

EL ESPURIO CONTROL DE TRANSPARENCIA SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN¹

STS DE 9 DE MAYO DE 2013

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Encarna Cordero Lobato

Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudio de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este documento expone y comenta la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo, considerado como un mecanismo de control autónomo del control de incorporación y de abusividad de las condiciones generales de la contratación y que tampoco es coincidente con los controles propios relacionados con los defectos de información en el Derecho general de contratos.

Palabras clave: cláusulas suelo, préstamos hipotecarios, condiciones generales de la contratación, objeto del contrato, cláusulas abusivas, consumidores, control de transparencia, control de abusividad, incorporación de cláusulas abusivas, error contractual.

Title: The misleading control of transparency on General Contract Conditions

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

Abstract: This paper explains and comments the doctrine of the Supreme Court passed in its Judgment of 9th May 2013, on the control of transparency for “bottom” clauses, considered as an instrument for the autonomous control of incorporation and unfairness of the general contract conditions and it is not coincident with their own controls related to the flaws of information in general contract Law.

Key words: “bottom” clauses, mortgage loans, general contract conditions, object of the contract, unfair clauses, consumers, control of transparency, unfairness control, incorporation of unfair clauses, contractual mistake.

SUMARIO: 1. RESUMEN DE LA SENTENCIA. Partes. Ponente. Fallo. Disposiciones legales aplicadas. 2. DOCTRINA. 3. HECHOS. 4. FUNDAMENTOS. 5. COMENTARIO.

1. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Partes: Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) [recurrente] *contra* Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.).

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Fallo: Estimación parcial del recurso.

Disposiciones legales aplicadas: arts. 4.2, 8, 8 bis Directiva 93/13; 7 LCGC; 80.1 TRLCU; OM de 5 de mayo de 1994; 1266 CC.

2. DOCTRINA

Las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos:

[§ 142] *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 éste. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces “los legítimos intereses económicos de los mismos”.*

[§ 144] *(...) el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.*

El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal de contrato:

[§ 191] *(...) el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.*

[§ 196] (...) las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. (...) como regla no cabe el control de su equilibrio.

[§ 197] Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores:

[§ 210] (...) además del filtro de incorporación, (...) el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

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

[§ 212] No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

Falta de información en las cláusulas suelo/techo:

[§ 217] Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

[§ 218] La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

[§ 219] *Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.*

[§ 225] *En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:*

- 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.*

El desequilibrio en las obligaciones no recíprocas:

[§ 243] *(...) no existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas – aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación-, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato.*

La licitud de las cláusulas suelo:

[§ 256] *Las cláusulas suelo son lícitas 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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.*

[§ 257] *No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.*

[§ 258] *Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.*

3. HECHOS

Ausbanc Consumo demandó a diversas entidades de crédito [Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.)] ejercitando una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios en la que solicitó sentencia por la que se declarase sustancialmente: 1) La nulidad, por su carácter de cláusulas abusivas, de ciertas condiciones generales de la contratación utilizadas por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia. 2) La condena a las referidas entidades a eliminar dichas condiciones generales de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el empresario, de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarlas en el futuro. 3) Se ordenase la publicación del fallo de la sentencia, junto con el texto de las cláusulas afectadas, en el BORM o en un periódico de los de mayor difusión de la provincia del juzgado. 4) Se ordenase la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La demanda fue íntegramente estimada en primera instancia (SJM Sevilla de 30 septiembre 2010), sentencia que fue revocada en apelación (donde se personó el Ministerio Fiscal), con total desestimación de la demanda (SAP Sevilla, secc. 5ª, de 7 octubre 2011) por considerar que las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación al tratarse de un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario, por no existir imposición por el empresario y, finalmente, por no tener las cuestionadas carácter abusivo al 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.

4. FUNDAMENTOS

(Dada su extensión, la sentencia sólo se reproduce parcialmente).

Las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos:

[§ 142] 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 éste. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE

impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces *"los legítimos intereses económicos de los mismos"*.

[§ 144] (...) el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal de contrato:

[§ 191] (...) el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

[§ 192] Es cierto que, como regla general, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que *"[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación"*, y el artículo 4.2 que *"[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]"*.

[§ 193] Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40, *"[...] no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección"*, y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que *"[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible"*.

[§ 194] Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual *"los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible"*, y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE

añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adoptan disposiciones que “[...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración”.

[§ 195]. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos *obiter dicta* [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, 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” – que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1 c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

[§ 196] De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

[§ 197] Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

La transparencia a efectos de incorporación al contrato:

[§ 202] (...) la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

[§ 203] Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores:

[§ 210] (...) el artículo 80.1 TRLCU dispone que “[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b)

Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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

[§ 212] No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

Falta de información en las cláusulas suelo/techo:

[§ 217] Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

[§ 218] La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

[§ 219] Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

[§ 221]. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "*no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios*", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

[§ 224] Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo (...), de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

[§ 225] En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- 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) (...) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

El desequilibrio en las obligaciones no recíprocas:

[§ 243] (...) no existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas – aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación-, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato.

La licitud de las cláusulas suelo:

[§ 256] Las cláusulas suelo son lícitas 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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

[§ 257] No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

[§ 258] Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

[§ 259] En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.

5. COMENTARIO

Nos encontramos frente a una sentencia singular. No porque haya terciado en la polémica judicial sobre las cláusulas suelo (precisamente para declarar su validez con carácter general), sino por el hecho de haber formulado y aplicado un criterio de validez de condiciones generales de la contratación, el llamado «control de transparencia», que es autónomo con respecto al control de inclusión [de los arts. 5 LCGC y 80.1 b) TRLCU], al control de abusividad (de los arts. 82 y ss. TRLCU) y que tampoco es coincidente con los controles propios relacionados con los defectos de información en el Derecho general de contratos, significativamente, el error vicio del art. 1266 CC. En efecto: si hasta ahora la validez de las cláusulas suelo había sido enjuiciada por las AAPP desde la perspectiva de los controles de inclusión y de abusividad (por desproporción entre el suelo-techo: SJM Sevilla 20 septiembre 2010, SJM León 11 marzo 2011, SJM Barcelona 12 septiembre 2011, SJM Málaga 20 noviembre 2011, SJM Palma de Mallorca 2 febrero 2012, SAP Cáceres 24 abril 2012, entre otras), la sentencia comentada aplica un tercer filtro de control de validez de cláusulas contractuales, el control de transparencia, que puede conducir (es lo que se ha concluido en el caso enjuiciado) a la declaración

de nulidad de las cláusulas que no sean transparentes. De este modo, una sentencia que en principio sólo estaba llamada a ser relevante en sede de cláusulas suelo en los contratos de financiación con consumidores, ha pasado a serlo en cualesquiera ámbitos negociales en los que se utilicen condiciones generales de la contratación, que, además de cumplir los correspondientes requisitos de incorporación y no abusividad, deberán ser «sustancialmente» transparentes, de modo que sea posible un «control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (§ 215 de la sentencia comentada).

Ahora bien, es de lamentar que, pese a estar llamada a una aplicación expansiva en cualquier ámbito contractual bajo condiciones generales, la sentencia no alcance a dotar a este nuevo control de una mínima construcción argumental que posibilite el cumplimiento del principio de seguridad jurídica. De hecho, ni siquiera se ha respondido a este extremo en el auto de aclaración (de 3 de junio de 2013), donde, ante la petición motivada «en que la sentencia no concreta los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso», el Tribunal responde que «las circunstancias enumeradas [en la sentencia] constituyen parámetros... para formar el juicio de valor abstracto... No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias... Para el futuro, [el resultado de un consumidor perfectamente informado] no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas». No hay, pues, forma alguna de anticipar cuándo una determinada cláusula superará este nuevo control de transparencia.

Pero el recorrido argumental que lleva al Tribunal Supremo a abrazar esta nueva tesis de validez basada en la transparencia está plagado de incertidumbres (y de algunas inconsistencias): ¿es la cláusula suelo un elemento esencial del contrato como considera el Tribunal Supremo? ¿Son condiciones generales las que definen el objeto del contrato? ¿Cabe o no cabe control sobre elementos esenciales del contrato? ¿O sólo cabe control de cláusulas que regulan elementos esenciales cuando las mismas no son «sustancialmente» transparentes? ¿Se aplica el test de transparencia a toda condición general sea o no aplicada a consumidores? Y, por cierto, ¿cabe un control de transparencia de oficio? Pues nada similar pidió Ausbanc a través de la acción colectiva, basada en el pretendido carácter abusivo por desproporcionado de la cláusula suelo (v. el antecedente primero de la sentencia).

Lo cierto es que, pese a la extensión de la sentencia, la amalgama de argumentos y de citas legales no sólo no contribuye a clarificar la cuestión litigiosa, sino que, además, 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.

A la hora de controlar su carácter abusivo, es indiferente si la cláusula suelo es o no un elemento esencial del contrato

La sentencia es extremadamente confusa sobre la posibilidad de control de contenido sobre cláusulas suelo: se nos dice que la misma constituye una cláusula esencial, que define el objeto principal del contrato (§§ 189 y 190), por lo que, de acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, «sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe control de su equilibrio» (§ 196 de la sentencia). Aunque parecería que este inciso anuncia que no cabe control de abusividad sobre cláusulas suelo, ello no es así en modo alguno, pues lo cierto es que finalmente la sentencia efectúa este contraste (en los §§ 255 y ss.). Pese a la profusión de argumentos y afirmaciones doctrinarias, la sentencia no explica si este control se efectúa con fundamento en el criterio del TJUE (sentencia de 3 junio 2010) sobre la conformidad al Derecho comunitario de la eventual normativa nacional que autorizase un control del carácter abusivo de cláusulas contractuales esenciales (criterio que se cita en los §§ 192 a 195), o si, por el contrario, el Tribunal basa el contraste de abusividad de cláusulas esenciales en el (afirmado) carácter no transparente de las cláusulas suelo, que es lo que parece indicarse en el críptico § 215 a): «el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente». Así también el § 207, donde se afirma que el art. 4.2 *a contrario* de la Directiva 93/13/CEE determinaría «que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible».

Es más, en la maraña argumental el Tribunal ni siquiera se percató del contrasentido que supone concluir que, pese a definir el objeto del contrato, nos encontramos ante una condición general que, sin embargo, no puede ser susceptible de control de abusividad por su carácter de elemento esencial. ¿Acaso desconoce el Tribunal que el hecho de no ser susceptible de control de abusividad es lo que permitiría apreciar que estamos ante una cláusula negociada y no ante una condición general? *Porque si no cabe control de abusividad es, precisamente, porque el consumidor ha prestado su consentimiento, sin que exista una simple adhesión.* De todos modos, dado que el Tribunal sitúa el soporte legal de esta nueva teoría en los deberes legales de información del empresario, que se aplica a cualesquiera cláusulas contractuales con consumidores, podría concluirse entonces que el Tribunal también consideraría posible un control de transparencia sobre cláusulas individuales negociadas con el consumidor. Hasta este punto llega el grado de indefinición de este novedoso criterio de control.

Reparemos en la condición de elemento esencial que pueda tener la cláusula suelo. Como hemos indicado, el Tribunal considera que «las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato» Seguidamente, se estima que «(e)n consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial» (§190). Lo cierto es que esta «consecuencia» no está argumentada ni razonada en los párrafos anteriores: en ellos sólo se indica que la Comisión Europea considera que las cláusulas por la que se estipulan el método de

cálculo o las modalidades de modificación del precio entran dentro del ámbito de la Directiva 93/13/CEE (el Informe de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de la Directiva, que se cita en el § 187), mientras que, por el contrario, el TS considera que la Directiva 93/13/CEE distingue entre cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato y, por otro lado, las que afectan al método de cálculo o modalidades de modificación del precio.

Aunque no parece tener mucha relevancia en el caso, pues ninguna cláusula (sea más o menos esencial) parece inmune a este nuevo control de transparencia, ni tampoco al de abusividad, interesa aclarar algunos extremos que aparecen oscurecidos por la retahíla argumental de la sentencia: en principio, el Tribunal excluye el control de abusividad sobre la cláusula suelo por definir el objeto principal del contrato. Al acoger esta tesis el Tribunal no repara en que tanto la LGDCU como la LCGC permiten controlar cláusulas contractuales esenciales, que incluso pueden ser moderadas por el juez a la hora de integrar el contrato que contiene cláusulas abusivas (los ejemplos pueden encontrarse en CARRASCO, *Derecho de contratos*, 2010, pp. 810-811).

Es más, no sólo es falsa la ecuación que excluye el contraste legal de abusividad sobre cláusulas esenciales del contrato, sino que, además, es tan elevado el coste de distinguir entre lo esencial y lo accesorio y sus resultados son tan inciertos e incontrastables, que la misma distinción resulta una tarea estéril (CARRASCO, *Derecho de contratos*, cit., p. 806), pues, como decimos, carece de consecuencias relativas al control de abusividad, que procederá en todo caso. En lugar de estas insuficiencias argumentales, más provechoso es el planteamiento que excluye el control de abusividad cuando el juez carece de parámetros racionales de decisión: si el precio no puede ser declarado abusivo no es porque sea una cláusula esencial, sino porque no existe un paradigma de referencia que permita contrastar la razonabilidad de la decisión (CARRASCO, *Derecho de contratos*, cit., p. 808; del mismo autor, «El "animus revertendi" de lo banal», *El Notario del Siglo XXI*, nº 50, julio-agosto 2013, p. 59).

Tan inasible e inútil nos parece la distinción entre cláusulas esenciales y accesorias que vamos a renunciar a emitir nuestra opinión al respecto. Tampoco vamos a decantarnos por una u otra opción en función del número de pronunciamientos del Tribunal Supremo en uno u otro sentido [expuestos por CÁMARA LAPUENTE, "No puede calificarse como cláusula abusiva la que defiende el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6/2013, pp. 98 y ss.]. A la luz de unos resultados tan desconectados de lo que se espera de un órgano que tiene entre sus funciones crear jurisprudencia, no creemos que tenga sentido fundar la corrección de una solución en el número de pronunciamientos en uno u otro sentido. Tampoco creemos que el patrón de las cláusulas de contenido económico vs. jurídico (cfr. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, 2006, pp. 98 y ss.) sea adecuado en este caso, ya que, aplicado a la cláusula suelo, el argumento es completamente reversible: puede considerarse que la cláusula tiene contenido económico, por ser uno de los elementos que sirven para calcular la cifra de interés, pero también puede

apreciarse su contenido jurídico, para lo que bastará considerar que su finalidad es distribuir entre las partes los riesgos inherentes a la bajada de tipos, que sólo beneficiarán al consumidor por encima del suelo pactado. Parecidas consideraciones se podrían hacer en relación con la cláusula techo. Sea como fuere, es evidente que cabe control de abusividad sobre las cláusulas no negociadas relativas a los tipos de interés (cfr. art. 85.3 TRLCU).

La cláusula suelo es una condición general no abusiva

Como acabamos de indicar, consideramos que la cláusula suelo es una condición general susceptible de contraste de abusividad. Procede analizar ahora si esta cláusula es abusiva. La respuesta que da a esta cuestión el Tribunal Supremo es negativa. Salvados los requisitos de transparencia «sustancial» a los que nos referimos en los apartados que siguen (§§ 204 a 225 de la sentencia, y cuya pertinencia vuelve a reiterarse en los §§ 256 y 257), el Tribunal considera que «(n)o es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo...» (§ 257). «Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo...» (§ 258). Se concluye que «corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador...» (§ 259). Se repara, además, en que su licitud está presupuesta por el Legislador y en las consecuencias (el encarecimiento del crédito) que tendría su supresión legal (§ 262).

Se trata de una decisión correcta, aunque no lo sea la motivación. Ha de afirmarse que las cláusulas suelo no son abusivas porque el juzgador carece de parámetros que le permitan determinar dónde se halla el límite entre lo abusivo y lo no abusivo. Al igual que sucede con la cláusula que fija el precio de los contratos, no hay criterios (legales, o derivados de la naturaleza del contrato) que permitan afirmar la mayor razonabilidad de un precio sobre otro. En el caso de las limitaciones a las bajadas de tipos de interés, por debajo del límite que impone la legislación represora de la usura (donde nótese que la censura proviene del carácter «notoriamente desproporcionado» de la contraprestación), no existe una cifra de interés que sea más correcta que otra. Esta circunstancia ha de llevar a concluir que queda a discreción del financiador, no controlable a través del test de abusividad, la cifra de interés mínimo (y también máxima, en el caso de la cláusula techo) que será exigible conforme a la aplicación del tipo que se haya pactado.

La nulidad por falta de transparencia «sustancial» carece de fundamento legal

Pero, sin duda, la parte más relevante de la sentencia es la relativa al nuevo control de transparencia de las condiciones generales de la contratación y a sus consecuencias. La formulación del control de transparencia se hace en los §§ 204 y siguientes de la sentencia. A juicio del Tribunal, la contratación bajo condiciones generales está sujeta a una doble exigencia de transparencia: por un lado (§ 202 de la sentencia), cabe distinguir una transparencia a efectos de incorporación al

contrato, equivalente al control de inclusión o de incorporación de los arts. 5.5 y 7 b) LCGC, cualidad que sería predicable del contrato de hipoteca en el que se hubieran cumplido los estándares establecidos en el proceso de contratación diseñado en las normas especiales sobre transparencia en la contratación de hipotecas (la Orden de 5 mayo 1994, vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011). En segundo lugar, es preciso que las condiciones ya incorporadas al contrato superen «el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta... tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (§ 210 de la sentencia). A juicio del Tribunal, «(e)s preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato» (§ 212).

Hay más referencias a este control en la sentencia: por ejemplo, en los §§ 247 a 264, donde al final no sabemos si las cláusulas suelo que no son «sustancialmente» transparentes incurren, por ello mismo, en desequilibrio y, por tanto (¿por ser un desequilibrio prohibido por el art. 82.1 TRLCU?), en abusividad. O si quiere decirse que, al no ser transparentes, entonces existe abusividad *per se*, sin que sea preciso analizar que hay abusividad por desequilibrio censurable conforme al art. 82.1 TRLCU. Seguramente quiere decirse esto último, pues el Tribunal descarta la abusividad de la cláusula suelo conforme al art. 82.1 TRLCU (así los §§ 257 a 262 de la sentencia).

Además, la sentencia es totalmente opaca al explicar cuáles son las consecuencias de la falta de transparencia «sustancial» de la cláusula incorporada: en un primer momento parece que el Tribunal considera que la falta de transparencia sustancial de la cláusula incorporada (por cumplir la exigencia de transparencia documental) tiene como consecuencia su sometimiento al control de su abusividad, que, de acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no estaría excluido con respecto a cláusulas sustanciales incorporadas no transparentes [§§ 207 y 215 a)], control que, como ya sabemos, tiene un resultado negativo al no ser abusivas las cláusulas suelo. Pero, sin embargo, tras excluir la lesividad de las cláusulas suelo, sin explicación ni justificación de ninguna clase a lo largo de sus extensos fundamentos, el Tribunal determina la nulidad parcial del contrato (fundamento 16º, §§ 265 y siguientes), condenando a las entidades demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas suelo en concreto cuestionadas (§ 276). Obsérvese que *la sentencia deja sin explicar cuál es la regla de Derecho en que se funda para declarar la nulidad de las cláusulas suelo*, pues incluso admitiendo que las cláusulas sustanciales incorporadas al contrato que no son «sustancialmente transparentes» están sujetas a control de abusividad (lo estima así el Tribunal con argumento en el art. 4.2 a contrario de la Directiva 93/13/CEE, cfr. §§ 207 y 215

a)]; como antes indicamos, nos parece que este contraste de abusividad es, en principio, correcto para toda clase de cláusula siempre que exista un parámetro de referencia), lo cierto es que, *una vez descartado su carácter abusivo, más allá del error vicio no hay ninguna otra regla jurídica que permita fundar la nulidad de la cláusula*. Desde luego, no lo es el art. 80.1 TRLCU, que el Tribunal ofrece como fundamento legal del control de transparencia sustancial (§ 210 de la sentencia), ya que es evidente que la consecuencia legal de la oscuridad de la cláusula o es la no incorporación al contrato [art. 7 b) de la LCGC] o la interpretación a favor del adherente (a lo que, por cierto, no podría llegarse a través de una acción colectiva, art. 6.2 LCGC). La carencia absoluta de fundamento legal que padece la sentencia tampoco es subsanada por otros preceptos que se han ofrecido como justificación de la decisión del Tribunal, a saber, los deberes generales de información precontractual del art. 60 TRLCU (así PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret* 3/2013, pp. 4 y 18), pues este precepto únicamente regula el contenido de la obligación de informar, pero no establece las consecuencias de su contravención.

Cabe decir, además, que en esta ocasión el Tribunal Supremo va más allá de lo que habían defendido algunos autores. Si bien se había sostenido que la falta de transparencia de cláusulas incorporadas era abusiva por provocar un desequilibrio lesivo para el consumidor (entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, 2004, pp. 109-153; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 80», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, 2009, p. 929), el Tribunal Supremo convierte la falta de transparencia sustancial en una causa autónoma de nulidad que nada tiene que ver con el desequilibrio que comporte la cláusula, que es expresamente negado en los §§ 257 y siguientes.

El control de transparencia sustancial es redundante y requiere un contraste casuístico costoso de implementar

Pero más criticable aún que la falta de fundamento legal de la nulidad por falta de transparencia es, si cabe, que no haya forma alguna de anticipar si la validez de un determinado contrato estará afectada por esta nueva patología de la falta de transparencia sustancial. Pues a juicio del Tribunal no basta que se hayan cumplido los procedimientos de formación del contrato establecidos en la legislación especial sobre transparencia bancaria (hoy la Orden EHA/2899/2011), que sólo determinarían la incorporación de la cláusula, sino que, además, se requiere «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» (§ 212 de la sentencia). En el caso, el Tribunal determina que no hay transparencia sustancial porque «falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato», «se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las

mismas», «no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar», «no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo de otras modalidades de préstamo de la propia entidad», «se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor» (§ 225 de la sentencia). Se nos ha indicado en el auto de aclaración posterior (de 3 de junio de 2013) que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias cuya subsanación permitiera llegar a la convicción de que el consumidor está perfectamente informado.

Es preciso aclarar diversos extremos que aparecen completamente oscurecidos en la sentencia:

Primero: es manifiestamente incorrecto considerar incorporada una cláusula y, sin embargo, negar su eficacia por falta de información «sustancial» del consumidor. Es un contrasentido, pues las reglas que disciplinan la inclusión de condiciones generales en los contratos están fundadas en el conocimiento que el consumidor tiene de las mismas (o, cuando proceda, el que ha podido tener a través de la puesta a disposición), de tal modo que si no ha tenido conocimiento de las cláusulas no negociadas, éstas no se incorporan, ya que precisamente la incorporación está basada en la oportunidad real que tenga el adherente de conocerlas de manera completa [cfr. arts. 5.2 y 7 a) LCGC]. Si esta oportunidad ha existido (y téngase en cuenta que, tratándose de préstamos hipotecarios, además de la oferta vinculante, la escritura habrá sido leída al consumidor por un notario en el acto del otorgamiento, quien da fe de estos hechos y de que el consumidor presta consentimiento libremente) las cláusulas integran el contrato y son, pues vinculantes, sin perjuicio de que puedan ser abusivas (y nulas) conforme al art. 82.1 TRLCU y de que las dudas interpretativas se resuelvan a favor del adherente (art. 6 TRLCU).

Segundo: una cosa es que a la hora de determinar la abusividad de una cláusula hayan de valorarse las circunstancias particulares concurrentes en el caso (como ordena el art. 82.3 TRLCU) y otra muy distinta que, entre tales circunstancias del contexto, se hallen las relativas al modo y manera en que el consumidor ha comprendido lo que ha consentido. Obsérvese que ni siquiera la Ley 1/2013 exige nada similar, pues la expresión manuscrita del consumidor en los casos establecidos en su art. 6 (donde se comprenden las hipotecas con cláusula suelo), no tiene como fin hacer constar que el consumidor «realmente» ha consentido lo que firma (realmente, de este hecho da fe el notario), sino únicamente, si le han informado de los riesgos.

Tercero: pero ¿cómo puede verificarse que el consumidor ha comprendido lo que consiente? ¿De verdad el consumidor estará «más informado» de la trascendencia económica del contrato si es informado por la entidad del carácter de «elemento definitorio del objeto principal del contrato» que tiene la cláusula suelo? Y puesto que ninguno de los test que se proponen en el § 225 de la sentencia sirven por sí solos ni en su conjunto para verificar si existe esa «comprensibilidad real» que exige el Tribunal, ¿cómo llegará la entidad a verificar esa aptitud psicológica del consumidor para comprender lo que se le explica? Lo cierto es que la sentencia

introduce un elevado riesgo sobre la validez de los contratos que la entidad celebre, que sólo podrá ser minimizado (lamentablemente, parece que no excluido) a un alto coste: la entidad deberá procurarse pruebas que acrediten que informó hasta el aburrimiento al consumidor (¿declaraciones asertivas del consumidor relativas a su comprensión del contrato? ¿prerredactadas o manuscritas por el consumidor? ¿tal vez incluso videograbaciones?).

Cuarto: ciertamente, es la omisión de información sobre los riesgos (información que pretende incentivar el art. 6 de la Ley 1/2013) lo que puede conducir a un consentimiento existente pero viciado por error o dolo. Claro que para ello ha darse una sustancialidad (cfr. art. 1266 CC) cuya concurrencia es cuestionable en este caso. Y de todos modos, es dudoso que la nulidad del contrato por error no debiera determinar la nulidad total del contrato con la consiguiente obligación del consumidor de restituir todas las cantidades prestadas.

La transparencia y la seguridad jurídica en la Ley 1/2013 y en la OM

Como acabamos de concluir, no hay un *tertium genus* entre incorporación y abusividad por desequilibrio del art. 82 TRLCU, pues no existe una exigencia autónoma de transparencia «sustancial» como la que propone el Tribunal cuyo control pueda dar lugar, *per se* (esto es, sin que exista abusividad por desequilibrio censurable conforme al art. 82.1) a nulidad. Lo cierto es que ha de considerarse que cuando es el Legislador el que ha establecido el estándar de transparencia (los contenidos relevantes y la forma de ofrecerlos a la hora de prestar consentimiento contractual) en un ámbito negocial determinado (como sucedía en los préstamos hipotecarios desde las órdenes ministeriales de 12 de diciembre de 1989 y 5 de mayo de 1994, sustituidas hoy por la Orden EHA/2899/2011, así como en la Ley 1/2013), el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa especial determina la incorporación de las cláusulas correspondientes al contrato, lo que, como antes indicamos, presupone su conocimiento por parte del consumidor. Naturalmente, esto no significa que el contrato así celebrado sea válido en cualquier circunstancia, pues, en efecto, el cumplimiento de las formalidades contenidas en la regulación especial no impedirá que el contrato pueda contener cláusulas abusivas, o que pueda ser anulado por error (CARRASCO, CORDERO, GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, 7ª ed., 2012, p. 626).

Pero obsérvese que las incertidumbres que plantea la sentencia comentada no resultan eliminadas por el mecanismo de verificación sobre la información ofrecida al consumidor que ha diseñado el Legislador. En efecto: ¿será posible seguir efectuando un control de transparencia sustancial sobre una financiación hipotecaria en la que el consumidor haya declarado, en modo manuscrito (art. 6 de la Ley 1/2013), que ha sido advertido de los riesgos de la operación? No lo creemos si, como el Tribunal ha indicado, el cumplimiento de formalidades (como es la reseñada) no ha de impedir al juzgador verificar el conocimiento «real» por parte del consumidor. Un triste panorama para la seguridad en la financiación hipotecaria.

¿Pero acaso cabe un control contextual de la transparencia sustancial en concreto a través de una acción colectiva de cesación?

La perplejidad que causa esta sentencia es todavía mayor si se repara en que todos estos pronunciamientos se producen en el seno de un procedimiento en el que se había entablado una acción colectiva de cesación de condiciones generales fundada en su carácter abusivo. ¿Cómo es posible que si la entidad pidió la nulidad por abusividad se decrete la nulidad por falta de transparencia? ¿Se trata de un control que el Tribunal hace de oficio? De hecho, entre las múltiples razones y enseñanzas de las que el Tribunal hace alarde en esta sentencia, se expone también el criterio del TJUE sobre este control de oficio y algunas de sus relaciones con el derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. §§ 110 y ss. de la sentencia).

Conviene aclarar varios aspectos fundamentales que no aparecen debidamente tratados en la sentencia:

Primero: no cabe control de oficio sobre la transparencia «sustancial», ya que, de acuerdo con el criterio del TJUE, el mismo sólo viene exigido con respecto a cláusulas abusivas en sentido propio, no con respecto a cláusulas «no sustancialmente transparentes», categoría que no existe en la Directiva 93/13/CEE ni, como hemos expuesto, tampoco en nuestro Derecho interno. Por otra parte, la Directiva 93/13/CEE establece que no está regulando cláusulas abusivas que definen elementos esenciales del contrato (art. 4.2), carácter predicable de la cláusula suelo, según el Tribunal Supremo, por lo que entonces tampoco sería posible fundar en la Directiva un control de oficio sobre la transparencia «sustancial» de las cláusulas suelo.

Segundo: si el Tribunal no estaba facultado para efectuar este control de oficio, porque, según parece, nadie se lo pidió, entonces existe un vicio de incongruencia generador de indefensión de las entidades condenadas (art. 24 CE).

Tercero: incluso aunque el Tribunal pudiera efectuar de oficio este control de transparencia, hubiera sido necesario dar trámite procesal a las entidades demandadas, así como a la demandante, para que pudieran alegar e instar la prueba de lo que a su derecho conviniese, pues el control de oficio debe respetar la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a defenderse en relación con todas las pretensiones que sean objeto del procedimiento, ya fueran propuestas por las partes o «incorporadas de oficio» por el juzgador. De hecho, no creemos que cuando un juez o tribunal efectúa un control de oficio de cláusulas abusivas baste con oír a las partes (que es lo que el Tribunal Supremo entiende en relación con la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, § 130), pues si bien estas exigencias mínimas son suficientes en los procedimientos de ejecución forzosa (así, art. 552.1 LEC), las cosas ocurren de este modo por la sumariedad y la carencia de eficacia juzgada que es propia de estos procedimientos. En nuestra opinión, dado que los procedimientos de cesación de condiciones generales abusivas son procesos declarativos, en los que la sentencia producirá el efecto de cosa juzgada, las partes habrán de tener oportunidad de utilizar los más amplios medios de prueba (cfr. art. 282 y ss. LEC).

Cuarto: finalmente, la asociación demandante estaba legitimada para entablar una acción de cesación de condiciones generales de la contratación (arts. 6.1.8º y 11.4 LEC), pero, aunque no nos consta que lo hiciera, ¿puede decirse que también lo hubiera estado para demandar la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia «sustancial»? No lo creemos. Por lo que ahora nos interesa, la acción de cesación no puede ejercitarse frente a cualquier patología que afecte a condiciones generales, sino únicamente frente a cláusulas abusivas (cfr. arts. 54.1 TRLCU, 12.1 LCGC). Por ejemplo, no cabe una acción de cesación del uso de cláusulas que no cumplan los requisitos de incorporación del art. 7 LCGC. Tampoco cabe una acción colectiva que tenga por objeto una interpretación favorable al adherente (art. 6.2 LCGC). La base de esta discriminación se halla en aquellas contingencias del proceso de contratación bajo condiciones generales que admiten un control abstracto que depende de circunstancias objetivables y no de las concretas que afectan a la «comprensibilidad real» de un consumidor determinado. A través de las acciones de cesación se puede combatir la publicidad que engaña e induce a error a los consumidores como colectivo, pero no es posible perseguir como ilícita la introducción de cláusulas que, sin inducir a error, por el lugar que ocupan en la escritura o por la actitud concreta de la entidad en cada caso, inciden de un modo diferente en el «conocimiento real» (§ 212) que cada consumidor tiene sobre el contrato (CARRASCO PERERA, «El "animus revertendi" de lo banal», cit., p. 60).

El negro futuro que para los consumidores, y para el Derecho de Contratos en su conjunto, augura este nuevo sacrificio del «pacta sunt servanda»

No queremos terminar este comentario sin expresar nuestra convicción sobre el daño que pronunciamientos como el comentado están haciendo al Derecho de Contratos, y a los consumidores del futuro como conjunto. Si los aplicadores del Derecho de Contratos no son capaces de dar a los conflictos respuestas que respeten los más elementales principios contractuales, se estará prestando un flaco servicio a los consumidores venideros. 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.