

# EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS SUELO

## THE TRANSPARENCY CONTROL IN FLOOR CLAUSES

GONZALO MUÑOZ RODRIGO  
Graduado en Derecho. Colaborador del IDIBE  
gonmuro@alumni.uv.es

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

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

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

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

SUMARIO: I. Introducción.- II. Definiciones.- 1. ¿Quién es un consumidor?.- 2. ¿Quién es un empresario?.- 3. ¿Qué es una condición general de la contratación?.- 4. ¿Qué es una cláusula no negociada?.- 5. ¿Qué es una cláusula suelo?.- III. Primeros pasos de la cláusula suelo en la jurisprudencia.- 1. La cláusula suelo en la jurisprudencia.- 2. La cláusula suelo en la doctrina.- 3. El origen del control de transparencia.- IV. La nulidad de la cláusula suelo por un defecto de transparencia.- 1. La falta de transparencia en la STS 9 mayo 2013.- 2. La conexión entre falta de transparencia y abusividad en las cláusulas suelo.- V. La obligación de transparencia.- 1. Entonces, ¿qué podemos entender por control de transparencia?.- 2. Críticas al control de transparencia.- 3. El control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.- 4. El juicio

abstracto sobre la transparencia en las cláusulas suelo.- VI. La irretroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.- 1. La limitación temporal “ex nunc” en la STS 9 mayo 2013.- 2. El cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016.- VII. Conclusiones.- VIII. Anexo bibliográfico y jurisprudencial.

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

Así, en primer lugar, he querido clarificar toda una serie de conceptos que considero necesarios para una mejor comprensión de este estudio, tales como “consumidor”, “empresario”, “condición general de contratación”; y por supuesto, el concepto de “cláusula suelo”, para examinar con mejor criterio su control de transparencia.

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

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

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

Y en quinto y último lugar, he considerado la necesidad de terminar este trabajo, con una revisión jurisprudencial de la limitación temporal de la

declaración de nulidad de las cláusulas suelo, con referencia a los efectos “ex nunc” establecidos en la STS 9 mayo 2013 y el reciente cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016.

Con este trabajo espero haber aportado una útil contribución a clarificar el problemático control de transparencia de las cláusulas suelo, habida cuenta de su complejidad y dificultad técnica.

**II.** Es importante saber con concreción determinados conceptos antes de abordar la presente materia, habida cuenta de que el objeto de estudio de este trabajo se refiere a cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores. Por tanto, el desconocimiento de estos conceptos jurídicos no permitiría una adecuada comprensión del trabajo. De modo que, voy a definirlos brevemente.

**1.** Como señala Hernández Díaz-Ambrona<sup>1</sup>, desde un punto de vista genérico, “*consumidor equivale a ciudadano*”. Teniendo en cuenta que el consumidor puede resultar protegido desde un momento previo a la contratación, gracias a los derechos que gozan sobre salud, seguridad, información, etc.

No obstante, desde el ángulo que nos atañe en este trabajo, es decir, el consumidor no ya como ciudadano, sino como parte contratante, según el art. 3 del TRLGDCU<sup>2</sup>: “*a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*” (Noción de consumidor según la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo).

Por tanto, podemos concluir que siguiendo la noción que nos da la ley pueden ser consumidores tanto las personas jurídicas como las personas

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D.: “Consumidor y Comerciante”, en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. S. Díaz Alabart), col. Derecho del Consumo, Reus, 1ªed. , Madrid, 2016, pp. 29 y ss.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

físicas. Pero con importantes diferencias. Así, mientras que en el caso de las personas físicas lo determinante será si el bien no se ha destinado a “*su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” con independencia de si ha habido un ánimo de lucro detrás; en el caso de las personas jurídicas o entes sin personalidad, precisamos de dos requisitos: tanto el actuar fuera de una actividad empresarial o profesional, como hacerlo sin ánimo de lucro. Por lo que una sociedad mercantil no encajaría en el concepto de consumidor.

De esta forma, si hablamos de personas físicas, lo serán tanto quien solicita un préstamo para adquirir una vivienda con la intención de residir en ella, como quién lo hace con la intención de alquilarla y obtener unas rentas. No lo serán en cambio, unas personas que contraten un préstamo para comprar un local con la finalidad de destinarlo a su oficina en la cual van a desarrollar su actividad profesional<sup>3</sup>. A este respecto, cabe hacer referencia a la reciente STS 16 enero 2017 que ha concluido que, efectivamente, el actuar movido por el ánimo de lucro no excluye a la persona física del concepto de consumidor<sup>4</sup>.

Por el contrario, si hablamos de personas jurídicas, como ya he señalado no podrían ser consumidores las sociedades mercantiles, a diferencia de las asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones (por ejemplo, de investigación contra el cáncer o de conservación histórico-artística). Es decir, como dice Hernández Díaz-Ambrona<sup>5</sup> “*debe ser una persona jurídica que no comercialice bienes o servicios en el mercado, esto es, que no preste servicios o proporcione bienes a título oneroso, o a título gratuito con fines de promoción u otros fines propios de su actividad empresarial*”. Igualmente, siguiendo lo dispuesto por el art. 3 del TRLGDCU también pueden ser consumidores las entidades sin personalidad jurídica, pero, siempre y cuando, al igual que las personas jurídicas, actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, de este modo la jurisprudencia no ha dudado en aplicar la normativa de protección al consumidor a las comunidades de propietarios cuando, por ejemplo, contratan el mantenimiento de los ascensores<sup>6</sup>.

Finalmente, cabe señalar que existen supuestos dudosos que surgen cuando una persona adquiere un bien y lo destina tanto a una actividad profesional

---

<sup>3</sup> V. en este sentido STS 18 enero 2017 (Tol 5944327).

<sup>4</sup> STS 16 enero 2017 (Tol 5935365).

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D.: “Consumidor”, cit., p. 32.

<sup>6</sup> V. gr. STS 11 marzo 2014 (Tol 4227433) y SAP Palencia 18 enero 2013 (Tol 3056043).

como para fines personales. Pensemos en un móvil o un ordenador, que se utiliza igualmente para trabajar como para la vida privada. En estos casos hay que acudir al Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE<sup>7</sup> que dice textualmente: “ *en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.*” Ante esto, podemos interpretar que en cada caso se habrá de valorar que pesa más si la vertiente profesional o la privada del bien.

**2.** El concepto de empresario al igual que el de consumidor ha cambiado con la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Así, el artículo 4 TRLGDCU ahora dispone lo siguiente: “*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”.

Así, los requisitos que definen la figura del empresario son: la intrascendencia de su consideración como empresario persona física o jurídica (aunque puede ser empresario un ente sin personalidad, si actúa en desarrollo de una actividad económica), que resulta indistinto que el consumidor contrate con el propio empresario o un empleado, dependiente o similar, y, por último, pero no por ello menos importante que actúe con un propósito relacionado con su actividad económica.

La primera impresión que uno se lleva con esta redacción, como acertadamente pone de manifiesto Lasarte Álvarez<sup>8</sup>, es que el precepto no distingue entre pequeños y grandes empresarios. Sino simplemente, se incluyen a todo tipo de empresarios y, en consecuencia, la protección a los consumidores no se circunscribe solamente frente a los empresarios mercantiles.

Por tanto, una vez vistos los conceptos de consumidor y empresario la pregunta que surge es: ¿Tiene sentido colocar en la misma posición jurídica a un empresario persona física (autónomo) que a un empresario persona

---

<sup>7</sup> Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

<sup>8</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, 8ºed, Madrid, 2016, pp. 72-75.

jurídica (por ejemplo, una gran S.A.)? Aún más, ¿Un empresario persona física puede encontrarse en una situación muy similar a la del consumidor cuando contrata con una gran empresa mercantil, como puede ser una entidad financiera?

Por último, poner de relieve que dentro del concepto de empresario encontramos al productor y al proveedor, artículos 5 y 7 TRLGDCU respectivamente.

**3.** Definir condición general de la contratación en este momento me parece adecuado teniendo en cuenta que la cláusula suelo es ni más ni menos que una condición general de la contratación, y en consecuencia cuando ha sido revisada judicialmente se le ha aplicado el régimen jurídico contenido en la LCGC<sup>9</sup>. Así, el primer filtro al que se han enfrentado las cláusulas suelo ha sido el llamado control de inclusión o incorporación (también llamado primer control de transparencia, dentro del doble control de transparencia acuñado jurisprudencialmente) recogido en los artículos 5 y 7 LCGC, si bien también se encuentra en el art. 80.1 TRLGDCU ya circunscrito a los contratos con consumidores. Y esto ya nos pone de algo de manifiesto, y es que las condiciones generales de la contratación pueden existir tanto en contratos con consumidores como en contratos realizados entre empresarios. La propia STS 9 mayo 2013<sup>10</sup> señala *“que para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante que el adherente sea un profesional o un consumidor”*

Centrándonos ya en que podemos entender por condición general de la contratación, lo primero sería atender a la definición legal: *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos . El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.”* (art. 1.1 y 1.2 LCGC).

---

<sup>9</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>10</sup> STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

Por el contrario, no tienen consideración de condiciones generales de la contratación: “*La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*”. (art. 4 LCGC).

Así pues, con la ley en la mano podemos extraer tres principales características en las cláusulas suelo admitidas por la generalidad de la doctrina<sup>11</sup>:

- a. Predisposición: las condiciones generales de la contratación están “predispuestas”, lo que implica que ya vienen redactadas por una de las partes.
- b. Imposición: esto supone que el adherente no tiene capacidad de negociación con el predisponente, y solo se puede limitar a consentir o rechazar el contenido contractual que le han propuesto, “*take it or leave it*” como dirían los anglosajones.
- c. Generalidad: las condiciones generales están diseñadas para ser incluidas en una multiplicidad de contratos y responder a las necesidades del consumo en masa actual.

Siguiendo esta línea, Lasarte Álvarez<sup>12</sup> fijándose en el elemento de la generalidad habla de condiciones generales de la contratación como: “*cláusulas, estipulaciones o contenido contractual seguido en los actos en masa por las grandes empresas y potentes suministradores de bienes y servicios*”. Por tanto, como sigue diciendo “*la única salida que tiene [el consumidor], si quiere contar con el servicio ofrecido, es asentir al contenido contractual predispuesto por la otra parte, adhiriéndose al mismo*”. Surge de esta forma el contrato de adhesión, donde el adherente consiente las condiciones predispuestas e impuestas por el predisponente.

De tal manera, en relación con la validez jurídica de las condiciones generales de la contratación, teniendo en cuenta la realidad de la sociedad contemporánea, no tendría sentido plantearse si por sus características

---

<sup>11</sup> DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M. T.: “Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. S. Díaz Alabart), col. Derecho del Consumo, Reus, 1ªed., Madrid, 2016, pp. 74-75.

<sup>12</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual*, cit., pp. 72-75.

producen efectos entre las partes. En lo que hay que centrarse es en poner cortapisas a la preponderancia de la parte que dispone el contrato, con el objeto de evitar que ésta última pueda abusar de su posición ventajosa<sup>13</sup>.

Pues bien, de esa idea surgen el control de inclusión y también el control de contenido cuando hablamos de cláusulas no negociadas en contratos con consumidores.

4. Me parece interesante diferenciar el concepto de condición general de la contratación del concepto de cláusula no negociada. Para que nos entendamos, toda condición general de la contratación es una cláusula no negociada, pero no toda cláusula no negociada es condición general de la contratación. Esto se debe a que pueden haber cláusulas no negociadas que sean condiciones particulares, es decir, que no cumplen con el requisito de generalidad propio de las condiciones generales de la contratación.

De esta forma, como es obvio, las cláusulas no negociadas que no cumplan también con la característica de generalidad (para ser condiciones generales de la contratación), no les será de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. No obstante, si la cláusula no negociada se incluye en un contrato celebrado con un consumidor si estará amparada por lo dispuesto en el TRLGDCU, que no exige que se trate de condiciones generales (art. 80.1 TRLGDCU).<sup>14</sup>

5. Podemos definir a la cláusula suelo como “*determinadas cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria*”<sup>15</sup>. O como “*aquellas que fijaban un tope mínimo de intereses que los clientes de contratos hipotecarios debían pagar. Estas cláusulas por quienes las firmaron impedían a estos beneficiarse de la caída del Euribor, principal índice de referencia para la mayoría de las hipotecas en España*”<sup>16</sup>.

En definitiva, las cláusulas suelo se configuran como pactos o estipulaciones

---

<sup>13</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual*, cit., p. 134.

<sup>14</sup> DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Contratación”, cit., p. 75.

<sup>15</sup> GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L.: *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, col. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 101.

<sup>16</sup> MAGRO SERVET, V.: “Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas”, *Diario La Ley*, 2017, núm. 8901º, p. 1.



que limitan la variación del tipo de interés en contratos de préstamo a interés variable; mediante las cuales a pesar de que el índice de referencia baje, el tipo de interés (tipo de interés = índice de referencia + diferencial, el índice es variable mientras que el diferencial es una cifra fija) siempre se mantendrá en un mínimo. Lo que paradójicamente conlleva, como indica la STS 9 mayo 2013<sup>17</sup>, que los préstamos concertados a interés variable que incluían este tipo de cláusulas se conviertan *“de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendentemente para el consumidor, en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia”*.

Como apunta Múrtula Lafuente, *“en muchos casos ese mínimo coincidía con el Euribor más el diferencial en el momento en que se firmó la hipoteca”*<sup>18</sup>. Lo que supuso para muchos bancos asegurarse unos ingresos mínimos independientemente de las inciertas vicisitudes que podían originarse en la economía. De hecho, el propio Banco de España en su informe relativo a las cláusulas suelo que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010<sup>19</sup>, ya afirmaba cual era la principal razón que motivó a las entidades de crédito a incluir este tipo de cláusulas: *“En las entrevistas con las entidades, se puso de manifiesto que la causa básica del establecimiento de las cláusulas que establecen limitaciones al descenso de los tipos de interés (incluso en muchos de los casos que también incorporan un techo para dicha variación) es mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones”*. Asimismo, seguía diciendo que *“el reforzamiento de esta política (la de establecer suelos) en 2009 se ha visto influido por el aumento registrado en esos costes a causa, por un lado, de la caída y encarecimiento del mercado mayorista (que llegó a ser importante para nuestras entidades, especialmente por la vía de la emisión de cédulas hipotecarias), y de otro, por la de la reducción del negocio, con lo que ello implica de mayores costes unitarios por unidad de producto, por el mayor peso relativo de los costes fijos procedentes de mantener la misma estructura”*.

Es decir, básicamente la causa que llevó a los bancos al establecimiento de acotaciones a los tipos de interés fue, como claramente señala el informe, mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios, ya que de lo contrario los préstamos hubieran supuesto unos mayores costes para las entidades y, en consecuencia, su oferta hubiera resultado mucho más onerosa. Si bien, también señalan como motivo de su inclusión que *“el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se*

---

<sup>17</sup> STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

<sup>18</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, col. Derecho del Consumo, Reus, Madrid, 2012, p. 214.

<sup>19</sup> BOCG, I, 7 de mayo de 2010, n. 457.

*centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”.*

Por último, un ejemplo de cláusula suelo puede ser el siguiente: *“En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,250%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará “el tipo de interés vigente” en el “período de interés”. Igualmente, el tipo aplicable al devengo de intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% nominal anual”*<sup>20</sup>. (En este caso también se incluye una cláusula techo). Sin embargo, la redacción de las cláusulas suelo ha ido variando con el tiempo y no siempre ha sido la misma (algunas veces se fijaba directamente el tipo de interés mínimo, y otras, el tope mínimo del índice de referencia) , llegando incluso a establecerse cláusulas que por cuya apariencia no son tan similares a las cláusulas suelo tradicionales, pero que prácticamente conducen a su mismo resultado. Como es el caso de una reciente sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de L’Hospitalet de Llobregat que ha declarado abusiva una cláusula “por analogía”, al aplicar la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cláusulas suelo, debido a que tenía unas condiciones muy parecidas a las presentes en éstas. La cláusula declarada nula tenía el siguiente tenor: *"Si la cuota calculada después de cada revisión de tipo fuese inferior a la cuota resultante de la revisión anterior, se aplicará esta última"*<sup>21</sup>.

**III.- 1.** Si bien las andanzas judiciales de las cláusulas suelo comenzaron antes de la archiconocida STS de 9 mayo 2013, es con esta resolución cuando se marca un antes y un después.

Anteriormente, en sentencias tales como la del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla , 30 septiembre 2010, así como la del Juzgado de lo Mercantil nº1 de León, 11 marzo 2011<sup>22</sup>, que fueron dictadas tras las correspondientes acciones de cesación interpuestas por AUSBANC, se consideró, por vez primera, a las cláusulas suelo como abusivas. Las razones que dieron los jueces fueron básicamente que las susodichas estipulaciones eran abusivas por desequilibrio, es decir, determinaron que la desproporción del techo

---

<sup>20</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 214.

<sup>21</sup> SJPI, nº5 L’Hospitalet de Llobregat, 3 febrero 2017, (Tol 5965709).

<sup>22</sup> SJMerc, nº2 Sevilla, 30 septiembre 2010 (AC 2010, 1550) y SJMerc, nº1 León, 11 marzo 2011 (AC 2011, 179).

comparado con el suelo era tal que se rompía la reciprocidad de la mismas. Algo criticable porque suponía que los jueces entraran a hacer balances macroeconómicos sobre si era previsible o no que los tipos llegaran a subir tanto que la cláusula techo verdaderamente fuese a servir a modo de seguro para los consumidores<sup>23</sup>. Sin embargo, la principal crítica que ahora mismo haríamos a la sentencia sería que aplicó directamente el control de contenido sobre la cláusula, sin tener en cuenta, como luego veremos, que la cláusula suelo es definitoria del objeto principal del contrato, saltándose, a todas luces, el art. 4.2 de la *Directiva 93/13*<sup>24</sup>, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A pesar que la falta de transposición expresa al ordenamiento español de una Directiva no impide su aplicación. De hecho, el TJUE ha declarado que ante la falta de transposición de una Directiva las normas nacionales se han de interpretar conforme a lo establecido en dicha Directiva.<sup>25</sup>

Otras, en cambio, como la SJMerc, nº1 Burgos, 11 mayo 2011 y la SJMerc, nº2 Alicante, 23 junio 2011<sup>26</sup>, consideraron en resumidas cuentas que una persona cuando firma un contrato debe saber lo que está contratando<sup>27</sup>. Así, la primera, en la cual la demandante era una mercantil, afirma que “*la actora sabía perfectamente lo que quería [...] de manera que una vez conocida la oferta la aceptó por lo que [...] el requisito del consentimiento configurado por el artículo 1.261 del CC, como elemento integrador del contrato no se encuentra alterado ni condicionado en forma alguna por lo que difícilmente cabe hablar de cláusulas impuestas puesto que el núcleo del consentimiento estaba nítidamente perfilado antes de aceptarlo*”<sup>28</sup>. Más adelante, veremos que aunque una cláusula predispuesta esté consentida eso no quita que el ordenamiento jurídico las someta al doble control de transparencia, además, el hecho de que el consentimiento se proyecte sobre una cláusula impuesta no le hace perder tal carácter.

2. En cuanto a la opinión de los autores, la doctrina no era unánime, algunos como Alfaro Águila-Real y González Carrasco se posicionaban en contra de considerar que una cláusula suelo pudiera ser abusiva por falta de

---

<sup>23</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 217.

<sup>24</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

<sup>25</sup> STJUE 27 junio 2000 (Asuntos C-240-244/98, Océano Grupo Editorial v. Murciano Quintero) (Tol 105647).

<sup>26</sup> SJMerc, nº1 Burgos, 11 mayo 2011 (JUR 2011, 183765) y la SJMerc, nº2 Alicante, 23 junio 2011 (JUR 2011, 236038).

<sup>27</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 218.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 218.

proporcionalidad. Entre ellos también estaba Pertíñez Vílchez quien, a su vez, desde 2004 ya había apuntado que la falta de transparencia podía fundamentar la abusividad de una cláusula<sup>29</sup>. Otros, como Múrtula Lafuente pensaban que las cláusulas suelo no debían reconducirse a la falta de transparencia, esta autora consideraba que las cláusulas suelo podían resultar abusivas en determinados casos pero la transparencia no era una forma de control adecuada, puesto que argumentaba que “*éste [el prestatario] ha tenido la oportunidad de conocer su existencia antes y durante la celebración del contrato de préstamo*”. De este modo, planteaba que teniendo en cuenta que la bajada del Euribor era una circunstancia sobrevenida en relación con el momento en el cual se firmaron los contratos de préstamo, esta cláusula debería revisarse “*conforme a los criterios de buena fe objetiva ( art. 82.1 TRLGDCU y 1.258 CC) o simplemente por aplicación de la llamada cláusula rebus sic standibus, que tanto la doctrina como la jurisprudencia del TS han basado en una modificación sobrevenida de la circunstancias de contrato, de carácter imprevisible al tiempo de su celebración*”.<sup>30</sup>

**3.** Considero conveniente antes de comenzar a perfilar que es el control de transparencia tener presente la primera sentencia que vino a esbozarlo y fue el “*germen de su reconocimiento*”<sup>31</sup>, pero referido a una cláusula de intereses remuneratorios en un contrato de préstamo hipotecario. Se trata de la STS 18 junio 2012<sup>32</sup>. La peculiaridad de esta sentencia fue que configuró un control de transparencia aplicable a cualquier adherente, ya fuera profesional, ya fuera consumidor; y lo hizo al residenciar el control de transparencia en el ámbito de la LCGC<sup>33</sup>.

La sentencia señala que el control de inclusión y el control de transparencia, a diferencia del control de abusividad se pueden proyectar por indicativo del art. 4.2 Directiva 93/13 en los elementos esenciales del contrato. Dando

---

<sup>29</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 109-153.

<sup>30</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 222.

<sup>31</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control de transparencia como “llave” del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, *LA LEY mercantil*, 2015, núm. 11º, p. 3; en iguales términos se pronuncia SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Diario La Ley*, 2013, núm. 8112º, p. 2.

<sup>32</sup> STS 18 junio 2012 (Tol 2652597).

<sup>33</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de las STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario la Ley*, 2013, núm. 8112º, p. 4.

lugar a un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, en la medida que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que implica para él el contrato celebrado y a su vez la contraprestación que va a recibir<sup>34</sup>. Si la cláusula, por todo lo expuesto, no se ajusta a los criterios de “*transparencia, claridad, concreción y sencillez*” y resulta no transparente, esto supondría la nulidad de la cláusula. Además, si afecta al consentimiento, al objeto o a la causa del contrato conllevaría la ineficacia del mismo, con la respectiva restitución de las recíprocas prestaciones<sup>35</sup>.

La importancia de este pronunciamiento también se encuentra en que vino a posicionarse sobre la cuestión abierta entorno a la aplicabilidad del art. 4.2 de la Directiva 93/13, afirmando su plena vigencia, y al mismo tiempo apartándose de lo establecido por la STJUE 3 junio 2010<sup>36</sup>. Al afirmar que no es posible en nuestro sistema realizar “*un control de precios, ni de equilibrio de las prestaciones propiamente dicho*”, en contra de la sentencia del TJUE que fue más allá de sus facultades al decir que este artículo no se opone a una normativa nacional que autorice un control judicial sobre la abusividad de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato<sup>37</sup>.

Lo sentado por la STS 18 junio 2012 fue confirmado por la STS 9 mayo 2013, y con ello se vinieron a zanjar las vacilaciones que se habían producido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la famosa STJUE 3 junio 2010, sobre la aplicabilidad del art. 4.2 de la Directiva 93/13<sup>38</sup>. Así, se estableció que por lo dispuesto en dicho precepto comunitario “*como regla general, no es susceptible de control [de contenido]*” una cláusula definitoria del objeto principal. Asimismo, sigue diciendo la STS 9 mayo 2013 que “*sin embargo, que una condición general defina el objeto principal del contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia*”.

Cabe destacar, que con anterioridad a la STS 18 junio 2012, otras sentencias ya se valieron del control de transparencia para declarar nulas determinadas cláusulas, si bien con poca claridad por la confusión que parece que produjo

---

<sup>34</sup> SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control”, cit., p. 2.

<sup>35</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 4.

<sup>36</sup> STJUE 3 junio 2010 (Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) (ERC I-4785).

<sup>37</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., pp. 2-3.

<sup>38</sup> CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 6º, p. 104.

la STJUE 3 junio 2010<sup>39</sup>. De este modo, tenemos, por ejemplo, la STS 17 junio 2010<sup>40</sup> que trataba sobre un “depósito de alta rentabilidad”, pero que a la postre se transformaba en un depósito de alto riesgo por una cláusula que imponía una importante retribución para la entidad de crédito en el supuesto que se desplomasen las acciones que servían para calcular la rentabilidad, es decir, todo el riesgo lo asumía el cliente (es de señalar la similitud de esta poca transparencia con la existente en los préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, que de forma inesperada para el cliente pasaban de ser préstamos a interés variable a ser préstamos a “interés mínimo fijo”). Pues bien, en esta sentencia el Alto Tribunal declaró nula la cláusula por no superar el específico control de transparencia. De igual manera, la STS 1 julio 2010<sup>41</sup> declaró nulas por abusivas varias cláusulas incluidas en contratos de seguro por falta de transparencia concluyendo que *“en el caso enjuiciado la insuficiencia de la información y la falta de transparencia es determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y, en su consecuencia, de su carácter abusivo”*. Lo sorprendente de esta resolución es que, aunque las declaró nulas por falta de transparencia, el Tribunal entendió, al seguir la doctrina de la STJUE Caja Madrid, que era posible aplicar sin cortapisas el control de contenido a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato para apreciar su abusividad.

**IV.- 1.** Así pues, llegamos a la STS 9 de mayo 2013, sentencia que resolvió una acción colectiva de cesación y declaró nulas todas las cláusulas suelo incluidas en miles de préstamos hipotecarios que habían sido suscritos con las entidades BBVA, Nova Caixa Galicia y Cajamar. Como he señalado antes, esta sentencia supuso un cambio radical a como se habían comportado los Tribunales con la cláusula suelo, considerando la interpretación que realiza el Supremo del art. 4.2 de la Directiva 93/13 y como conecta la falta de transparencia de la cláusula con la abusividad<sup>42</sup>.

En lo que nos atañe en este estudio, el Tribunal Supremo comienza su análisis sobre las cláusulas suelo desmarcándose de los argumentos

---

<sup>39</sup> CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., pp. 107 y ss.

<sup>40</sup> STS 17 junio 2010 (Tol 1920055).

<sup>41</sup> STS 1 julio 2010 (Tol 2006750).

<sup>42</sup> Autores como Pertíñez Vílchez, Casado Navarro y De Torres Perea, en sus trabajos aquí citados, coinciden en que el Supremo viene a vincular el control de transparencia con el control de abusividad de la cláusula.

esgrimidos por la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>43</sup>. En primer lugar, concluye que las antedichas son condiciones generales de la contratación a diferencia de lo que mantenía la sentencia recurrida, la cual apuntaba que no podían considerarse condiciones generales de la contratación *“porque versan sobre los elementos esenciales del contrato y porque, precisamente por ello el consumidor necesariamente las conoce y las acepta libre y voluntariamente”*. Así, el TS repasa los requisitos que deben tener las condiciones generales según el art. 1 LCGC y nos pone de relieve que las condiciones generales de la contratación deben caracterizarse por ser contractuales, predispuestas, impuestas y por último que haya generalidad en su utilización (requisitos que cumplían las cláusulas suelo). Por lo cual, resulta irrelevante la concurrencia de otros elementos como su apariencia externa, la autoría, que el adherente sea un profesional o consumidor, e incluso que se hayan cumplido los deberes de información exigidos por la regulación sectorial o que se refiera al objeto principal del contrato en el que están insertadas. De hecho, como acertadamente dice el Supremo: *“En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este”*.

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

Luego, despejado que son cláusulas definatorias del objeto principal del contrato, expone que la mera circunstancia de serlo no impide de forma total apreciar si la cláusula es abusiva. A saber, a pesar de que de la literalidad de

---

<sup>43</sup> SAP Sevilla, Secc. 5ª, 7 octubre 2011 (Tol 2257901).

la Directiva como norma no cabe declarar abusiva una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, esto no supone que no se las pueda someter al doble control de transparencia ( ya que debemos tener presente la excepción que introduce el art. 4.2 *“siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”* ). Además, el Alto Tribunal añade que la jurisprudencia del TJUE ha interpretado que la Directiva no se opone a que los Estados miembros autoricen, mediante normativa nacional, la posibilidad de controlar el carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, aún cuando sean claras y comprensibles, aumentando en consecuencia el nivel de protección a los consumidores.

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

Pues bien, la sentencia concluye que las condiciones generales sobre tipos de interés analizadas de forma aislada cubren las exigencias que impone la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para su inclusión en el contrato. Dado que la regulación contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 *“garantiza de forma razonable la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor<sup>44</sup>”*.

En consecuencia, superado el control de inclusión hay que comprobar si superan el control de transparencia aplicable a los contratos con consumidores. De este modo, recordamos otra vez lo dispuesto en la

---

<sup>44</sup> Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios.



Directiva 93/13, que en su vigésimo considerando señala que *“los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimientos de todas las cláusulas [...]”* y el artículo 4.2 determina que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*.

Es en este momento, cuando el TS ubica en el art. 80.1 TRLCU el segundo control de transparencia, que va más allá del primer control de transparencia denominado control de inclusión<sup>45</sup>. El Supremo afirma que habida cuenta de lo dispuesto en el art. 80.1 TRLCU *“en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”*, el control de transparencia, además del control de inclusión, cuando se refiere a los elementos esenciales del contrato supone que *“el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”*. Dicho en otras palabras, el segundo control de transparencia al que podemos llamar de comprensibilidad real exige que la cláusula suelo permita al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y conocer la posición jurídica y económica en la cual se encuentra como parte del mismo. En fin, entender concretamente que está contratando, como influirá esa cláusula en la economía del contrato para poder tomar una decisión acorde a sus intereses. Sánchez Martín<sup>46</sup>, hablaba de un *“control de abusividad abstracto”* que exige que *“la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el*

---

<sup>45</sup> Otros autores a los que voy a hacer referencia en el siguiente epígrafe opinaron en su momento de forma distinta. De hecho, SÁNCHEZ MARTÍN, C.: *“El control”*, cit., p. 5; dice que *“será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación [...], o si por el contrario, como parece deducirse de la Sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores”*.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 4.

*contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.*

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

Entonces, la pregunta es: ¿Las cláusulas suelen superar el control de comprensibilidad real?, ¿En el contexto en cual se introducen se permite conocer su trascendencia? Lo que viene a decir el Tribunal Supremo, y esto ya lo he recalcado en la definición de las sobredichas cláusulas, es que: *“Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, los convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia”.* Es decir, la oferta del préstamo a interés variable unido a que no se informaba adecuadamente a los consumidores propiciaba que la atención de los prestatarios no se centrara en lo que verdaderamente importaba, ya que el diferencial, aún cuando preocupaba a los consumidores en el momento de contratar el préstamo, carecería de trascendencia en el desarrollo futuro del contrato. Esto es, los bancos daban un *“carácter inapropiadamente secundario”* a una cláusula que define el objeto principal de contrato. Por tanto, el Supremo indica que las cláusulas suelen no superar el segundo control de transparencia, exactamente por:

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

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

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

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

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

En ese sentido, Plaza Penadés señala que lo que llevó al Supremo a concluir que se había incumplido el deber de transparencia fue un “dato objetivo”, “la falta de información previa, clara y comprensible, lo que impidió la correcta prestación de un consentimiento informado y de una correcta comprensión de la posición contractual y del alcance que, en este caso, una cláusula suelo tiene en un préstamo de interés variable”<sup>47</sup>.

Finalmente, el Alto Tribunal pone de relieve que las cláusulas suelo no son *per se* abusivas, ya que “la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor”. En este sentido, entiendo que habrá que analizar si las cláusulas, una vez declaradas no transparentes, son abusivas por causar a los consumidores un desequilibrio en su perjuicio<sup>48</sup>.

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

2. Lo primero que destacaría de la STS 9 mayo 2013 respecto de los pronunciamientos anteriores sería el lugar en el cual reside el control de transparencia. Así como, el ámbito subjetivo en el cual lo ubica, contratos con consumidores<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 7.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 7; El profesor Plaza opina todo lo contrario, que si bien el Supremo siguió con la valoración sobre abusividad de la cláusula, de la sentencia se desprende que resulta irrelevante entrar en dicho análisis, porque cuando no se superan el control de inclusión y el de transparencia ya tiene la consideración de cláusula abusiva.

<sup>49</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8547º, p. 4.

Por un lado, la STS 18 junio 2012 establecía el control de transparencia en los requisitos formales impuestos por la LCGC; dando lugar a lo que podríamos llamar un control de inclusión cualificado cuando la cláusula analizada se refiere a los elementos básicos o esenciales del contrato<sup>50</sup>. Así, *“tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”*; para poder dar, según palabras del profesor Plaza Penadés<sup>51</sup>, un *“consentimiento informado”*. Del mismo modo, al circunscribir el control de transparencia en la LCGC extendía su ámbito de aplicación tanto a contratos con consumidores como a contratos celebrados con empresarios o profesionales.

Por otro lado, la STS 9 mayo 2013 da un paso más allá, puesto que residencia el control de transparencia en el art. 80.1 TRLGDCU, conectando, a mi entender, la falta de transparencia de las cláusulas suelo con la abusividad, como lo hace el art. 4.2 de la Directiva 93/13 (limitando, en consecuencia, la aplicación del control de transparencia a contratos con consumidores)<sup>52</sup>. Esto supone que la nulidad de las cláusulas suelo no debe derivarse si estas únicamente adolecen de falta de transparencia, como si el control de transparencia funcionase a la semejanza de un control autónomo, sino que al mismo tiempo deben ser abusivas por causar un perjuicio al consumidor consistente en el desequilibrio que se produce en la distribución de los riesgos de la variabilidad de los tipos (el desequilibrio según la STS 9 mayo 2013). Asimismo, la presente sentencia reformula de manera más precisa el control de transparencia, al hablar ya de un control de comprensibilidad real como segunda parte, tras superar el control de inclusión, del doble control de transparencia. Pero, no vinculado al control de inclusión o incorporación sino vinculado al control de contenido.<sup>53</sup> Que exige no una mera puesta a disposición de las cláusulas y su legibilidad, sino además que el adherente conociera o pudiera conocer la trascendencia de la cláusula en el contrato (es

---

<sup>50</sup> CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 106.

<sup>51</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 9.

<sup>52</sup> Algún autor como CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 7, entiende que la STS de 2013 establece el fundamento normativo de este control en el art. 80.1 TRLGDCU, no obstante otro como PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 7, sigue considerando que su base legal se encuentra en el art. 5.5 LCGC, por mor del vigésimo considerando de la Directiva, aunque lo reconozcan también en el art. 80.1 TRLGDCU, ya vinculado a los contratos con consumidores.

<sup>53</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 5, el punto 8 de la STS de 8 de septiembre de 2014 confirma el control de transparencia *“como parte integrante del control de abusividad”*.

decir, tanto la carga económica como la posición jurídica que implica). El profesor Plaza Penadés, reconoce que la STJUE 26 febrero 2015<sup>54</sup> delimita el “*moderno control de transparencia*”, el cual ya no tiene que ver con la mera inteligibilidad o cognoscibilidad de las cláusulas sino que “*el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo*”<sup>55</sup>.

Desde mi punto de vista, lo que quería dejar claro la STS 9 mayo 2013 es lo siguiente: cuando el art. 4.2 de la Directiva 93/13 bloquea el control de contenido a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, no lo hace de manera absoluta, ya que si estas no son transparentes se abre la veda para que, mediante un juicio sobre la “*abusividad*”<sup>56</sup>, se pueda verificar si son abusivas o no; y así, si lo son determinar su ineficacia. Sin embargo, como muy bien apunta Pertíñez Vílchez<sup>57</sup>, la STS 9 mayo 2013 conecta la falta de transparencia con la abusividad de forma “*técnicamente defectuosa*”, por una sencilla razón. La referida Sentencia al incardinar el segundo control de transparencia (comprensibilidad real) en el art. 80.1 TRLGDCU (esto es, el cumplimiento de requisitos de: “*a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa... y b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.*”), en lugar de hacerlo en el art. 82 TRLGDCU, sigue basando el carácter abusivo de las cláusulas suelo en el incumplimiento de deberes formales que son prácticamente idénticos a los que recoge el art. 5 de la LCGC<sup>58</sup>. Por tanto, son luego sentencias como las SSTS 24 de marzo 2015<sup>59</sup> y 29 abril 2015<sup>60</sup>, las que con mayor precisión se han apoyado en el

---

<sup>54</sup> STJUE 26 febrero 2015 (Asunto C-143/13 Matei vs Volksbank România) (Tol 4732770).

<sup>55</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 5.

<sup>56</sup> Juicio sobre la “*abusividad*” de la cláusula al que hace referencia en numerosas ocasiones en su reciente libro PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 92.

<sup>58</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p.7-8, coincide en que situarlo en el art. 80.1 TRLGDCU es un error.

<sup>59</sup> STS 24 marzo 2015 (Tol 4828170).

<sup>60</sup> STS 29 abril 2015 (Tol 5090715).

art. 82 TRLGDCU para conectar la falta de transparencia de las cláusulas suelo con la abusividad, a las que más adelante haré referencia.

De hecho, Casado Navarro<sup>61</sup> dice que mientras los controles de contenido e incorporación son auténticos controles que tienen por misión fiscalizar la legalidad de las condiciones generales de la contratación. El control de transparencia no sería un verdadero control si no más bien un “control menor” o “parámetro” que habilita, en caso de su no superación, a enjuiciar la abusividad de un cláusula referida al objeto principal del contrato. No va desencaminado este autor, porque el propio Pertíñez Vílchez, también nos recuerda que el TJUE en la STJUE 30 abril 2014<sup>62</sup>, sentó que el art. 4.2 de la Directiva 13/93 tiene únicamente por objeto “establecer las modalidades y alcance del control de dichas cláusulas”<sup>63</sup>

En contra de esta tesis, que considera que: *“la falta de transparencia no ha de ser en sí misma suficiente para determinar la ineficacia de una cláusula relativa al precio o al objeto del contrato, sino sólo cuando la misma es instrumental a un desequilibrio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo que sobre los elementos esenciales del contrato creía haber alcanzado, lo que reclama un juicio sobre la “abusividad” de la cláusula y no sólo sobre el cumplimiento de unos requisitos formales”*<sup>64</sup>; se postulan otros autores. De esta manera, un sector de la doctrina representado por catedráticos como Cámara Lapuente y Plaza Penadés, mantienen una postura distinta sobre el control de transparencia<sup>65</sup>. El primero afirma que este segundo filtro se ha de posicionar dentro del llamado control de inclusión, dando lugar a una especie de control de incorporación especial, más exigente, que sería aplicable cuando las cláusulas analizadas fueran relativas al objeto principal del contrato<sup>66</sup>. Obviamente, esta concepción conlleva dos claras consecuencias, y a la segunda he hecho referencia sutilmente cuando he contrapuesto las SSTs 18 junio 2012 y 9 mayo 2013: La primera se corresponde con los requisitos que deben concurrir para declarar abusiva una cláusula, si incardinamos el control de transparencia en los criterios de incorporación al contrato de la LCGC no se tendrá en cuenta si la cláusula le ha producido un perjuicio al consumidor, ni

---

<sup>61</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 5.

<sup>62</sup> STJUE 30 abril 2014 (Asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt) (Tol 4234058).

<sup>63</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 27-28.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 91.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 86.

<sup>66</sup> CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 106.

tampoco las circunstancias concurrentes, ni los bienes o servicios objeto del contrato, etc. La segunda tiene que ver con el ámbito de aplicación del control de transparencia, que si se introduce en sede de control de incorporación, también se podría conducir a los empresarios y profesionales.

Plaza Penadés, en cambio, considera al control de transparencia como un tercer control diferenciado del control de inclusión y de contenido. Lo sitúa en la LCGC y establece como consecuencia de su contravención la nulidad de la cláusula<sup>67</sup>. Es decir, considera que, a pesar de ser dos controles distintos, la no superación del control de transparencia y de contenido conllevaría el mismo régimen de ineficacia. La nulidad de la cláusula.

Entonces, Plaza Penadés en un artículo de 2013 en el cual analiza la STS 9 mayo 2013 apunta las siguientes ideas<sup>68</sup>: Primeramente, separa el control de inclusión del control de transparencia, al igual que el de contenido (en definitiva, considera que son tres controles diferentes). Mientras que el primero se derivaría del art. 7 LCGC, el segundo tendría su base legal en el artículo 5.5 LCGC, ya que este precepto señala que: “*La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*”. A este respecto, apunta que la propia Sentencia trae a colación el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, el cual dice: “[...]los contratos con consumidores deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]”, y el art. 5 dispone que “*en los casos de contratos en que todas la cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*”. A continuación, apunta que la Sentencia en realidad “*confunde y entremezcla el control del transparencia con el control de abusividad*”<sup>69</sup>, y en su lugar debería haber argumentado de la misma forma que ya lo hizo en la STS 18 junio 2012.

No obstante, yo pienso todo lo contrario, la Sentencia en realidad lo que hace es conectar por vez primera y de forma no muy precisa, la falta de transparencia de las cláusulas suelo con el juicio de abusividad. Como dice la Sentencia, las cláusulas suelo no son “*per se*” abusivas y “*la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor*”, de su falta de transparencia no se puede entender al

---

<sup>67</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 4; igualmente en PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 3.

<sup>68</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 5.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 5.

mismo tiempo que hayan de ser desequilibradas en perjuicio del consumidor. Además, también se puede interpretar en el sentido que las cláusulas suelo no van a adolecer siempre de un defecto de transparencia.

De este modo, como interpreta el Supremo el art. 4.2 de la Directiva la falta de transparencia dará lugar a que se pueda valorar la abusividad de la cláusula en los términos del TRLGDCU para determinar si efectivamente son abusivas. En el comentario de la sentencia, sigue diciendo que la principal razón que llevó al Supremo a declarar que no se había superado el control de transparencia fue un “dato objetivo”<sup>70</sup>, concretamente, “*la falta de información previa, clara y comprensible, lo que impidió la correcta prestación de un consentimiento informado y de una correcta comprensión de la posición contractual y del alcance que, en este caso, una cláusula suelo tiene en un préstamo a interés variable*”. Si bien, como ya sabemos la sentencia siguió analizando el carácter abusivo de la cláusula.

Dicho esto, el profesor Plaza concluye<sup>71</sup> que si una cláusula se refiere a un aspecto básico y esencial del contrato, el control aplicable será el de transparencia y no cabrá el control de contenido. Sin embargo, una vez apuntado esto considera que la Sentencia se aleja de la concepción vigente en el sentido que reduce el ámbito de aplicación del control de transparencia a los consumidores, entendiendo que lo hace solamente en este caso concreto al aplicar un control de transparencia vinculado a la condición de consumidores que tenían los adherentes, lo cual se manifiesta por la aplicación del art. 80 TRLGDCU. Finalmente, señala la relación que tiene el control de transparencia con la adecuada información contractual, y que su objetivo al fin y al cabo es preservar la libertad contractual asegurando que el adherente consienta de manera informada (“consentimiento informado”), cosa que comparto totalmente. Pero, acaba diciendo que la nulidad de las cláusulas suelo se deriva de forma directa de la contravención de la transparencia, por no conocer previamente y de forma adecuada la carga económica y la posición jurídica que implicaban dichas condiciones. De hecho, señala que la consecuencia de no ser transparente es la misma que la que se deriva de la abusividad, cosa que a mi parecer no es posible, dado que si encuadra el control de transparencia dentro del ámbito de la incorporación al contrato (cumplimiento de deberes formales) su consecuencia no puede ser la nulidad sino la no inclusión en el mismo. Como matiza Casado Navarro<sup>72</sup>, lo que asevera el profesor Plaza no es posible, porque “*no existe*

---

<sup>70</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, p. 7.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, pp. 8-9.

<sup>72</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 10.



*ningún precepto legal al margen de lo previsto para el error vicio que anude la declaración de nulidad a la falta de información, previa, clara y comprensible”.*

Ante esto, opino que de la lectura de la Sentencia extraería que la nulidad de las cláusulas suelo no se produce única y exclusivamente de una falta de transparencia, sino que esta permitiría, de alguna forma, el análisis de su contenido y así poder verificar si es abusiva o no, *“la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas”* (STS 9 mayo 2013). Por tanto, considero más acertada la postura de Casado Navarro que señala que el control de transparencia estaría integrado en el control de contenido y funcionaría *“como una “llave” de éste último cuando se proyecta sobre cláusulas relativas al objeto principal del contrato”*. Así, vendría a ser un *“requisito habilitante”* del control de contenido que operaría como el único camino que permite abrir el control de abusividad cuando la cláusula es relativa al objeto principal del contrato.<sup>73</sup>

Huelga decir, que un examen de la justicia o injusticia de las transmisiones sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta que vulneraría el principio de “libertad de mercado” recogido en el art. 38 CE. En este sentido, la STS 9 de mayo de 2013 con referencia explícita a la STS 18 junio 2012, ya excluye que se pueda analizar mediante el control de contenido el carácter abusivo de la cláusula en orden al equilibrio de las contraprestaciones<sup>74</sup>. Igualmente, la STJUE de 30 abril 2014 junto con la STJUE 26 febrero 2015 ratifican la exclusión del control de contenido a las cláusulas en lo que se refiere a la relación calidad/precio, puesto que no existe ninguna clase de baremo o criterio jurídico que nos permita establecer adecuadamente ese control. Al final, considero que la razón por la que el Supremo declara abusiva la cláusula suelo no es el desequilibrio o desproporción entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajará el tipo de interés variable pactado (STS 29 abril 2015). Como dijo la STS 24 marzo 2015 la falta de transparencia provocaba *“subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”*.

Así, el desequilibrio que se produce no es objetivo sino subjetivo, se trata de una alteración de tipo subjetivo en el equilibrio entre precio y prestación, no

---

<sup>73</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 10.

<sup>74</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 94 y ss.

del equilibrio objetivo entre precio y prestación, ya que como afinó la STS 29 abril 2015, *“cuestión distinta es si las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales”*. En este caso, el de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, la abusividad no derivará de un desequilibrio material entre precio y prestación, sino que será de otra naturaleza, esto es, una abusividad por falta de transparencia en la medida que se produce un desequilibrio subjetivo en la relación precio y prestación, en el acuerdo al que creía haber llegado el consumidor<sup>75</sup>. Asimismo, Casado Navarro considera que el apoyo legal del control de transparencia ha de situarse en el art. 60 TRLGDCU habida cuenta *“que establece un deber general de información precontractual a cargo del empresario”* y aprecia *“una coincidencia con el objeto y finalidad del control de transparencia”*. De modo que, cumplidos los extremos que exige dicho artículo sobre la información que ha de proporcionarse al consumidor, la cual va más allá de la mera redacción clara y comprensible, se materializaría en el clausulado contractual el principio de transparencia<sup>76</sup>.

Admitida la premisa que no podemos hablar de nulidad relativa o ineficacia de una cláusula relativa al coste del crédito, simplemente por el mero hecho de no ser transparente. En el caso de las cláusulas suelo, ya ha quedado bastante claro que de su falta de transparencia se deriva un perjuicio para el consumidor<sup>77</sup>, porque *“en el caso de este tipo de condiciones generales [la falta de transparencia] provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusulas suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”* (FJ 7º, STS 24 marzo 2015). Así, una cláusula suelo será lícita *“siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos”*.

---

<sup>75</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p.113 y 114.

<sup>76</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p.11, señala que si bien una vez verificada la falta de transparencia en las cláusulas controvertidas *“se abre la posibilidad de efectuar un control de contenido sobre las mismas”*, hay que tener en cuenta que *“entre la falta de transparencia y el control de su posible carácter abusivo existe una conexión, puesto que la ausencia de una información clara, comprensible y suficiente sobre las cláusulas relativas al objeto principal del contrato puede ocasionar un perjuicio al consumidor, en tanto que son estas las cláusulas sobre las que funda su decisión de contratar”*.

Todo esto no quita, que puedan existir cláusulas susceptibles del control de transparencia que no lo superen y que no necesariamente sean abusivas<sup>78</sup>, porque *“la falta de transparencia puede ser inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, los mismos no tienen efectos negativos para el adherente”* (STS 24 marzo 2015). Por tanto, la falta de transparencia debe llevar aparejada un desequilibrio en perjuicio del consumidor, que en el caso de las cláusulas suelo se manifiesta por la alteración subrepticia de carácter subjetivo que se produce entre precio y retribución, es decir, en el acuerdo objeto del contrato que creía haber alcanzado el consumidor<sup>79</sup>. Debido a que este ve frustradas sus expectativas por haber creído que el coste del crédito iba a ser “uno” cuando en realidad iba a ser “otro”. Por tanto, el perjuicio del consumidor consiste en la imposibilidad de haber podido comparar entre las diferentes ofertas del mercado. De haber sabido que las consecuencias económicas del préstamo a interés mínimo fijo disfrazado de préstamo a interés variable iban a ser esas, hubiese contratado otro préstamo, verbigracia, con un diferencial más elevado, pero con unos mecanismos de fijación de interés más acordes, valga la redundancia, a sus intereses.

De todas formas, he de apuntar una crítica a esta última parte de mi razonamiento, que ya pudo observar Chaparro Matamoros, en atención a focalizar el perjuicio del consumidor en no haber podido elegir otro préstamo de la competencia que fuera más acorde a sus pretensiones: *“Tampoco parece razonable el argumento de que el consumidor puede elegir otro producto financiero de la competencia, desde el momento en que la mayoría de compañías ofrecen productos prácticamente idénticos, de forma que al consumidor no le queda más remedio, si quiere disponer del préstamo para adquirir su vivienda, que aceptar el contrato de préstamo hipotecario ofrecido por cualquiera de ellas, aun a riesgo de que pueda contener una cláusula suelo abusiva”*<sup>80</sup>.

En otra línea que Plaza Penadés, Cámara Lapuente ya había tratado el control de transparencia según la STS 9 mayo 2013 en otro artículo también de

---

<sup>78</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 111.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 108-114.

<sup>80</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)”, *Revista boliviana de derecho*, 2014, núm. 18º, p. 533.

2013<sup>81</sup>. En el cual considera que el doble control de transparencia aplicable a los elementos esenciales incluye en primer lugar un control de inclusión de carácter documental y en segundo lugar, como él dice, un “genuino” control de transparencia que “incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”<sup>82</sup>. Cámara defiende, y en esto se diferencia del resto de autores que he sacado a colación, que de no superarse este control “reforzado” que pretende que el consumidor conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la posición jurídica que supone dicha cláusula en el contrato, la estipulación quedará no incorporada al contrato<sup>83</sup>. Al mismo tiempo, en dicho artículo aborda algunas cuestiones interesantes como la controversia que produjo la STJUE 3 junio 2010 sobre si era aplicable o no el art. 4.2 de la Directiva 93/13, y que vino a zanjar la susodicha STS 9 mayo 2013 junto con la STS 18 junio 2012. De lo cual destacaría que la Directiva 93/13 al ser una directiva de mínimos, no es contraria a que se pueda ofrecer una mayor protección a los consumidores mediante el control de los elementos esenciales del contrato incluso aunque estos sean transparentes. Lo que no es posible es realizar una transposición de la Directiva de forma incompleta que exonerase de control a los elementos esenciales aunque no fuesen transparentes. Motivo por el cual tuvo que ser reformada la legislación de países como Francia y Alemania. Así, Alemania ha incorporado a su ordenamiento el llamado *Transparenzgebot* (control de transparencia) que es aplicable a los *Hauptelemente* (elementos esenciales), y que si no se supera conlleva las mismas consecuencias que el control de contenido, declarándose la abusividad de la cláusula.

Sánchez Martín, también es partidario de reconducir el control de transparencia al ámbito de la incorporación al contrato, al caracterizar dicho parámetro como una “proyección general del control de inclusión”, “cuyo fundamento legal descansa en el art. 5 Directiva 93/13, arts. 5.5 y 7.b) LCGC y 80.1 TRLGDCU”<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit.

<sup>82</sup> STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

<sup>83</sup> Esta interpretación de las consecuencias de no superar el control de transparencia la postula CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, Tomo LV, pp. 600 a 608.

<sup>84</sup> SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El verdadero control de transparencia de las cláusulas predisuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8491°, p. 4.

Una vez dicho esto, frente a estas razones de un sector de la doctrina<sup>85</sup>, Pertíñez Vílchez<sup>86</sup> esgrime los siguientes argumentos para defender su postura, y que comparto con él:

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

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

c. El tercero se refiere a que si encuadramos el juicio de eficacia sobre estas cláusulas en sede de requisitos de incorporación seguiríamos enfocando inadecuadamente la cuestión. Ya que los criterios estrictamente formales que exige el control de inclusión no tienen en consideración el posible perjuicio que se le estuviera causando al consumidor por la aplicación de dichas cláusulas. De este modo, podríamos llegar al absurdo de declarar nula una cláusula relativa al objeto principal del contrato por no superar el control de transparencia a pesar de que esta fuera inocua para el consumidor<sup>87</sup>. Sobre este punto pone como ejemplo la llamada “cláusula cero”, que se trata de una cláusula que impone la prohibición de que los intereses fuesen negativos o a favor del prestatario. Así, no tendría mucho sentido afirmar que la inclusión de esta cláusula en el contrato suponga una alteración subrepticia del acuerdo

---

<sup>85</sup> Sobre todo, Cámara Lapuente y Plaza Penadés. En cambio, confluye en muchos puntos con Casado Navarro.

<sup>86</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 87-91.

<sup>87</sup> CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias”, cit., p. 605.

que había concebido el prestatario, cuando en ningún momento el consumidor tenía como expectativa lucrarse con el préstamo.

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

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

En definitiva, Pertíñez Vílchez nos viene a decir que el art. 82 TRLGDCU es una norma amplia que debe ser interpretada y perfilada por vía jurisprudencial, sin que sus dos elementos clave, a saber, la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio objetivo de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, sean interpretados de una forma

estricta.<sup>88</sup> Todo lo contrario, él considera que los dos presupuestos básicos de este artículo “*han de considerarse como instrumentos que permitan al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en las que se irá concretando el concepto de “abusividad”, una de las cuales puede ser que resultan abusivas las cláusulas que por su falta de transparencia causen un perjuicio al consumidor consistente en la alteración de la carga económica del contrato*”<sup>89</sup>.

**V.- 1.** Una vez llegados a este punto, el control de transparencia, teniendo en cuenta lo sentado por las SSTs 18 junio 2012, 9 mayo 2013, 24 marzo 2015 y 29 abril 2015, funcionaría como un parámetro abstracto de validez de la cláusula no negociada, incluida en contratos con consumidores, que cuando se proyecte sobre elementos esenciales del contrato “*tiene por objeto que el adherente conozca pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial 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*» (STS 9 mayo 2013). Dicho de otro modo, en palabras más actuales pronunciadas por la STS 29 abril 2015, el control de transparencia diferenciado del control de incorporación “*supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá*”.

---

<sup>88</sup> Coincide CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p.11, en decir que el art. 82 TRLGDCU, es una norma general que debido a su amplitud debe ser interpretada de forma flexible por la jurisprudencia, y en la cual cabría situar un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia que, como la cláusula suelo, cause, en perjuicio del consumidor, una alteración del acuerdo que creía haber alcanzado en base a la información proporcionada.

<sup>89</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 93.

Además, esta forma de definir la obligación de transparencia ha sido confirmada por las SSTJUE 30 abril 2014, 26 febrero 2015 y 23 abril 2015<sup>90</sup> en el sentido que consideran que *“tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”* (STJUE 30 abril 2014), e igualmente se entenderá superada la transparencia para poder excluir el control de abusividad cuando *“la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él”* (STJUE 23 abril 2015).

Es decir, como dice Casado Navarro, se puede definir como *“un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predisuestas relativas al objeto principal del contrato, distinto del error como vicio del consentimiento, a través del cual se trata de comprobar que el predisponente ha confeccionado y presentado el clausulado contractual de una forma tal que el adherente conozca o pueda conocer fácilmente tanto la carga económica como su posición jurídica en el contrato”*<sup>91</sup>. Considera, entonces, que este control se centra en un “dato objetivo”, si el predisponente informó de manera suficiente al cliente. Lo cual permite desvincularlo del error vicio en el sentido que no tiene que ver con la *“representación mental”* que se haga el adherente, sino si en las circunstancias en las que se encuadran permiten al consumidor hacerse una idea de la trascendencia de esas cláusulas en el contrato. Del mismo modo, Sánchez Martín<sup>92</sup> al comentar la STS 8 septiembre 2014<sup>93</sup> señala que el

---

<sup>90</sup> STJUE 23 abril 2015 (Asunto C-96/14, Van Hove vs CNP Assurances SA) (Tol 4835583).

<sup>91</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6.

<sup>92</sup> SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El verdadero”, cit., p. 4.

<sup>93</sup> STS 8 septiembre 2014 (Tol 4529142), en el voto particular formulado por el magistrado Sancho Gargallo, este critica la forma en que se ha llevado a cabo el control de transparencia, entendiendo que tal como estaba ubicada la cláusula en el contrato, de forma coherente y sistemática, resaltada en negrita y teniendo en cuenta el conocimiento extendido de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario en la fecha de celebración del mismo. No



control de transparencia vendría a ser “*un control de legalidad*” con la finalidad de garantizar “*la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato*”. Por lo que, impone al predisponente “*un deber de configuración contractual*” cuyo cumplimiento no se verifica por la validez del consentimiento sino “*en la propia reglamentación predispuesta y en la adecuada configuración de las cláusulas*”. Con el objeto de que el consumidor pueda valorar directamente de la propia reglamentación predispuesta las consecuencias económicas y jurídicas derivadas a su cargo<sup>94</sup>.

No obstante lo anterior, también algún autor ha puesto énfasis en que el control de transparencia se centra “*más que en la propia redacción de la cláusula, en los tratos preliminares y coetáneos a la celebración del contrato*”<sup>95</sup>. Lo cual, desde mi punto de vista, como indica la doctrina se refiere a que en el caso de las cláusulas suelo la contrariedad a la buena fe, que ésta incluida en el juicio de abusividad, y que vendría a ser la oferta poco transparente de los préstamos hipotecarios incluyendo sorpresivamente las cláusulas suelo, habría de tener en consideración las circunstancias del caso concreto<sup>96</sup>. A saber, el momento de la celebración del contrato (si ha habido un conocimiento generalizado sobre este tipo de cláusulas) y las propias circunstancias del consumidor (como su experiencia financiera). Con la finalidad de ofrecer al consumidor información adecuada en atención a sus necesidades para que pudiese comprender las implicaciones de dichas cláusulas en el desarrollo futuro del contrato. De hecho, Sancho Gargallo en su voto particular a la STS 8 septiembre 2014, señala que en la exigencia de transparencia no sólo se ha de valorar “*la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual*”. De lo contrario, pienso que no sería conforme a la buena fe que una persona con altos niveles de conocimientos financieros se beneficiase de una

---

podemos determinar que la incorporación de la cláusula suelo fuera sorpresiva y vulnerara el concreto deber de transparencia.

<sup>94</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 7; también concluye que el control de transparencia “*requiere de un previo enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles, para que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan del contrato ofertado*”.

<sup>95</sup> DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, *Revista Jurídica Valenciana*, 2014, núm. 2º, p. 45.

<sup>96</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 101 y ss.

declaración de abusividad de las cláusulas suelo basada en criterios meramente objetivos.

Al final, la lectura de esta doctrina lo que inspira es que el control de transparencia tiene como principal objetivo preservar la libertad contractual<sup>97</sup> y por ello pone tanto el foco en que el consumidor contrate con pleno conocimiento de causa; no sirviendo simplemente con que éste sepa de la existencia de la cláusula. Sino que se le debe haber proporcionado suficiente información en fase precontractual para que conozca la trascendencia de dicha cláusula en el contrato y los efectos que se derivan de ella, así como que de su propia plasmación en el contrato se puedan conocer en base a criterios sencillos las consecuencias de esa cláusula en el mismo. En definitiva, que no resulte alterado el acuerdo económico que creía haber alcanzado, *“el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó”*<sup>98</sup>.

Dicho esto, me gustaría recalcar que como dice la STS 29 abril 2015, *“la exigencia de transparencia será tanto más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que suponga para el adherente”*. Por tanto, podemos entender que el control de transparencia no es plano en el sentido que puede adaptarse en función de la cláusula sobre la cual opere, siendo más exigente cuanto más esencial sea la cláusula en el contrato. También tendrá que adaptarse a las concretas circunstancias del caso, porque, según mi opinión, no es la misma información la que tendrá que proporcionarle la entidad a una persona sin ningún tipo de conocimientos en el ámbito de la contratación bancaria, que a un notario. En relación con la trascendencia de la cláusula, ahora mismo sabemos con, al menos, algo de precisión como opera el control de transparencia en las cláusulas suelo y en otras cláusulas que como ellas definan o se refieran al objeto principal del contrato, pero no sabemos con

---

<sup>97</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6.

<sup>98</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 2013, núm. 3º, p. 9.

exactitud como operaría el control de transparencia en otro tipo de cláusulas<sup>99</sup>.

Si bien, desde mi punto de vista y el de una parte de la doctrina<sup>100</sup> el control de transparencia tiene su clara razón de ser en las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato, ya que son estas sobre las que recae el consentimiento contractual, se entiende con carácter general que sobre la relación precio y contraprestación recae el consentimiento, tal como se puede extraer del art. 1.261 CC<sup>101</sup>(Casado Navarro ve absurdo extender el control de transparencia a todas las cláusulas no negociadas individualmente<sup>102</sup>). Por tanto, cuando dichas cláusulas no son transparentes y no han permitido al consumidor alcanzar una comprensión cabal sobre el funcionamiento de la cláusula y sus efectos en el contrato, “*la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva*”<sup>103</sup>, y en consecuencia podremos valorar la abusividad, porque en esa circunstancia carecemos de consentimiento contractual que venga a justificar el objeto pactado en el contrato.

En cambio, las cláusulas que se refieran a los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, es decir, las que forman el marco normativo del contrato, no son susceptibles de controlarse en términos de transparencia sino que lo más adecuado es examinarlas según su equilibrio objetivo, habida cuenta que sobre ellas no ha habido un consentimiento. El consumidor no ha elegido el contrato por tales condiciones sino por la oferta del predisponente en la cual se describía el objeto del contrato.<sup>104</sup> Puesto que, como argumenta la STS 29 abril 2015, “*sería contrario a la lógica y a criterios de eficiencia social y económica*” que el consumidor realizara un minucioso examen comparativo del resto de clausulado del contrato en orden a decidir que producto adquiere.

---

<sup>99</sup> Carrasco y Cordero dicen que no parece haber límites a este control de transparencia, su aplicación es independiente a que sea la cláusula más o menos esencial, en CARRASCO PERRERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 7º, p. 176.

<sup>100</sup> Autores como Plaza Penadés, Pertíñez Vílchez y Casado Navarro en sus trabajos aquí citados.

<sup>101</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 64.

<sup>102</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

<sup>103</sup> Como indica el magistrado Sancho Gargallo en su voto particular de la STS 8 de septiembre de 2014.

<sup>104</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 24 y ss.

Proporcionar mucha información sobre este tipo de cláusulas resultaría inútil, dado que el consumidor tomará su decisión de contratar por las principales características del bien o servicio. En resumen, creo que podemos afirmar con cierta seguridad que el ámbito objetivo del control de transparencia se corresponde con las cláusulas relativas al precio y contraprestación del contrato, es decir, al objeto principal del contrato<sup>105</sup>. A diferencia de lo que parecía establecer la STS 9 mayo 2013 al fundamentar el control de transparencia en el art. 80.1 TRLGDCU, y que en consecuencia vendría referido a todas las cláusulas no negociadas incluidas en contratos con consumidores.

Por otro lado, siguiendo lo que he apuntado antes sobre como operaría el control de transparencia con otras cláusulas distintas de las suelo, los volubles criterios que nos marca la STS 9 mayo 2013 (el auto aclaratorio de la sentencia<sup>106</sup> dijo claramente que no eran exhaustivos) en orden a saber si la cláusula es o no transparente son criterios especialmente aplicables a las cláusulas suelo y que han sido configurados por el análisis de este tipo de cláusulas, lo que es evidente en el parámetro de “*se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas*”. En consecuencia, es clara cierta falta de seguridad jurídica en lo relativo al control de transparencia, siendo esta el principal ariete de batalla cuando se critica este novedoso criterio de validez en derecho contractual que parece poner en riesgo el consolidado principio “*pacta sunt servanda*”.

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

---

<sup>105</sup> Ya lo decía, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.; *Las cláusulas*, cit., pp. 40 y 41; también PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p.4, “*se proyecta sobre aquellas condiciones generales que afectan a los elementos básicos del contrato*”; e igualmente, CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6, “*un parámetro abstracto validez de las cláusulas predisuestas relativas al objeto principal del contrato*”.

<sup>106</sup> ATS 3 junio 2013 (RJ 2013/3617).

recurrente denunciaba que los jueces se habían excedido de sus funciones creando jurisprudencialmente un requisito de validez de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

Por el contrario, la propia Sentencia 24 marzo 2015, de forma rotunda afirma que para nada los jueces se han excedido de aquello que les corresponde. La STS 9 mayo 2013 basó la transparencia como ya sabemos en el art. 80.1 TRLGDCU (aunque, posteriormente y con mayor acierto se ha residenciado en el art. 82 TRLGDCU), y lo hizo al interpretar el ordenamiento español conforme a lo dispuesto por los artículos 4.2 y 5 de la sobredicha Directiva 93/13. Siguió para ello lo que ya sentó la STJUE 21 marzo 2013<sup>107</sup>, cuando señaló que el contrato debe exponer de *“manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste”*. Lo cual se complementa por lo expuesto por la STJUE 30 abril 2014 que afirma que *“la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical”*. Por tanto, el TS no ha creado derecho, sino que ha interpretado nuestro ordenamiento interno según lo perseguido por la Directiva 93/13, tal como esta ha sido comprendida por el TJUE. De hecho, según Pertíñez Vílchez<sup>108</sup> *“simplemente, el Tribunal Supremo con esta doctrina jurisprudencial ha hecho emerger obligaciones de información que ya estaban presentes en nuestro ordenamiento jurídico”*, señalando a continuación artículos tales como el 7.1 y 1.258 CC relativos al deber de buena fe en las relaciones contractuales, el art. 60 TRLGDCU sobre la obligación de informar del precio total y el art. 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Todo esto ha sido recordado recientemente por el Auto de la Audiencia Provincial, Las Palmas, 25 enero 2017<sup>109</sup> cuando al final del fundamento jurídico segundo señala que: *“De lo anterior se deriva, según Cajasur, que al declarar que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato pueden ser enjuiciadas a través del control de transparencia que asegure su comprensibilidad o comprensión real por el consumidor adherente, el Tribunal Supremo, en la citada sentencia núm. 241/2013, hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el*

---

<sup>107</sup>STJUE 21 marzo 2013 (Asunto C-92/11, RWE Vertrieb AG vs Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV) (IJCE 2013/93).

<sup>108</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 63.

<sup>109</sup> AAP, Las Palmas, 25 enero 2017 (Tol 5945784).

órgano judicial. Concluye Cajasur que la afirmación contenida en la sentencia núm. 241/2013 de que una cláusula en un contrato concertado con consumidores no es transparente si no se asegura su comprensibilidad real, de modo que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que para él supone realmente el contrato celebrado como la posición jurídica que para él resulta de dicho contrato, es un sugerente postulado "de lege ferenda" [para una futura reforma de la ley] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE." Ante lo cual reitera lo ya concluido por la STS 24 marzo 2015 sobre que no se ha realizado en ningún momento una labor de creación judicial de derecho.

Entre los críticos del control de transparencia destacan sobre todo Carrasco Perrera y Cordero Lobato, que postulan la "carencia absoluta de fundamento legal del control de transparencia"<sup>110</sup> y lo ven como una construcción jurisprudencial que pone en grave riesgo el principio de seguridad jurídica, ya que "la razonabilidad de los pronunciamientos judiciales sólo puede predicarse de aquellos que están fundados en reglas jurídicas, y únicamente las sentencias razonables posibilitan la previsibilidad inherente a la seguridad jurídica a la que cada contratante aspira en un Estado de Derecho"<sup>111</sup>. Además, coinciden en decir, como he puesto de manifiesto antes, en que al ser los parámetros sentados por la STS 9 mayo 2013 meramente indicativos, no siendo exhaustivos y aplicables en su mayoría a las concretas características de las cláusulas suelo, es muy difícil anticipar cuando una cláusula predispuesta incluida en contratos con consumidores puede ser declarada nula por falta de transparencia. Esto es, la falta de una construcción argumental en positivo<sup>112</sup>, de qué podemos entender por esta nueva obligación de transparencia, desgraciadamente nos puede llevar a un panorama de cierta incertidumbre, como dicen Carrasco Perrera y Cordero Lobato, el control de transparencia "crea reglas y subreglas cuya utilización, al estar basada en juicios de valor no contrastables ni objetivables, llevará a resultados impredecibles en futuras contiendas judiciales en un ámbito tan especialmente necesitado de seguridad jurídica en estos momentos como es el mercado de crédito"<sup>113</sup>.

De esta forma, estos dos autores plantean en el citado artículo las siguientes críticas a este parámetro de validez de la cláusula predispuesta<sup>114</sup>: comienzan planteando que de la falta de claridad de la STS 9 mayo 2013, no se puede extraer con claridad porque declara a la cláusula suelo abusiva, si es por

---

<sup>110</sup> CARRASCO PERRERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: "El espurio", cit., p. 179.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>112</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 69.

<sup>113</sup> CARRASCO PERRERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: "El espurio", cit., p. 174.

<sup>114</sup> *Ibid.*, pp. 174-176.

acoger la doctrina de la STJUE 3 junio 2010 en relación a que el derecho comunitario no se opone a un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales relativas a los elementos esenciales o si por el contrario el TS basa el control de abusividad de las cláusulas suelo en el carácter no transparente de las mismas. Así como, tampoco les convence el análisis del Supremo en relación a si las cláusulas suelo son definitorias del objeto principal del contrato, debido a que establecer si son más o menos esenciales les parece un tarea “estéril”. Debido a que, según lo que afirman, mediante la LGDCU y la LCGC se pueden controlar las cláusulas contractuales esenciales. En cambio, consideran más provechoso el argumento de que las cláusulas suelo al referirse al interés que debe pagar el prestatario forman parte del precio y, en consecuencia sobre él no cabe determinar la abusividad al carecer en nuestro derecho de “*parámetros racionales de decisión*”<sup>115</sup> que nos permitan establecer cuando un concreto precio es abusivo o no.

Seguidamente, plantean que tal como el Supremo define el control de transparencia no somos capaces de distinguir si al final la falta de transparencia provoca por ella misma la abusividad en la cláusula suelo sin que haga falta analizar si existe un desequilibrio en los términos del art. 82 TRLGDCU o si que es necesario verificar el desequilibrio que se produce por la sustancial falta de transparencia. Igualmente, consideran que la sentencia para nada clarifica las consecuencias que conlleva la falta de transparencia de una cláusula impuesta. Después de señalar que la no superación de la obligación de transparencia implicaría la valoración de la abusividad de la cláusula en virtud de lo dispuesto por el art. 4.2 de la Directiva, sin ningún tipo de explicación, determina la nulidad de la cláusula. Según estos autores, la sentencia no explica cuál es la base legal de la que se sirve para declarar la nulidad de las cláusulas suelo. Habida cuenta que para nada lo puede ser el art. 80.1 TRLGDCU, teniendo presente que este artículo viene referido a los criterios de incorporación al contrato y de su contravención no podemos derivar la abusividad de la cláusula<sup>116</sup>.

De hecho, en el artículo se plantea que la falta de fundamento legal es clara, ya el cumplimiento de los requisitos que exige la Orden EHA/2899/2011<sup>117</sup> ya presuponen el conocimiento de esas cláusulas por parte del consumidor.

---

<sup>115</sup> CARRASCO PERRERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 176.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, pp. 177-179.

<sup>117</sup> Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

De modo que, si la cláusula no ha sido conocida por el consumidor esta quedará no incorporada al contrato, por lo que los tribunales no están facultados para crear un “*tertium genus*” sobre la transparencia “sustancial” de las cláusulas<sup>118</sup>. En este punto, parece ser que estos autores no han entendido correctamente en que consiste la obligación de transparencia, ya que esta no tiene que ver con que haya un mero conocimiento de la cláusula por parte del consumidor, o incluso de su contenido, lo que verdaderamente pretende el control de transparencia es, como señala el IC 2000<sup>119</sup>, que el consumidor haya contratado “*con pleno conocimiento de causa*”, y para ello es preciso que se le haya proporcionado la suficiente información precontractual, con la finalidad de que sea capaz de comprender realmente y de forma completa cual es la trascendencia de la cláusula en el desarrollo del contrato, así como que sacrificio patrimonial y consecuencias jurídicas le va a suponer.

De todas formas, Carrasco Perrera y Cordero Lobato opinan que aún más grave que la falta de fundamento del control de transparencia es la poca previsibilidad que inspira este novedoso sistema de fiscalización de la cláusula predispuesta, que al final hace recaer toda la carga de la prueba de si ha habido una información bastante al predisponente. Se preguntan, cómo es posible acreditar que se ha dado esa “*comprensibilidad real*” en el adherente si, al fin y al cabo, se trata de una circunstancia psicológica de difícil verificación, llegando a plantearse si sería necesaria la realización de videograbaciones para poder probar que ha existido esa comprensión<sup>120</sup>.

En relación con esto, es posible que Carrasco y Cordero no estuvieran equivocados cuando afirmaron con rotundidad que el control de transparencia nos puede abocar a una falta de anticipación de los pronunciamientos jurisprudenciales y cierta inseguridad jurídica. No hay que perder de vista la relativamente reciente STS 7 diciembre 2016<sup>121</sup>, que declaró abusivas y, por tanto, nulas por falta de transparencia las cláusulas novena y primera de un contrato de préstamo concertado con la entidad demandada en las cuales se establecía una fianza solidaria y una responsabilidad personal ilimitada respectivamente. Las cláusulas tenían el siguiente tenor: La novena “*con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se han podido pactar en el presente*

---

<sup>118</sup> CARRASCO PERRERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 181.

<sup>119</sup> Informe (IC 2000) de 27 de abril de 2000, de la Comisión Europea, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>120</sup> CARRASCO PERRERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., pp. 180-181.

<sup>121</sup> STS 7 diciembre 2016 (Tol 5927209).



*contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por Don J.J.K. y Doña C.-P.-S.B., los cuales se constituyen en fiadores solidarios de la presente operación”. La primera, “sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura”.*

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

Esta sentencia llama poderosamente la atención por como declara nulos unos pactos que en principio son válidos y están expresamente reconocidos en el Código Civil. No es nada nuevo reconocer en un préstamo hipotecario la presencia de una fianza solidaria que se admite en el segundo inciso del art. 1.822 CC y sobre la que se indica la pérdida del beneficio de excusión en el art. 1.831. 2º CC. Además, con una fundamentación un tanto breve y simple deja sin efecto un pacto con tanta trascendencia como es la fianza en este tipo de préstamos. Desde mi punto de vista, sin desmerecer la función tuitiva del control de transparencia, con el argumento de que no se había proporcionado la suficiente información sobre la trascendencia de la fianza,

la declara nula por abusiva, y para ello se basa principalmente en que no había pruebas de una información adicional. No obstante, habrá que tener en cuenta como es posible verificar por parte de la entidad de crédito que se ha proporcionado una información suficiente atendiendo a las circunstancias del adherente que acredite, sin lugar a dudas, que éste ha alcanzado una comprensibilidad real. También es criticable que en ningún momento se haga una valoración sobre la abusividad de la cláusula, que como hemos defendido en el trabajo lo exigiría la declaración de abusividad por falta de transparencia. En concreto, para nada se han valorado las circunstancias relativas al caso concreto, así como tampoco el perjuicio que le causan al consumidor, aunque se pueda inferir que es la posición más desventajosa que le provoca la fianza solidaria en lugar de la subsidiaria.

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

Para terminar, también es preocupante la poca importancia que se le otorga a la función notarial, al considerar que su actuación se circunscribe a los criterios de incorporación pero no garantizan una información suficiente para entender superado el control de transparencia. Puesto que entienden que en la práctica su función acaba en una simple advertencia en el “*momento conclusivo del contrato*”, cuando es posible examinar con la antelación de tres días a la firma del préstamo la escritura. En definitiva, parece que ven al notario, al igual que ya lo hizo la STS 9 mayo 2013, como un mero “*convidado de piedra*” (según De Torres Perea) que no es capaz de ejercer ninguna influencia en el cliente en ese momento en el cual ya ha tomado la decisión de contratar.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 30.

Dicho esto, creo que queda clara la necesidad de regular legalmente el control de transparencia para delimitarlo y establecer con claridad cuales son sus presupuestos y consecuencias. Porque la existencia, a mi parecer, de ciertos defectos no quita que el control de transparencia sea muy positivo, al cumplir con una función esencial como es garantizar un “*consentimiento informado*”<sup>123</sup>, que se aprecia sobre todo en un ámbito muy complejo como es la contratación financiera. A este respecto, es de señalar la SAP Alicante, 23 julio 2015<sup>124</sup>, que declaró nulas por abusivas las cláusulas 5ª y 6ª de un contrato de préstamo de los denominados “créditos revolving”. Se trataba de un préstamo a interés variable, pero su variabilidad no dependía del mercado como es el caso de los préstamos hipotecarios, sino del dinero que dispone el prestatario al funcionar como una “línea de crédito”. Pues bien, la Audiencia consideró que la poca claridad de las condiciones no permitía al adherente comprender el coste del crédito y por “*su forma de articular el contrato lo que se consigue al final es que el cliente ignore cual es el interés que se le aplica en el inicio y en discurrir de la disposición de otras cantidades*”. Esto unido a la falta de información precontractual sobre el funcionamiento de estas cláusulas relativas al coste del crédito, provocaba que el consumidor no estuviera suficientemente informado sobre el interés que se le aplicaría en función de las cantidades de dinero que dispusiese.

**3.** Como dice de forma gráfica Pertíñez Vílchez, estamos desmontando un mito<sup>125</sup> cuando afirmamos que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato pueden ser abusivas (si no son transparentes). Sin embargo, como ya hemos explicado en el presente trabajo esta es la interpretación que hacemos del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de acuerdo con lo establecido en la reciente jurisprudencia y parte de la doctrina.

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

Para empezar, que este tipo de cláusulas puedan ser abusivas no quiere decir que lo vayan a ser por las mismas razones que lo son el tipo común de

---

<sup>123</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 5 y 7.

<sup>124</sup> SAP Alicante, 23 julio 2015 (Tol 5419874).

<sup>125</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 94.

cláusula abusiva, es decir, las que disciplinan el régimen jurídico del contrato<sup>126</sup>.

En el control de abusividad aplicado a este último tipo de cláusulas lo que se va a valorar es la proporcionalidad de la cláusula, el equilibrio o justicia de ese pacto en el contrato, con el objeto de verificar si el predisponente se ha aprovechado de su posición de dominio para sobrecargar al adherente en la balanza de derechos y obligaciones que hay en el contrato. Para ello, nos serviremos de un “*parámetro objetivo de honestidad*”<sup>127</sup>, que es la buena fe, entendida como la forma de comportarse de manera leal y equitativa en el sector que se trate (el predisponente se habrá comportado de forma leal y equitativa si ha tenido en cuenta a la hora de redactar el contrato no solo sus propios intereses sino también los del adherente). Una forma de poder enjuiciar el equilibrio y ver si el predisponente se ha comportado conforme a la buena fe, es acudir a las llamadas fuentes de integración del contrato (art. 1258 CC), de la que es destacable la norma dispositiva. De modo que, si atendiendo al derecho dispositivo que prevé el legislador para el supuesto concreto, no se evidencia una diferencia sustancial con lo concretamente pactado no se podrá considerar a la condición como abusiva. Si al contraponerla con la regulación dispositiva es clara una diferencia importante habrá que atender a las circunstancias del caso para ver si justifican la discrepancia<sup>128</sup>. Ya que es posible que, por ejemplo, en un contrato de préstamo se preste el capital con unas especiales condiciones debido a los considerables riesgos que asume el prestamista en orden a la devolución del crédito.

En cambio, en las cláusulas relativas al coste del crédito la contrariedad a la buena fe, que también se analiza atendiendo a un “*parámetro objetivo de honestidad*” (por tanto, no se tiene en cuenta una posible intención dolosa del predisponente), tiene que ver con que no se haya advertido especialmente de la trascendencia de dichas cláusulas en el contrato para que el consumidor pueda tomar una decisión según lo que mejor le convenga<sup>129</sup>. A saber, en las

---

<sup>126</sup> Según MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*” (Dir. Cámara Lapuente, S.), Colex, Madrid, 2011, p. 733.

<sup>127</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 101.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 101.

<sup>129</sup> Esto viene a decir con otras palabras MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario a la Disp. Adic. Primera. Tres de la LCG” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre*

cláusulas suelo la transgresión de la buena fe se produjo, no por que estas fueran desproporcionadas en atención a la norma dispositiva, sino porque la oferta “engañosa” de préstamos a interés variable (con un diferencial atractivo) unida a una falta de información sobre las denominadas cláusulas suelo y sus efectos, produjo en los clientes una incorrecta valoración de las condiciones principales del contrato y sus consecuencias económicas.

No obstante, que nos sirvamos de un criterio objetivo para valorar si la conducta del predisponente es conforme a la buena fe (recordemos que la transparencia se centra en la conducta del predisponente y no en la representación mental del adherente, para diferenciarlo del error vicio), no supone que hayamos de renunciar a la incidencia que las circunstancias del caso puedan tener en la buena fe<sup>130</sup>. De hecho, si tenemos presente lo que apuntaron la STS 9 mayo 2013 y el ATS 3 junio 2013 aclaratorio de la misma, los criterios para declarar la falta de transparencia de las cláusulas suelo eran orientativos y, en ese sentido, podemos deducir que estos admiten una adecuación al caso concreto. A pesar, de que la misma STS 9 mayo 2013 declarase, sin tener en cuenta las concretas circunstancias de los prestatarios, al ser una acción colectiva, nulas todas las cláusulas contenidas en los contratos en litigio. E incluso, aunque nos enfrentemos a lo dicho por la STS 29 abril 2015, en el marco de una acción individual, que consideró que lo que habíamos de tener en cuenta eran las circunstancias del “adherente medio”, o la STJUE 26 febrero 2015 que dice que debemos enjuiciar la transparencia “*teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”. En conclusión, entiendo tal como afirma Pertúñez Vílchez<sup>131</sup> que sería lícito omitir determinada información, cuando el cliente bancario fuese un registrador, un notario, un banquero, etc; y esto fuese conocido por la entidad crediticia.

De este modo, tampoco sería descabellado a la hora de enjuiciar la buena fe del predisponente, comprobar las circunstancias concurrentes en la celebración del préstamo hipotecario, como puede ser el conocimiento socialmente extendido de la inclusión de cláusulas suelo en los préstamos

---

*Condiciones Generales de la Contratación* (Dirs. Menéndez, Díez-Picazo y Alfaró) Civitas, Madrid, 2002, p. 934.

<sup>130</sup> PERTÚÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 103-105.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 105.

hipotecarios o si en la cuota inicial a pagar ya entraba en juego la cláusula suelo por encontrarse en un momento de bajada del Euribor<sup>132</sup>.

Respecto al segundo presupuesto contenido en el art. 82 TRLGDCU para declarar abusiva una cláusula, el perjuicio al consumidor. Ya hemos puesto de relieve en este trabajo que el incumplimiento de los deberes de información precontractual exigidos por el control de transparencia no conlleva automáticamente la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto del contrato, sino que debe posteriormente valorarse su abusividad. Por tanto, una vez incumplido el deber de transparencia, que ya hemos señalado que supondrá al mismo tiempo haber conculcado la buena fe contractual, deberemos comprobar si dicha estipulación produce un perjuicio al consumidor. De lo contrario, como apunta Pertíñez Vílchez<sup>133</sup>, podríamos llegar al sinsentido de declarar nula una cláusula sobre el procedimiento matemático para calcular los intereses remuneratorios por ser ininteligible para el consumidor.

De modo que, en el caso de este tipo de cláusulas, habida cuenta que por respeto a la libertad de mercado y a la imposibilidad de establecer si un determinado precio es equilibrado o desequilibrado, el perjuicio al consumidor se producirá, no porque el interés fuese excesivo o no hubiese un techo para “contrarrestar” los efectos de la cláusula suelo (como se ha llegado a declarar por la jurisprudencia), sino porque el déficit de información le produce al consumidor un desequilibrio de tipo subjetivo, consistente en la “*alteración del acuerdo económico que creía haber alcanzado*”<sup>134</sup>, con la consiguiente “*privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo de entre los varios ofertados*” (STS 24 marzo 2015).

---

<sup>132</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 107-108.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 111, el cual apoya su postura con las SSTJUE 3 junio 2010 (Asunto Caja Madrid), 15 marzo 2012 (Asunto Perenicova) y 26 de febrero 2015 (Asunto Matei).

<sup>134</sup> Esta tesis que ve un vínculo entre la falta de transparencia y el perjuicio para el consumidor, por lo que ésta puede operar a modo de instrumento para producir el perjuicio tiene como defensores PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp.112-114; DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., pp. 28-30; y ORDUÑA MORENO, F. J.: *Control de transparencia y contratación bancaria* (F.J. Orduña Moreno, C. Sánchez Martín, R. Guillén Catalán), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 74.

Casado Navarro, en este sentido, tomando como referencia la interpretación que ha dado la conocida sentencia *Aziz*<sup>135</sup> a los conceptos “*desequilibrio importante*” y “*pese a las exigencias de la buena fe*”, concluye que para valorar el posible carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato que adolece de falta de transparencia, el juez debe “*tener en cuenta la normativa nacional sobre información precontractual, protección al consumidor y aquella que regule el contrato suscrito, así como, los mecanismos de que dispone el consumidor para atacar las cláusulas abusivas. Asimismo, deberá valorar si el consumidor hubiera contratado de conocer la cláusula que de forma subrepticia altera la carga económica del contrato*”<sup>136</sup>.

4. Hemos establecido que para determinar si una cláusula suelo es o no transparente no solo hemos de evaluar aisladamente la conducta del predisponente en orden a como ha reglamentado la cláusula en el contrato, sino también debemos *hacerlo “a la vista de todos los elementos pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo”* (SSTJUE 30 abril 2014 y 26 febrero 2015). Por tanto, entendemos al igual que plantea Pertúñez Vílchez<sup>137</sup>, que para la valoración de la transparencia de las cláusulas deberíamos tener presente entre las circunstancias del caso concreto, las características subjetivas del prestatario y el momento de celebración del contrato.

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

---

<sup>135</sup> STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz vs Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa) (TJCE 2013/89).

<sup>136</sup> CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 12.

<sup>137</sup> PERTÚÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 103-108.

comparaciones con otras modalidades de préstamo de la propia entidad. Es decir, un conjunto de requisitos que, como he señalado en el epígrafe 5.b, pueden resultar un tanto criticables teniendo en cuenta que el posterior auto aclaratorio no clarificó mucho la cuestión, al decir que ni son exclusivos, ni es necesario que se den todos para que no haya transparencia, e incluso concurriendo alguno cabe la prueba de que se informó correctamente.

De todos modos, el exceso que podríamos criticar a la conocida sentencia no estaría tanto en las obligaciones de transparencia que impone, sino que se introduzcan en un procedimiento que resolvía sobre una acción colectiva<sup>138</sup>. Ya que, de esa forma, se acaba en la práctica universalizando el carácter abusivo de las cláusulas suelo<sup>139</sup>.

En ese sentido, De Torres Perea ha señalado que en el TS “*ha cruzado el límite de lo razonable al generalizar un presunto comportamiento abusivo*”<sup>140</sup>. De hecho, sigue diciendo que parece que el Tribunal Supremo ha planteado una suerte de falta de transparencia colectiva. Y resulta complicado pensar que en todos los supuestos se haya producido una situación de desinformación tanto por la actuación de los notarios como de los bancos. Es seguro, que habrían clientes bien informados entre los que suscribieron contratos con cláusulas suelo. Por tanto, apunta que si el Supremo considera que la ilicitud de las cláusulas suelo se debe a un déficit de información, la solución vendría dada por el recurso a las acciones individuales y no a la acción de cesación. Dado que, como ilustra, está enfocada a la idea de ilícito concurrencial, es decir, a una práctica abusiva que ha afectado o podría afectar a muchos clientes, cosa que no sucede en el caso de las cláusulas suelo, habida cuenta que estas no son en sí mismas abusivas.<sup>141</sup> Asimismo, dicho autor no considera que la problemática de las cláusulas suelo se deba a una falta de información, sino a una deficiencia del sistema que provoca que el cliente bancario llegue “cautivo” a la notaría, al no tener capacidad de negociación, pensar que otro banco no le ofrecería una oferta muy distinta y primar un visión cortoplacista.<sup>142</sup> A saber, al cliente le preocupan las primeras mensualidades del préstamo y aunque se le hubiese informado de los posibles escenarios del índice de referencia, igualmente consentiría el contrato, por considerar la crisis económica como algo inimaginable.

---

<sup>138</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 72.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, p. 72.

<sup>140</sup> DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 40

<sup>141</sup> *Ibíd.*, pp. 42-46.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, pp. 47-48.



De esta forma, no ha sido pocas las sentencias que han declarado casi de forma automática la nulidad de las cláusulas suelo por no resultar acreditados los extremos que impuso la STS 9 de mayo de 2013, en relación al nivel de transparencia exigible. Por ejemplo, la SAP Pontevedra (Sección 1ª), 17 noviembre 2014, la SJMerc, nº 1 Cádiz, 22 diciembre 2015, la SJMerc, nº1 Palma de Mallorca, 29 febrero 2016 y la SJMerc, nº1 Donostia-San Sebastián, 15 abril 2016<sup>143</sup>, entre otras muchas.

Afortunadamente, está línea que introdujo la STS 9 mayo 2013, al resolver una acción colectiva, de generalizar la abusividad de las cláusulas suelo, estableciendo a posteriori un estándar de información bancaria muy exigente y que difícilmente permitía a los bancos probar que habían informado adecuadamente. Ha cambiado recientemente con la nueva STS 9 marzo 2017<sup>144</sup>. La cual pone de manifiesto la necesaria toma en consideración de las circunstancias del caso concreto, para determinar si el banco ha sido transparente a la hora de ofertar el préstamo hipotecario al cliente, y recuerda que la STJUE 26 enero 2017<sup>145</sup>, afirmó que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato reguladas por la Directiva 93/13 “*sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible*”.

Concretamente, pone de relieve que “*en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba*”. De hecho, resulta muy destacable que la sentencia no tiene en consideración algunos parámetros como la inexistencia de simulaciones de escenarios diversos. Así, a la vista de la prueba practicada, concluye que los demandantes resultaron suficientemente informados, atendiendo principalmente a la labor del notario

---

<sup>143</sup> SAP Pontevedra (Sección 1ª), 17 noviembre 2014 (Tol 4719489), SJMerc, nº 1 Cádiz, 22 diciembre 2015 (Tol 5619450), SJMerc, nº1 Palma de Mallorca, 29 febrero 2016 (Tol 5696759) y la SJMerc, nº1 Donostia-San Sebastián, 15 abril 2016 (Tol 5760951).

<sup>144</sup> STS 9 marzo 2017 (Tol 5985734).

<sup>145</sup> STJUE 26 enero 2017 (Asunto C-421/14, Banco Primus S.A. vs Gutiérrez García) (TJCE 2017/31).

que advirtió de la existencia de la cláusula controvertida y a los tratos preliminares entre el banco y los clientes donde se llegó a negociar un tipo inferior como suelo. Esta novedosa resolución del Alto Tribunal concluye, que la aclaración del ATS 3 junio 2013 ya argumentó que los criterios tenidos en cuenta por la STS 9 mayo 2013, ni eran exhaustivos, ni exclusivos por lo que *“a la postre, lo verdaderamente relevante. No (es) que en el análisis del control de transparencia la Audiencia tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir, en aquel caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso, pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”*.

Para terminar este punto, he de hacer referencia a la flamante STS 8 junio 2017<sup>146</sup>, que ha establecido cuáles con las consecuencias que ha de tener una sentencia estimatoria firme de una acción colectiva ejercitada frente a un banco declarando nula y, por tanto, abusiva por falta de transparencia una cláusula suelo; cuando con posterioridad se interponen acciones individuales contra la misma entidad por una cláusula igual a la ya juzgada. En primer lugar, la sentencia reconoce que en el caso de las acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas, sus efectos no se reducen únicamente a las partes implicadas en el mismo, sino que son capaces de tener efectos *ultra partes*, tutelando también los intereses de aquellos consumidores que no forman parte del pleito donde se interpuso la acción colectiva. Así, sienta que la estimación de la acción colectiva no solo debe suponer el cese en el uso de tales cláusulas sino que *“también debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia”*.

Pero, teniendo en cuenta el *“casuismo que impregna”* la valoración de la abusividad de las cláusulas por falta de transparencia, ya que esta se debe a un déficit de información, la cuestión es matizable. Habida cuenta que, para determinar en dichas acciones colectivas si ha habido una falta de información se tiene en cuenta un *“consumidor medio”*. Por tanto, si en el caso de la acción individual concurren circunstancias excepcionales que supongan apartase de las tenidas en cuenta en el litigio colectivo, como puede ser un

---

<sup>146</sup> STS 8 junio 2017 (Tol 6157454).

consumidor experto en la materia o que la entidad demuestre que sí informó adecuadamente al consumidor, la cláusula podrá ser considerada transparente.

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

**VI.- 1.** La insoslayable STS 9 mayo 2013, una vez declaró la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia abordó necesariamente las consecuencias jurídicas que ello implicaba. De este modo, siguiendo lo establecido por el artículo 9.2 LCGC decretó la nulidad de las cláusulas suelo, manteniendo la eficacia de los contratos sin las mencionadas estipulaciones, debido a que éstos podían subsistir sin ellas (*“la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contrato en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia”*). Hay que señalar, que por respeto a la jurisprudencia del TJUE, a saber, la STJUE 14 junio 2012<sup>147</sup>, no es posible integrar el contrato, dado que en caso contrario se enervaría la finalidad de la Directiva 93/13, eliminando su efecto disuasorio.

---

<sup>147</sup> STJUE 14 junio 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S.A. vs Calderón Camino) (TJCE 2012/143).

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

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

Aunque el TS dio muchos motivos para cercenar el inherente efecto de la nulidad, entre ellos el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Los más llamativos y que merecen más atención son: el “grave trastorno al orden público económico”, la buena fe de las entidades financieras y la seguridad jurídica<sup>148</sup>.

En cuanto al primero, Plaza Penadés ya ha señalado que le parece un criterio “*aparentemente arbitrario e indeterminado*”, teniendo en cuenta que la sentencia ni especifica los requisitos ni las pruebas que ha tenido en consideración para alegarlo<sup>149</sup>. Simplemente lo invoca por el riesgo que podría tener para los bancos y, en consecuencia, para la economía nacional que se vieran obligados a la restitución de todas la cantidades indebidamente cobradas. Además, no hemos de perder de vista que el orden público económico no es un principio que informe nuestro ordenamiento jurídico como parte de las fuentes del derecho. Como apunta De Torres Perea, “*este orden público económico que se nos presenta como “una razón de Estado” parece más bien que da lugar a un derecho particular a favor de ciertos lobbies, es decir a favor de los “poderosos” en la nueva estructura social*”<sup>150</sup>.

Respecto a la buena fe, el Supremo entiende que los bancos actuaron de buena fe en la medida que su utilización se debía, por ejemplo, a la necesidad de mantener unos rendimientos mínimos. Asimismo, se calculaban para que

---

<sup>148</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p.1, y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 179.

<sup>149</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 2.

<sup>150</sup> DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 35.

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

Por lo que respecta a la seguridad jurídica, Pertíñez Vílchez indica que parece ser que el Alto Tribunal mezcla el supuesto de las declaraciones de inconstitucionalidad del TC y los cambios que se producen en el ordenamiento nacional cuando el TJUE interpreta el Derecho Comunitario, con la labor de hermenéutica jurídica que le corresponde al Tribunal Supremo<sup>151</sup>. A saber, el principio de seguridad jurídica si encuentra justificación a la hora de limitar los efectos de una sentencia del Tribunal Constitucional cuando declara una ley o un precepto inconstitucional, ya que se han de proteger a aquellas personas que actuaron creyendo que el marco legal era constitucional. También, en aquellos supuestos donde el TJUE, al interpretar el derecho comunitario, provoca un cambio en el derecho nacional, el cual, por así decirlo, se transforma. En cambio, cuando el Tribunal Supremo interpreta el ordenamiento interno no crea ni modifica el derecho, por lo que no puede invocarse el principio de seguridad jurídica.

En conclusión, podemos decir que el Tribunal Supremo se ha excedido de sus funciones, en la medida que ha entrado a valorar cuando deben aplicarse los efectos que la ley anuda a la declaración de nulidad, algo que solo puede modificarse por el legislador. Valiéndose para ello de unas razones que no encuentran ningún anclaje jurídico. Da la sensación que el Supremo pretendía encontrar el término medio entre la efectiva protección al consumidor y los intereses de las entidades de crédito<sup>152</sup>. Así, al percatarse de las consecuencias que implicaba estimar una acción de cesación con motivo de la falta de información de los consumidores y al mismo tiempo establecer un elevado listón de transparencia a las entidades de crédito, puede que quisiera

---

<sup>151</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p.183 y ss.

<sup>152</sup> DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 49.

compensar a estas últimas estableciendo una limitación a la retroactividad propia de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas<sup>153</sup>.

2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos “ex nunc” de la STS 9 de mayo de 2013 se ha mantenido unos años. De hecho, la STS 25 marzo 2015<sup>154</sup> la confirmó, extendiendo su aplicación a los supuestos de las acciones individuales que solo podrían reclamar aquellas cantidades cobradas a partir de la emblemática sentencia.

No obstante, la SJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>155</sup> ha dado la vuelta a la tortilla. De este modo, la sentencia primeramente recuerda que la eficacia del Derecho de la Unión exige que si una cláusula es declarada abusiva, en consecuencia esta nunca ha existido y se ha de reponer al consumidor en la situación en la que se encontraría de no haber existido dicha cláusula. Por tanto, el profesional deberá restituir al consumidor lo recibido indebidamente en virtud de la cláusula declarada abusiva.

Dicho esto, sentencia que no es lo mismo que el Derecho de la Unión permita a los tribunales nacionales aplicar la normativa procesal interna que otorga fuerza de cosa juzgada a una resolución (es decir, mantener las sentencias firmes sobre cláusulas suelo anteriores a la STS 9 mayo 2013), que *“la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión”*. Por consiguiente, si tenemos presente *“la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión”*. De forma que, la doctrina del Supremo se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y *“equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusulas de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente”*. Por lo cual, el camino tomado por el TS *“sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso*

---

<sup>153</sup> DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 48.

<sup>154</sup> STS 25 marzo 2015 (Tol 4828169).

<sup>155</sup> STJUE 21 diciembre 2016 (Asuntos C-154, 307 y 308/15, Gutiérrez Naranjo vs Cajasur Banco S.A.U., Palacios Martínez vs Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y Banco Popular Español S.A. vs Irlés López y Torres Andreu) (TJCE 2016/309).

*de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva”.*

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

Entonces, tras la sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo, en la reciente STS 24 febrero 2017<sup>156</sup>, ha hecho suya la doctrina contenida en la STJUE 21 diciembre 2016 cambiando su criterio anterior y estableciendo que procede la devolución de todas las cantidades percibidas indebidamente desde la celebración del contrato. Porque *“las sentencias prejudiciales son obligatorias”* y *“los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*.

Para finalizar, cabe hacer referencia al ATS 4 abril 2017<sup>157</sup>, que ha inadmitido una demanda de revisión sobre una sentencia firme que aplicó la limitación temporal a la restitución de los intereses cobrados en base a las cláusulas suelo contenida en la STS 9 mayo 2013. Así, dicho auto ha determinado que no es posible solicitar la revisión de una sentencia firme en base a la nueva doctrina dictada en la STJUE 21 diciembre 2016, dado que dicha sentencia no es un documento recobrado según el art. 510.1.1º LEC.

De igual modo, considera que la revisión de las sentencias de los tribunales nacionales a causa de su incompatibilidad con una posterior sentencia del TJUE se rige por los principios de efectividad y equivalencia. El primero supone que no se puede permitir que la protección de la seguridad jurídica llegue a tal punto *“que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia de TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional”*. Y el segundo, implica que se deba revisar una sentencia firme nacional si es contraria a la jurisprudencia dictada con posterioridad del TJUE, pero solamente *“si el ordenamiento interno establece que cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia”*. Evidentemente, este no es el caso del ordenamiento español, por tanto, el principio de equivalencia

---

<sup>156</sup> STS 24 febrero 2017 (Tol 5970011).

<sup>157</sup> ATS 4 abril 2017 (Tol 6019556).

no obliga a España a revisar las sentencias firmes en base a la nueva doctrina del TJUE.

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

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

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

Igualmente, se ha señalado, con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia, que el control de transparencia se encontraría residenciado en la norma amplia que es el art. 82 TRLGDCU, dando lugar a un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia en la medida que se cumplan sus dos presupuestos básicos: la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. No obstante, la



abusividad de la cláusula suelo no derivaría de un desequilibrio objetivo consistente en su carácter desproporcionado, sino de un desequilibrio de tipo subjetivo, en la medida que de forma subrepticia se altera el acuerdo económico que creía haber llegado el consumidor, por ser la oferta de las mismas “engañosas”. El presunto préstamo a interés variable se transforma a la postre en un préstamo a interés mínimo fijo. La transgresión de la buena fe radicaría en el mismo déficit de información en que incurre el predisponente, no comportándose de forma leal con el consumidor. En ese sentido, veríamos cumplida la tesis que postulo junto con parte de la doctrina sobre que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 no bloquea absolutamente el control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En realidad, de su tenor literal podemos extraer que en aquellos casos en los cuales tales cláusulas no cumplan con el estándar de transparencia exigible, se impondría un juicio sobre la abusividad de las mismas.

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

Para terminar, quiero decir que lamentablemente por las propias limitaciones de extensión y tiempo que lógicamente conlleva un Trabajo de Fin de Grado, algunas cuestiones se han quedado en el tintero. Por ejemplo, me gustaría haber reflexionado sobre la extensión del control de transparencia a los pequeños empresarios<sup>158</sup>, a pesar de lo fijado por la STS 3 junio 2016<sup>159</sup> en relación a una persona que celebra un préstamo para adquirir un local donde instalar una farmacia. Me pregunto que diferencia hay entre un farmacéutico o un mecánico cuando contrata un préstamo para su farmacia o taller, y luego cuando lo celebra para la adquisición de su vivienda habitual. Resulta un tanto absurdo que en el primer caso no se encuentre protegido por la legislación de consumo al actuar dentro de su profesión, y en el segundo sí. Cuando en ambos supuestos la persona es la misma, tiene los mismos conocimientos y la idéntica situación de inferioridad en el momento en que contrata con una gran compañía bancaria.

---

<sup>158</sup> Pertíñez Vílchez reflexiona sobre otros métodos de protección como puede ser el art. 1258 CC en, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *Indret*, 2016, núm. 4.

<sup>159</sup> STS 3 junio 2016 (Tol 5745035), según la cual el control de transparencia no se extiende a quien no tenga la condición de consumidor.

**VIII. Anexo bibliográfico y jurisprudencial:**

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

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

STS 17 junio 2010 (Tol 1920055).

STS 1 julio 2010 (Tol 2006750).

SJMerc, nº2 Sevilla, 30 septiembre 2010 (AC 2010, 1550).

SJMerc, nº1 León, 11 marzo 2011 (AC 2011, 179).

SJMerc, nº1 Burgos, 11 mayo 2011 (JUR 2011, 183765).

SJMerc, nº2 Alicante, 23 junio 2011 (JUR 2011, 236038).

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

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

STS 18 junio 2012 (Tol 2652597).

SAP Palencia 18 enero 2013 (Tol 3056043).

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

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

STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

ATS 3 junio 2013 (RJ 2013/3617).

STS 11 marzo 2014 (Tol 4227433).

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

STS 8 septiembre 2014 (Tol 4529142).

SAP Pontevedra (Sección 1ª), 17 noviembre 2014 (Tol 4719489).

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

STS 24 marzo 2015 (Tol 4828170).

STS 25 marzo 2015 (Tol 4828169).

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

STS 29 abril 2015 (Tol 5090715).

SAP Alicante, 23 julio 2015 (Tol 5419874).

SJMerc, nº 1 Cádiz, 22 diciembre 2015 (Tol 5619450).

SJMerc, nº1 Palma de Mallorca, 29 febrero 2016 (Tol 5696759).

SJMerc, nº1 Donostia-San Sebastián, 15 abril 2016 (Tol 5760951).

STS 3 junio 2016 (Tol 5745035).

STS 7 diciembre 2016 (Tol 5927209).

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

STS 16 enero 2017 (Tol 5935365).

STS 18 enero 2017 (Tol 5944327).

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

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

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

STS 24 febrero 2017 (Tol 5970011).

STS 9 marzo 2017 (Tol 5985734).

ATS 4 abril 2017 (Tol 6019556).

STS 8 junio 2017 (Tol 6157454).

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

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

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

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

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

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

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

DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M. T.: “Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. S. Díaz Alabart), col. Derecho del Consumo, Reus, 1ªed. , Madrid, 2016.

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

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D.: “Consumidor y Comerciante”, en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. S. Díaz Alabart), col. Derecho del Consumo, Reus, 1ªed. , Madrid, 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, 8ºed, Madrid, 2016.

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

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

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

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

ORDUÑA MORENO, F. J.: *Control de transparencia y contratación bancaria* (F.J. Orduña Moreno, C. Sánchez Martín, R. Guillén Catalán), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

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

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

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

- “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 2013, núm. 3°.
- “Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *Indret*, 2016, núm. 4.
- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

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

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