

comentarios jurisprudenciales

Sección coordinada por **Jacobo López Barja de Quiroga**.
Magistrado. Director del Gabinete de la Presidencia
del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo

Texto completo de las sentencias en www.poderjudicial.es

COMENTARIO DE LA STS –SALA PRIMERA–, DE 9 DE MAYO DE 2013, SOBRE NULIDAD DE «CLÁUSULAS SUELO».

Carlos Sánchez Martín

*Magistrado, Letrado del Área Civil del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo.*

INDICE: I. OBJETO DE LA LITIS. ANTECEDENTES FÁCTICOS.
II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN EL EXÁMEN DE
LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE CONDICIONES GENERA-
LES. SU APLICACIÓN SOBRE LAS DENOMINADAS «CLÁU-
SULAS SUELO»: i. Concepto del control de transparencia.
Ámbito de aplicación. ii. El control de transparencia en
la jurisprudencia de la Sala Primera. iii. Su proyección en
la sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo. Aplicación a las
«cláusulas suelo»: a. Notas que configuran las «cláusulas
suelo»: carácter no negociado y su relación con el obje-
to principal del contrato. b. La aplicación del control de
transparencia. c. Aspectos controvertidos en la aplica-
ción del control de transparencia a las «cláusulas suelo».
III. CONCLUSIONES

El denominado control de transparencia ha constituido el fundamento decisorio de la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 9 de mayo de 2013, sobre nulidad de cláusulas suelo y puede erigirse en una pieza clave en el análisis sobre la validez de otros contratos bancarios concertados en masa.

I. Objeto de la litis. Antecedentes fácticos

Ausbanc interpuso demanda, tramitada según las reglas del juicio verbal, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, Cajamar Caja Rural, S.C.C. y Caja de Aho-

ros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG) por la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación en la que solicitaba la declaración de nulidad, por tener carácter abusivo, de las condiciones generales de contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo), solicitando la condena de las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y abstenerse de utilizarlas en el futuro.

Las demandadas se opusieron y suplicaron la desestimación de la demanda con fundamento en la falta de legitimación activa de la demandante, la prejudicialidad administrativa, la naturaleza de las cláusulas por no ser condiciones generales de la contratación, la inaplicabilidad de la normativa sobre condiciones abusivas al regular elementos esenciales de los contratos y el carácter no abusivo de las cláusulas impugnadas.

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

La sentencia de la segunda instancia rechazó la legitimación activa de Ausbanc para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales

de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas al ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

Ausbanc interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y el Ministerio Fiscal recurso de casación.

II. El control de transparencia en el examen de la contratación a través de condiciones generales. su aplicación sobre las denominadas «Cláusulas suelo»

i. Concepto del control de transparencia. Ambito de aplicación

Sin ánimo de exhaustividad, el fundamento originario del denominado control de transparencia se encuentra en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril 1993. Aunque este precepto no fue objeto de incorporación a nuestra legislación, de él se deduce que no es posible un control de contenido o examen de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal de un contrato y, por tanto, de la adecuación entre precio y su contraprestación, en el ámbito de la contratación en masa a través de condiciones generales y cláusulas predispuestas, pues atentaría contra la misma esencia de la Unión Económica Europea al afectar a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado.

No obstante, este mismo precepto permite que la contratación realizada a través de condiciones generales en la que, por su propia esencia, carece de relevancia el consentimiento del adherente a las mismas y que, por esta misma razón, supone una posición de ventaja para el oferente, pueda, sin embargo, estar sometida a un control de inclusión y de transparencia que implica, por lo que se refiere al primer control, que su redacción ha de ser clara y comprensible. Por otro lado, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza una adecuada elección en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, esto es, más allá de la mera exigencia claridad de los términos de las cláusulas, se pretende garantizar que el adherente tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto –artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones de Contratación y 80.1 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios–.

ii. El control de transparencia en la jurisprudencia de la Sala Primera

Aun cuando la sentencia de 9 de mayo de 2013 aplica por primera vez el control de transparencia para invalidar las denominadas «cláusulas suelo» sujetas a su enjuiciamiento, no se trata de un fenómeno realmente nuevo en la jurisprudencia de la Sala Primera, que ya definió y delimitó su ámbito de aplicación en dos sentencias anteriores.

La STS n.º 406/2012, de 18 de junio, constituye el verdadero antecedente de esta figura. Esta resolución, que delimita los ámbitos de configuración y alcance de la Ley de represión de usura y la normativa general de protección de consumidores una vez sentada su compatibilidad, alude al control de transparencia al establecer que si bien el control de abusividad no alcanza al principio de libertad de precios o a su proyección respecto de la libertad de tipo de interés cuya determinación se ubica en el principio de libertad de mercado y competencia; sin embargo, se destaca que, por aplicación teleológica de la Directiva 93/13/CEE, –artículo 4.2–, los elementos esenciales del contrato pueden

ser examinados por la vía del control de inclusión y de transparencia, en el ámbito de la protección que ofrece la normativa de consumo [artículos 5.5 y 7 de la Ley de condiciones generales y 10.1.a) de la antigua Ley de Consumidores].

Este control de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, señala la resolución, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para el y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.

Además la sentencia destaca la autonomía del ámbito de contratación bajo condiciones generales, al reconocer que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar», que se diferencia de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico. En esta modalidad pierde peso el elemento del consentimiento contractual y, como contrapartida, se refuerza la necesidad de transparencia.

En el ámbito interpretativo, la Sentencia destaca que se da una clara compatibilidad entre el específico control establecido para la contratación bajo condiciones generales y el marco general de interpretación que disciplina el Código Civil. Esta compatibilidad descansa en la propia abstracción del proceso interpretativo que alcanza a los distintos controles que establece el marco normativo de las condiciones generales de contratación, como instrumento previo. De esta forma los propios controles de inclusión y transparencia que prevé la regulación de las condiciones generales de contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De forma implícita, esta compatibilidad también se da en el régimen aplicable a la declaración judicial de su no incorporación o de nulidad de la cláusula, en donde la sentencia estimatoria debe interpretar el alcance de la eficacia contractual resultante o, en su caso, la justificación de la nulidad operada (artículo 9.2 de la Ley) y todo ello, sin perjuicio del alcance interpretativo del artículo 1288 del Código Civil y su incidencia en la llamada «interpretatio contra stipulatorem», o del alcance del principio de buena fe como elemento de la interpretación integradora del artículo 1258 del Código Civil.

La Sentencia dictada por la Sala el 11 de abril de 2013 –STS n.º 221/2013– aludió también al control de transparencia definido como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta y no negociada, fuera del ámbito del «error propio» o «error vicio», que cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial 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.

iii. Su proyección en la Sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo. Aplicación a las «cláusulas suelo»

Aunque esta sentencia aborda otras cuestiones de índole procesal y su extensión y minuciosidad es considerable, a juicio de este autor, la aplicación del denominado control de transparencia ha constituido la verdadera ratio de la sentencia y ha resultado esencial en el fallo anulatorio de las cláusulas sometidas a examen.

a. Notas que configuran las «cláusulas suelo»: carácter no negociado y su relación con el objeto principal del contrato

La Sentencia de 9 de mayo toma como punto de partida la consideración de que la cláusula que fija un interés fijo mínimo es una cláusula impuesta al consumidor y no negociada. En apoyo de esta afirmación se aducen distintas razones. Así se declara que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. Además, no puede equipararse a la negociación

la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque, incluso, varias de ellas procedan del mismo empresario. En último término, la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos a los consumidores, recae sobre el propio empresario u oferente.

El carácter impuesto de las «cláusulas suelo» no comporta, sin embargo, su ilicitud. En este sentido, con cita a la aludida STS 406/2012, de 18 de junio, se recuerda que la contratación a través de condiciones generales, es un auténtico fenómeno de contratación con un régimen propio y, por esta razón, la cláusula suelo, si reúne los requisitos de transparencia, es perfectamente lícita, al ser facultad del empresario fijar el tipo de interés al que presta el dinero.

En este aspecto, se insiste en que la existencia y observancia de la normativa sectorial que impone determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, no impide la aplicación a estas cláusulas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, extremo que ya estableció la STS 75/2011, de 2 de marzo, al declarar que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

La siguiente nota de las cláusulas suelo es que al formar parte del precio que debe pagar el prestatario, definen el objeto principal del contrato. Por esta razón, a la luz del considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 y de su artículo 4.2, estarían exentas de un control sobre su carácter abusivo. La resolución se vuelve a apoyar en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones», de tal forma que no cabe un control de precio.

b. La aplicación del control de transparencia

Delimitada la cláusula suelo como una cláusula impuesta y que define el objeto principal del contrato, se afirma que puede ser sometida al control de transparencia o en, términos de la resolución, a un doble control de transparencia. El primero, identificado como un control de inclusión, es superado por las cláusulas sujetas a enjuiciamiento, en cuanto a que permiten la posibilidad de su conocimiento por el adherente al tiempo de celebrar el contrato sin que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

El segundo filtro se refiere al control de transparencia cuando las cláusulas suelo están incorporadas a contratos con consumidores. Este control es definido de forma idéntica que en la anterior sentencia de 11 de abril de 2013. De esta forma, en la medida en que se proyecta sobre 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.

Como nota destacada, la sentencia afirma que al tratarse de un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, se sitúa fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del error o vicio del consentimiento. En consecuencia, queda fuera del control de transparencia el examen de la validez del consentimiento prestado.

Este control, en el concreto examen de las «cláusulas suelo» analizadas, se identifica como un control de contenido –la sentencia se refiere a un «control de abusividad abstracto»– y exige que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega

o puede jugar en la economía del contrato. Desde esta perspectiva de análisis, se estima por la sentencia que las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia y que la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas; en especial, se refiere al diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, y que, en cambio, se erige como el elemento relevante susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. La resolución alude a que las propias entidades han dado a la cláusula suelo un tratamiento secundario en el contrato, pese a tratarse de una cláusula definitiva de su objeto principal, dado que «no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios». Esta circunstancia ha afectado a la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

En atención a lo expuesto, considera las cláusulas analizadas, no son transparentes por las siguientes razones:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

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

c. Aspectos controvertidos en la aplicación del control de transparencia a las «cláusulas suelo»

Precisamente la concreción de estas circunstancias que se valoraron para declarar la nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas analizadas, originó la petición de aclaración de la sentencia por parte de las entidades demandadas en el sentido de si su efectiva plasmación en el fallo significaba que la declaración de nulidad de las cláusulas había de apreciarse caso por caso, debiendo concurrir todas las circunstancias indicadas o, por el contrario, bastaba la presencia de alguna o algunas, pero no todas. Al hilo de esta petición, se aducía que la sentencia no concretaba los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, entre los que se hallarían la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato; y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquél.

El auto que resuelve la petición de aclaración recuerda la esencia del control de transparencia, configurado como un juicio de valor abstracto de las cláusulas concretas, y alude a que esas circunstancias que se enumeran constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar ese juicio de valor, pero sin pretensión alguna de tasar el elenco de circunstancias a tener en cuenta en el examen de la transparencia de las cláusulas predispuestas. En consecuencia, no existen medios tasados para obtener el resultado que se pretende: un consumidor perfectamente informado que pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente.

Otro de los aspectos que ha suscitado controversia es la posible incongruencia de la sentencia, por cambio

de la causa petendi, al no haber sido planteado por la parte actora la aplicación del control de transparencia. La sentencia salva este óbice acudiendo al propio Derecho de la Unión, y en concreto, a los supuestos de cláusulas abusivas, donde los tribunales deben «atemperar» la rigidez del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no sería necesario ajustarse formalmente a la estructura de los recursos, ni que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda.

Por último, una vez sentada la validez y eficacia subsistente del contrato de préstamo sin la cláusula suelo, perfectamente viable atendiendo, en esencia, al principio de conservación del negocio, se ha cuestionado que la sentencia haya limitado, acogiendo la petición del Ministerio Fiscal, los efectos retroactivos de la declaración de nulidad contemplados, con carácter general, en el artículo 1303 del Código Civil. Esta decisión se ha fundado en el propio peso del principio general de seguridad jurídica –artículo 9.3 CE– y en la propia esencia de la regla de la liquidación de la reglamentación contractual declarada nula ya que, con la finalidad de que las partes afectadas vuelvan a la situación anterior al contrato, se pretende evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de otra, y, como señala la STS n.º 118/2012, de 13 de marzo, esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad.

Sobre las bases expresadas, en el supuesto litigioso se decreta la retroactividad de los efectos de la nulidad, teniendo en cuenta, especialmente, que las «cláusulas suelo», en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas, su inclusión en los contratos obedece a razones económicas y objetivas, y no se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. También se reitera algo que es esencial en la sentencia, a saber, que su falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos en que se ha definido el control de transparencia y en este sentido se reconoce, o al menos no consta, que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994. Por último, se declara que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

De esta forma, se declara la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

III. Conclusiones

No cabe duda que el control de transparencia en el sentido y significado dado por la Sentencia analizada, podrá constituir una herramienta jurídica adecuada, y diferente del error en el consentimiento al tratarse de un parámetro objetivo o abstracto, que servirá para analizar la validez de otros contratos ofertados en masa desde el sector bancario, como los que tuvieron por objeto la adquisición de preferentes o la denominada deuda subordinada.

No obstante, a la vista del planteamiento que hasta ahora ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo estas condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la Sentencia de 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores.

El último aspecto relevante que sugiere el tratamiento procesal de este control es si, al tener su fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva del 93, puede ser objeto de un examen judicial de oficio cuando, en el marco de un procedimiento judicial, aflora una cláusula que define el objeto principal del contrato y de la que puede deducirse, de forma más que probable, que no ha superado el filtro de transparencia. De esta forma, se daría el mismo tratamiento que el de las cláusulas propiamente abusivas. Esta hipótesis, sin duda, eliminaría cualquier óbice de incongruencia en la Sentencia analizada.