara en el rótulo del FD 11º de su sentencia de 29 de abril de 2015, que “*las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas*”, en un recto entendimiento de los requisitos de predisposición, generalidad y, sobre todo, de ausencia de negociación, en línea con lo ya expuesto. Cuestión distinta es la calculada indefinición que ha mantenido el Tribunal Supremo acerca de qué merece consideración de cláusulas definidoras del objeto principal del contrato (en terminología de la Directiva) o elementos esenciales del mismo (en terminología al uso en la doctrina y la jurisprudencia europea); si en la STS de 9 de mayo de 2013 rechazó adscribirse expresamente a una de las tres tesis posibles (al respecto, Cámara Lapuente, 2013, pg. 227; *id.*, 2015, pg. 624 y ss.) esta segunda sentencia plenaria sobre las cláusulas suelo de septiembre de 2014 evita entrar en la cuestión. Sólo a raíz de la decidida interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acerca de que esa expresión de la Directiva debe entenderse a partir del deslinde entre cláusulas “que regulan las *prestaciones esenciales* del contrato y que como tales lo caracterizan”, frente a “las *cláusulas de carácter accesorio* en relación con las que definen la esencia misma de la relación” (SSTJUE de 30 de abril de 2014 [asunto *Kásler*], 26 de febrero de 2015 [asunto *Matei*] y 23 de abril de 2015 [asunto *van Hove*]) nuestro Tribunal Supremo ha comenzado a acoger tímidamente esa distinción (más idónea y ahora oficialmente europea) que en 2013 descartara: *vid.* STS 22 de abril de 2015 (FD 3º, § 5).

Pero regresemos a la sustancia de la STS de 8 de septiembre de 2014 y a sus principales aportaciones, precisamente sobre la delimitación de en qué consiste el nuevo control de transparencia, por el cual se justifica la anterior afirmación de que los elementos esenciales del contrato sí pueden estar incluidos en una auténtica condición general de la contratación y estar sometidos (limitadamente) al régimen legal que depura las cláusulas abusivas; en concreto, al art. 4.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor “*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*”; como es sabido, ese precepto no ha sido formalmente transpuesto a nuestro ordenamiento y es de justicia reconocer el mérito de entenderlo acertadamente vigente en España por una interpretación conforme con la Directiva, primero a la STS de 18 de junio de 2012 (mismo ponente que ésta, Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña, *obiter dicta* y en relación con intereses remuneratorios) y definitivamente a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 (ponente Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón, sobre la

cláusula suelo). Si esta última sentencia creó los novedosos perfiles del “doble control de transparencia”, la resolución de 2014 objeto de comentario, trató de aprovechar la siguiente ocasión para abundar en ello.

5.2. *El control de transparencia de las cláusulas abusivas*

a) *La doctrina jurisprudencial contenida en esta sentencia.* Las principales afirmaciones de la resolución de 8 de septiembre de 2014 pueden sintetizarse así:

1) El control de transparencia de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato deriva de un *principio general* de transparencia conectado con las “Directrices del orden público económico” propias del Derecho europeo.

2) Se afirma “la *conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico* que sustenta su correcta aplicación” (reconociendo así implícitamente que es una categoría *in itinere*, como han demostrado sentencias posteriores).

3) *El control de transparencia se ubica “como parte integrante del control general de abusividad”* en la contratación seriada, de forma que la cláusula declarada como no transparente se considera directamente abusiva y, por ende, nula (aunque existen titubeos en la sentencia sobre su relación con el control de inclusión o incorporación –*vid. infra*–, que desaparecerán del todo en sentencias posteriores, como la STS de 23 de diciembre de 2015).

4) *El control de transparencia tiene por objeto la comprensibilidad real y no sólo formal o gramatical tanto de la carga jurídica como de la económica.* Esta caracterización, con la que el Tribunal Supremo se adelantó en 2013 a la similar interpretación que el TJUE daría con posterioridad al inciso del art. 4.2 de la Directiva sobre la redacción “clara y comprensible” (v. gr., en la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler*, que ya cita la presente resolución de septiembre del mismo año), se expresa en estos términos en dos pasajes:

[FD 2º, § 6]: “(...) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente **la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato** en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario **conozca y comprenda las consecuencias jurídicas** que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014”.

[FD 2º, § 8]: “*el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada*”.

5) El control de transparencia responde a un *previo y especial deber contractual de transparencia* del predisponente que “se proyecta de modo *objetivable*” sobre el cumplimiento de ese deber, está “*fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento*, no tiene por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes (...) para la aplicación del referido control”. Con estos brevísimos apuntes la sentencia alude a la diferencia entre este control y los vicios del consentimiento y apela (sin más matices; algo más en el voto particular) a que el estándar de control es objetivo y no subjetivo.

6) La cláusula suelo “*debe ser objeto de un realce específico y diferenciable*”; el deber de transparencia *no queda cumplido con la mera intervención notarial* en la confección y lectura de la escritura pública (“no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia”). En aplicación de algunos de los criterios fijados por la STS de 9 de mayo de 2013 (ubicación de la cláusula, enmascaramiento dentro de otras informaciones, ausencia de simulación de escenarios de comportamiento del tipo de interés), la sentencia concluye que *la cláusula es nula por un defecto de transparencia* que la convierte en abusiva.

b) *La cuestión de la incongruencia y la “creación judicial del derecho*”. Con carácter previo a las anteriores conclusiones, la sentencia se ve en la necesidad de justificar la consabida sospecha de incongruencia, *mutatio libelli* y alteración del sistema de fuentes que se ha achacado a este cuerpo de doctrina jurisprudencial (v. gr., críticos, Carrasco Perera/González Carrasco, 2013, pg. 126 y ss.) en cada una de las seis sentencias recaídas en el Alto Tribunal (por haberse planteado los litigios desde el punto de vista del control sustantivo/desequilibrio/reciprocidad o del control de incorporación tal como era hasta entonces entendido). En sustancia, la resolución lo despacha justificando (FD 2º, § 3) que en ambas instancias hubo consideración de la materia y debate contradictorio acerca de la información precontractual, su forma de presentación, la ausencia de negociación y el carácter destacado o no de la cláusula, concluyendo que la sala considera pertinente el examen del control de transparencia “*con la debida moderación del rigorismo procedimental aplicable en esta mate-*

ria”. La argumentación irá extendiéndose en sentencias posteriores; entre las más contundentes en este extremo, la de la STS de 24 de marzo de 2015 (FD 2º y 3º) que pretende zanjarlo concluyendo que “la Sala, en la sentencia núm. 241/2013, no ha realizado una labor de ‘creación judicial del Derecho’ que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el art. 1.6 del Código civil, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la directiva 93/13/CEE, tal como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE”; o las afirmaciones de la reciente STS de 23 de diciembre de 2015 (FD 2º) que, resolviendo los recursos de infracción procesal al efecto, en línea con las de la resolución ahora estudiada, sentencia que las resoluciones se ajustan a las peculiaridades impuestas por el Derecho de la UE sobre protección de los consumidores “huyendo de indeseables formalismos y rigideces procesales, que lo único que harían sería desproteger a los consumidores y dificultar los principios de vinculación y efectividad propios de dicha normativa comunitaria”; pues “la jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción”.

c) *El fundamento.* Estas últimas afirmaciones nos devuelven al fundamento en el que la STS de 8 de septiembre de 2014 asienta el control de transparencia: el “orden público económico” del que deriva la normativa europea de protección de los consumidores. Un orden público que adorna el régimen comunitario de las cláusulas abusivas y sirve de base a su nulidad radical, que ha sido resaltado una y otra vez por las SSTJUE (especialmente desde la STJUE de 6 octubre 2009, asunto *Asturcom*: “el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”; inciden en la idea, v. gr., el ATJUE de 16 noviembre 2010, asunto *Pohotovost*, la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse* o la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Jörös*) para superar algunas barreras procesales, asentar la obligación, que no mera facultad, del control de oficio o declarar contrarias al Derecho de la Unión Europeo algunas normas nacionales de Derecho privado común o sectorial (españolas incluidas, con el propio art. 83 TR-LGDCU previo a la reforma de la Ley 3/2014 a la cabeza). Ahora bien, no es tan cierto como parece aseverar esta sentencia que el propio control de transparencia esté en la Directiva o en la interpretación de ésta por el Tribunal de Luxemburgo con los perfiles con que nuestro Tribunal Supremo lo ha dotado; o al menos no lo ha dicho explícitamente hasta ahora (ni en 2014 ni a comienzos de 2016) aunque podría hacerlo en el futuro (*vid. infra*).

Resumiendo, cabría decir que *nuestro TS ha ido a la par con el TJUE* (antes o después que éste) *en la descripción del contenido del control de transparencia (comprensibilidad real y no sólo formal/gramatical del contenido jurídico y económico), pero no en cuanto a la naturaleza, anclaje legal y consecuencias de ese control*

en dos aspectos que hasta la fecha no ha refrendado el TJUE, sino antes al contrario (al menos en el primero): 1) que el control de transparencia –de las cláusulas que definen el objeto principal ex art. 4.2 de la Directiva– sea distinto del control de incorporación (o si se prefiere, del control de “transparencia” de cualesquiera otras cláusulas no negociadas ex art. 5.1 de la Directiva: vid. SSTJUE a continuación); y 2) que el control de transparencia aboque en la declaración directa del carácter abusivo de una cláusula, sin examen del desequilibrio sustancial que ocasiona esa cláusula sobre un elemento esencial una vez que se comprueba que no supera la debida claridad y comprensibilidad en sentido amplio.

d) *La naturaleza del control de transparencia y sus consecuencias.* Y es que esta STS de 8 de septiembre de 2014 se acoge a la tesis del carácter abusivo directo, pero muestra cierta zozobra y hasta afirmaciones algo contradictorias sobre esta naturaleza jurídica. Por una parte, en el FD 2º § 6 se afirma: “el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad (...)”. Mientras que, por otra parte, en el mismo FD 2º (§ 8), escuetamente se caracteriza “como parte integrante del control general de abusividad”. Si esta segunda sentencia plenaria aún muestra esas indefiniciones, la tercera sentencia del Pleno sobre la materia (STS de 24 de marzo de 2015, FD 3, § 3º) no dejará ya margen a la duda al afirmar que el art. 4.2 de la Directiva “conecta esa transparencia con el juicio de abusividad (...) porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas”; y en similar entendimiento, sin ambages, se ubica la última STS de 23 de diciembre de 2015. Para una crítica de esta toma de postura en cuanto a la naturaleza, vid. *infra*, apartado 5.3 de este comentario.

e) *Criterio objetivo/abstracto para enjuiciar la comprensibilidad real, no criterios subjetivos. Transparencia vs. error.* Otra de las buscadas clarificaciones de la sentencia en análisis es la distinción entre el control de transparencia (TR-LGDCU) y los mecanismos generales de defensa del consentimiento en la formación del contrato (Código Civil), esto es, los vicios del consentimiento y, en particular, la anulabilidad por error. En este punto la sentencia deja claro el distinto fundamento de uno y otro control: el primero parte de un “previo y especial deber de transparencia del predisponente” propio de la contratación seriada, mientras que el segundo enjuicia la validez del consentimiento otorgado, su interpretación y validez, dentro “del paradigma del contrato por negociación”. La sentencia añade un escuetísimo inciso: “el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real”; en este sentido, el voto particular rescata algunas expresiones de las SSTS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013 al respecto: “este control de transparencia como paráme-

tro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del ‘error propio’ o ‘error vicio’ (...). Más aún, el voto particular (Excmo. Sr. Sancho Gargallo) sintetiza tres criterios para verificar la consciencia de que interés era variable pero con un límite por debajo: “es lógico que para ello influya no sólo la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada la información precontractual”. Hasta donde se me alcanza, el apreciable argumento del conocimiento generalizado de la población acerca del concepto y existencia de las cláusulas suelo a partir de cierto momento no había salido a la palestra de las sentencias del Tribunal Supremo hasta este momento, o al menos no con esa claridad. Y supone un argumento más sobre el carácter objetivo o abstracto, no subjetivo, del control de transparencia. En palabras del magistrado disidente:

“ni tiene por qué resultar sorpresivo después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un *hecho notorio* que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron esas cláusulas, en que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron *un conocimiento poco menos que natural* del coste de las hipotecas. (...) para un consumidor, en mayo de 2007 y mayo de 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo (...) pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía conocer al consumidor ‘las consecuencias económicas derivadas a su cargo’”.

No sé si sería llevar demasiado lejos las afirmaciones del Tribunal Supremo (en la sentencia plenaria y en el voto) decir que *el control de transparencia, en su abstracción y objetivación y como comprobación judicial del cumplimiento de los específicos deberes informativos de las normas generales y sectoriales de consumo, no busca comprobar si el concreto consumidor litigante comprendió esa cláusula en ese contrato* (lo que explicaría los fallos judiciales tan mediáticos en que se declara la nulidad de la cláusula suelo en casos de consumidores que profesionalmente se dedican al ámbito bancario o jurídico), *sino si a la luz de los parámetros objetivos fijados por el Tribunal Supremo desde 2013, un consumidor medio, atendidas todas las circunstancias del caso (el contrato presentado, el contexto en el momento de contratar, el resto de cláusulas, etc.), hubiese comprendido la trascendencia real, jurídica y económica de la cláusula*. Cuando el litigio se entabla solicitando el control de transparencia las reglas del juego procesal habrían de atenerse a esa objetivación (lo que explica también el control de transparencia haya surgido en el entorno de las acciones colectivas y siga admitiéndose en ellas, donde, por definición, no se examina la comprensión concreta de cada consumidor afectado); cuando el planteamiento del litigio se alberga en los arts. 1265-1266 y 1303 y ss. del Cód-

go civil sobre el error en el consentimiento lo examinado sí es la comprensión subjetiva de ese concreto contratante.

Ahora bien, dado que *el control de transparencia ha nacido a la vida judicial con algún defecto teratológico*, en concreto, al miembro de la nulidad por falta de transparencia se le han acortado drásticamente las dimensiones, hasta el punto de prescindir de la eficacia *ex tunc* característica de sus congéneres nulidades, no es de extrañar que existan propuestas recientes que sugieren la conveniencia para el consumidor demandante de acudir al expediente del error en el consentimiento (aprovechando que ha sido ahora aligerado judicialmente de la rigidez de algunos requisitos como la excusabilidad), en lugar de alegar el control de transparencia, pues la anulabilidad del error sí tendrá eficacia retroactiva y permitirá recobrar las cantidades indebidamente percibidas por el predisponente (*vid.* al respecto Rodríguez Achútegui, 2015).

5.3. *Recapitulando el aspecto más discutible: falta de transparencia igual a “cláusula abusiva” para el TS, cuando debería ser “cláusula no incorporada”*

El Tribunal Supremo, por tanto, ha separado el control de transparencia del control de incorporación o inclusión (arts. 5.5 y 7b de la LCGC y 80.1 del TR-LGDCU, equiparable al art. 5 de la Directiva), que moteja de puramente “formal”, “documental”, “gramatical”, “mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o interpretación gramatical de la formulación empleada” (en palabras del FD 2º, § 8 de esta STS), es decir, legibilidad y conocimiento, y, tras ambiguas declaraciones tanto en la STS de 9 de mayo de 2013 como en ésta de 8 de septiembre de 2014 (*supra*) erigiéndolo en una suerte de *tertium genus* entre incorporación y abusividad, *ha engastado aquel control de transparencia dentro del control de contenido propio del art. 82 del TR-LGDCU* (= art. 3 de la Directiva); esto es, la cláusula que define el objeto principal (en el caso, para el TS, *sic*, la cláusula suelo) que no supere el control de transparencia es declarada abusiva y por ende nula (así con mayor claridad, v. gr., las SSTS de 24 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015).

Aquí reside la *primera disparidad, más notoria, con lo que hasta el momento ha establecido el TJUE*. Según la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler*, precisamente citada por esta STS de 8 de septiembre de 2014) y la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Matei*), la exigencia de redacción clara y comprensible del art. 4.2 de la Directiva sobre elementos esenciales “tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de la Directiva”; es decir, *no existen dos controles de transparencia, sino uno sólo, para todas las cláusulas no negociadas*. Hasta la irrupción de las SSTS de 2013 en nuestro ordenamiento el control derivado del art. 5 de la Directiva era el control de incorporación; si la cláusula no lo superaba no se incorporaba al contrato, sin más. No se declaraba abusiva.

La segunda disparidad es más sutil y de incierto pronóstico. Hasta donde se nos alcanza, el TJUE no ha llegado a afirmar nunca, como nuestro TS, que la falta de transparencia tenga como resultado declarar abusiva la cláusula directamente, sin entrar en otras ponderaciones sobre el desequilibrio sustancial de derechos y obligaciones que causa, tras no haber superado ese primer filtro (el filtro de la transparencia que, de superarse, blinda a la cláusula esencial frente al control de contenido). A lo sumo, con cautela, el TJUE ha llegado a decir (por ejemplo, entre las últimas, en la sentencia de 26 de febrero de 2015, *Matei*), que las cláusulas incluidas en el art. 4.2 de la Directiva “deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible” (cfr., en similar sentido, el ATJUE de 16 de noviembre de 2010, asunto *Pohotovost*, y la STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto *Pereničová*). Es constatable que la jurisprudencia del TJUE relativa a la interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas está poderosamente influida tanto por la doctrina alemana –y por la formación germánica de varios de sus Abogados Generales– como por la interpretación alemana no ya de la Directiva en sí, sino del propio Código civil alemán (BGB), que en este punto precisamente difiere en algo crucial de la Directiva (sobre la demostración de estas afirmaciones, en detalle, Cámara Lapuente, 2015, pgs. 574-577, 585-589 y, sobre todo, 591-592). En efecto, el § 307.1.2 del BGB, donde se ubica el control de contenido de las cláusulas abusivas (en tanto que el de incorporación está en el § 305 BGB), añade que “el hecho de que la cláusula no sea clara y comprensible también puede causar un perjuicio desproporcionado”; la falta de transparencia, por tanto, puede conducir a declarar el carácter abusivo de una cláusula, pero existe discrepancia en la actualidad acerca de si la abusividad es directa (presunción absoluta de abusividad) o debe ser ponderada con el resto de parámetros del control de contenido (una síntesis del *status* actual del ordenamiento alemán al respecto, *ibidem*, pp. 574-577). Nuestro Tribunal Supremo, sin una base legal tan clara como el § 307 del BGB, pues no existe correlato de ese inciso en el ordenamiento español, ha optado por seguir el camino de *parte* de la doctrina alemana, en su momento sugerentemente defendida para nuestro sistema legal por algunos autores (por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, *passim*; 2013, *passim*). En el futuro, por tanto, el TJUE podría acoger una interpretación autónoma de las consecuencias de la falta de transparencia en la Directiva afín a la solución alemana. Por el momento, al margen de la interpretación *contra proferentem*, ni en la Directiva se contemplan expresamente esas consecuencias (cfr. art. 3 en relación con el art. 6, versus arts. 4.2 y 5.1), ni el TJUE las ha esclarecido en la dirección apuntada.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo cuenta al menos con cuatro posibles consecuencias cuando considere que una cláusula sobre un elemento esencial del contrato (léase, en la visión del Alto Tribunal, por ejemplo, la cláusula suelo) *no satisface el canon de transparencia moderno y ampliado* –apréciese que ninguna objeción se plantea de nuestra parte a la ampliación de lo que se considera transparencia/comprendibilidad real para todo tipo de cláusulas no negociadas e incluso, si

se prefiere, a dar un carácter reforzado o acendrado a este canon para las que versan sobre el objeto principal del contrato—:

a) *Considerar que la cláusula no transparente es directamente abusiva y, por tanto, nula*; dado que el control de transparencia se ubica en el general de abusividad, la falta de transparencia *per se* (aplicados los criterios fijados en 2013 para constatar ese déficit) conlleva la declaración del carácter abusivo de la cláusula. Es lo que hicieron la STS de 9 de mayo de 2013 y esta STS de 8 de septiembre de 2014.

b) *Considerar que la cláusula no transparente es abusiva y encontrar una suerte de fundamento presunto y genérico del desequilibrio que ocasiona, para declarar su carácter abusivo y nulidad*. Es lo que, siguiendo la tendencia de algunas sentencias pioneras del Tribunal federal alemán a partir de 1988 y parte de la doctrina alemana (no necesariamente mayoritaria hoy), parece haber acogido nuestro Tribunal Supremo en sentencias posteriores. V. gr., estima que siempre concurre este fundamento para las cláusulas suelo (aunque deja abierta la puerta a que no se dé ese desequilibrio en otro tipo de cláusulas) ya la STS de 24 de marzo de 2015 y lo formula en términos precisos la más reciente, la STS de 23 de diciembre de 2015, así: “*estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en relación a las circunstancias concurrentes en la contratación*” [FD 4º, a) § 2]; y, más aún, pues el desequilibrio proveniría de que el consumidor no haya tenido “una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto” [cfr. FD 4º, b) § 3 y también STS de 24 de marzo de 2015]; algo, cabe glosar, que dista de estar entre los “derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” a que se refiere el art. 82.1 TR-LGDCU al definir las cláusulas abusivas.

c) *Considerar que la cláusula que no supera el control de transparencia puede llegar a ser abusiva si se hace un juicio de ponderación del resto de requisitos del art. 82 TR-LGDCU (art. 3 de la Directiva)*, esto es, desequilibrio importante, perjuicio, afrenta a la buena fe, análisis del resto de circunstancias del art. 82.4. En lugar de carácter abusivo directo por falta de transparencia, carácter abusivo con ponderación *ad hoc* del desequilibrio. La falta de transparencia abriría la puerta al control sustantivo que afecta a las cláusulas no negociadas sobre aspectos distintos del objeto principal del contrato. Es lo que patrocina parte de la doctrina alemana y, entre nosotros, recientemente, Cañizares Laso, 2015, pgs. 93-96. Sin embargo, ha sido expresamente descartado —sin demasiada argumentación *ad hoc*— en la STS de 23 de diciembre de 2015 (FD 4º apartado b).

d) *Considerar que la cláusula no transparente no se incorpora al contrato (no es abusiva, ni directamente ni con un juicio de ponderación), porque el control de transparencia*

forma parte o es el mismo control de incorporación o inclusión. Se trata, por tanto, de *variar la naturaleza jurídica* con la que el Tribunal Supremo ha calificado al control de transparencia y *reconducirlo al genuino y preexistente control de inclusión o incorporación* –con los nuevos rasgos derivados de la jurisprudencia comunitaria y nacional en cuanto a extensión o amplitud– por múltiples razones (así lo definiendo, con más detalle en Cámara Lapuente, 2015, pgs. 554, 561-564 y, sobre todo, 601-618), entre otras: el carácter abusivo directo (ni indirecto) no viene impuesto por la Directiva ni, por ahora, por el TJUE; es solución más sencilla (no es preciso entrar en consideraciones sobre el desequilibrio) y coherente con el diseño de los dos filtros existentes en la ley para el control de las cláusulas de adhesión, de manera que contaría con anclaje legal directo (tanto en la LCGC como en el art. 80 del TR-LGDCU); permitiría aplicar el control de transparencia en las cláusulas suelo también en relaciones entre empresarios al no ir ligado a la declaración de abusivas de tales cláusulas, que es un expediente exclusivo para los contratos de consumo; permitiría salir del embrollo de la falta de retroactividad de efectos (o retroactividad sólo hasta la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013) de la declaración de nulidad por abusiva/no-transparente, dado que al no haberse incorporado al contrato, no lo habría hecho nunca, no habría desplegado efectos, con la consiguiente devolución de cantidades, etc.

5.4. *Aplicación del control de transparencia al caso y discrepancia del voto particular al respecto*

Para no exceder los límites razonables a que se debe este comentario, se glosarán ahora muy sucintamente las consideraciones de la sentencia al aplicar la doctrina jurisprudencial expuesta al caso planteado por la demanda que aglutina las acciones de nulidad contra las cláusulas suelo insertas en ocho contratos, para verificar si el canon de la transparencia se ha contrastado con las circunstancias del caso concreto o se ha producido la aplicación automática que en esta materia denuncia parte de la doctrina. La sentencia considera que la cláusula no supera el control de transparencia porque “no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares (...) ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios”; aduce además que la lectura de la escritura pública ante notario no es suficiente para el cumplimiento del especial deber de transparencia. Tampoco considera suficiente que la cláusula se incorporase en la oferta vinculante –en algunos de los contratos donde era preceptiva por cuantía–, ni su ubicación, pues “queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al ‘tipo de interés variable’ (...) sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos o formulaciones bancarias, ausente, por otra parte de simulaciones de escenarios diversos”.

Por otro lado, la sentencia elude entrar en el debate de si la cláusula suelo desnaturaliza el concepto de interés variable.

Como se ve, la fundamentación trata de aplicar al caso concreto los parámetros delineados en la STS de 9 de mayo de 2013, pero como parece demostrar el voto particular, existen algunos detalles del caso, o al menos de alguno de los contratos enjuiciados, que no hacen tan palmaria la conclusión. Según el magistrado disidente –no con el control de transparencia sino con su aplicación al caso–, la ubicación es correcta y siempre la misma, dentro de la que lleva por rúbrica “tipos de interés variable”; en la mayoría de los contratos tanto el diferencial como el tipo de interés mínimo sí aparecen destacados en negrita; en los contratos en que sí existe oferta vinculante es “extremadamente clara” y esquemática, y en ella se destacaba en una página sin aditamentos el tipo mínimo junto al tipo de interés aplicable; y concluye con el aserto antes visto de la falta de sorpresa o incompreensión sobre la cláusula suelo en contratos firmados en 2007 y 2008 –no en períodos anteriores– donde “era común y conocida su inclusión”.

Cabe aventurar, con juicio ecuánime, que la *mélange* de contratos presentados en la demanda (unos con negritas o mayúsculas, otros sin; unos con ofertas vinculantes, otros sin; la ausencia de simulación de escenarios, al parecer en todos) moviese a la Sala, en un momento de máxima expectación sobre la confirmación del nuevo control de transparencia, a decantarse por la propeútica de predicar con el ejemplo y confirmar con aplicación fáctica la teoría. Después de la confusión que se creó con la STS de 9 de mayo de 2013 sobre “quién había ganado” en el fallo, si la cláusula suelo era nula *per se* o no, puede que la Sala encontrase en los referidos indicios suficiente asidero para confirmar y aplicar su nueva jurisprudencia (aunque siguiese así flotando la incertidumbre inevitable de cuántos de los criterios sentados en la STS de 9 de mayo de 2013 es preciso verificar para ver si falta o no la debida transparencia). Lo cual no quita razón a sus críticos (incluido el firmante del voto particular) cuando censuran aspectos como no haber valorado suficientemente el destacado de la cláusula o su ubicación idónea, pues tanto la normativa administrativa sobre transparencia bancaria aplicable entonces (OM de 1994, 3.3bis del anexo II) como la de ahora (Orden EHA 2899/2011, arts 21 y 22) exigían y exigen esa ubicación dentro de la cláusula de intereses variables (al respecto, crítica y en detalle sobre estos extremos, González Carrasco, 2014, p. 89 y ss.).

5.5. *Conclusión*

La segunda sentencia plenaria del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia aplicado a las cláusulas suelo mantiene la configuración dada a este instrumento por la STS de 9 de mayo de 2013. Trata de realizar un esfuerzo por “seguir afinando el fundamento técnico” que lo sustenta, pero mantiene aún cierta ambigüedad –que se despejará en sentencias posteriorio-

res, la última, plenaria, de 23 de diciembre de 2015— sobre si ese control se incardina en el general de contenido de las cláusulas abusivas, por el que parece decantarse, o en el de incorporación, así como sobre la distinción de este control objetivo frente al subjetivo del error en el consentimiento. Esta sentencia confirma que tal cláusula es un elemento esencial del contrato (lo cual cabe poner en duda) y merece la consideración de condición general del contrato (correcto), reafirma y reformula en pocas palabras el contenido del control de transparencia, esto es, la comprensibilidad real y no meramente formal y gramatical de la carga jurídica y económica, acompañándose en este punto a la configuración casi coetánea del TJUE; pero, pese a afirmar la sentencia su sintonía con la jurisprudencia comunitaria en todo lo relativo al control de transparencia, la extralimita al menos en dos puntos: al distinguir un control de transparencia genuino para el art. 4.2 de la Directiva distinto del general del art. 5 de esa norma y al entender que la falta de transparencia comporta declarar la cláusula como abusiva y por tanto nula. Como se ha defendido en las páginas anteriores, urge reconducir ese entendimiento de la naturaleza jurídica del control de transparencia hacia su natural y más coherente ubicación, el control de incorporación, dotado, eso sí, del nuevo y amplio contenido con que la jurisprudencia nacional y comunitaria lo adornan en cuanto a qué se entiende por “comprensión real”. Rectificar la construcción creada no será fácil, pero tampoco imposible, si hacemos caso a la sabiduría del refranero.

6. Bibliografía utilizada

- ALFARO ÁGUILA-REAL, “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas”, en Massaguer *et al.* (dirs.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pgs. 219-240.
- Cámara Lapuente, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (“Caja de Madrid”, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5.2, 2013, pgs. 209-233 [disponible en <http://e-REVISTAS.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815>]
- “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LV, 2014-2015, pgs. 549-643.
- CAÑIZARES LASO, “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, II.3, 2015, pgs. 67-105.

- CARRASCO PERERA, González Carrasco, “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 7, 2013, pgs. 126-163.
- GONZÁLEZ CARRASCO, “La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo. Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 12, 2014, pgs. 82-91.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 3, 2014, pgs. 1-28.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, “Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 2015, pgs. 141-147.